



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10880.004597/99-14
Recurso nº 128.286 Embargos
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.792
Sessão de 16 de outubro de 2008
Embargante DRJ/SÃO PAULO/SP
Interessado COLÉGIO COELHO GRACIOSO S/C. LTDA.

**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS
E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE - SIMPLES**

Ano-calendário: 1999

**SIMPLES - NULIDADE DA EXCLUSÃO - ATO
ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO - A ausência de
motivação e descrição exata da atividade vendada no Ato
Administrativo que ensejaram a exclusão do contribuinte do
SIMPLES implica a declaração de nulidade da exclusão e do
processo.**

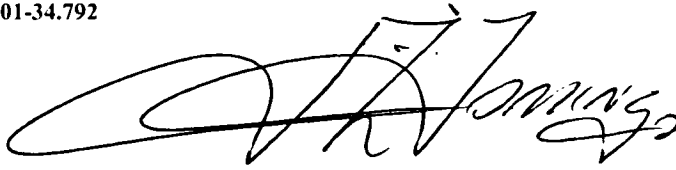
PROCESSO ANULADO *AB INITIO*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, tomar conhecimento dos Embargos de Declaração e dar provimento para retificar o acórdão nº 301-31.688 de fls. 117/121 para anular o processo ab initio.


SUSY GOMES HOFFMANN - Presidente em Exercício



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator

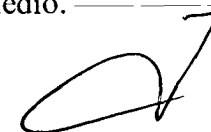
Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Valdete Aparecida Marinheiro e José Fernandes do Nascimento (Suplente).

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela D. Procuradoria sob o entendimento que houve omissão no Acórdão n.º. 301-31688, de fls. 117/121 que deu Provimento ao Recurso Voluntário interposto pela Recorrente, que sob a apreciação desta Câmara o julgamento foi convertido em diligência à repartição de origem a fim de que fosse verificado, *in loco*, quais as reais atividades da Recorrente.

Em suma, retornando os autos de diligência conforme determinado pela Resolução 301-33.971 de 14/06/2007, verificou-se que a Recorrente encontra-se inativa desde o ano-base de 2003, o que impossibilitou o cumprimento da diligência pela repartição de origem para se comprovar “*in loco*” se a interessada ministra aula de ensino médio.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Conheço do Recurso por ser tempestivo e conter matéria de competência deste Conselho.

Trata-se de exclusão da Embargada do SIMPLES por conta de alegado exercício de atividade econômica não permitida.

A propositura dos Embargos de Declaração, ainda que tenham objetivo certo, forçam o julgador a rever o processo na sua integralidade. Verifiquei que o processo está fundado na expedição Ato Declaratório nº. 153.867, de 09 de janeiro de 1999, de fls. 12.

Constato no presente caso a nulidade do Ato Declaratório que não deu com satisfação a motivação para exclusão determinada. Senão Vejamos.

Como explicitado no Ato Declaratório o Recorrente foi excluído do SIMPLES sob o seguinte argumento: (fls. 12):

“ATIVIDADE ECONOMICA NÃO PERMITIDA PARA O SIMPLES”

O fundamento da exclusão está estribada no art. 9º ao da Lei n.º 9.317/96.

Ocorre que a motivação “atividade econômica não permitida” não tem o condão de determinar qual a razão, ou seja, quais foram os elementos de fato e de direito a partir dos quais decorre a subsunção da norma de exclusão? Certamente a razão social da empresa não é bastante e suficiente para suprir o requisito legal de motivação do ato administrativo.

A ausência de especificação em relação à norma jurídica que determina a exclusão do contribuinte por exercer atividade de “atividade econômica não permitida” impõe o cerceamento ao direito de ampla defesa e ao contraditório. Da leitura dos dispositivos consignados como fundamentação legal do ato administrativo de exclusão (que leio em sessão) não vislumbro uma possibilidade jurídica de identificar, apenas pelos elementos constantes do ato administrativo, qual seria a atividade praticada pelo contribuinte que seria vedada para opção ao SIMPLES.

Isso porque, o art. 23, parágrafo único, da Lei n.º 9.317/96, prevê que “a exclusão de ofício dar-se-á mediante ADE da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972”.

Nesse sentido, adoto como razão de decidir os argumentos trazidos pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, nos autos do Recurso Voluntário nº 124.562, conforme segue:

“Na lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra “Elementos do Direito Administrativo”, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, página 39, “o ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas”.

Sendo o ato declaratório de exclusão um ato administrativo vinculado, visto que a lei instituidora do SIMPLES estabelece os requisitos e condições de sua realização, para produzir efeitos válidos é indispensável que atenda a todos os requisitos previstos na lei. Desatendido qualquer requisito, o ato torna-se passível de anulação, pela Administração ou pelo Judiciário.

Dentre os requisitos do ato que declara a exclusão da pessoa jurídica da Sistemática de Pagamentos dos Tributos e Contribuições denominada SIMPLES, destacam-se o pressuposto de fato que o autoriza, isto é, o seu motivo ou causa e a previsão abstrata da situação de fato (hipótese legal). Na realidade, o motivo do ato é a efetiva situação material que serviu de suporte para a prática do ato, o qual está previsto na norma legal.

Pra fins de análise da validade do ato é necessário verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato (materialidade do ato) e se há correspondência entre ele e o motivo previsto na lei. Não havendo correspondência entre o motivo de fato e o motivo legal o ato será viciado, tornando-se passível de invalidação.

Feitas estas considerações, cumpre-nos examinar se ocorreu a situação de fato que autorizou a expedição do Ato Declaratório nº 278.754/2000 que excluiu a recorrente do SIMPLES e se há correspondência entre o motivo de fato que embasou o ato com o motivo previsto na lei instituidora do SIMPLES.

Ao instituir o SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou:

“Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XV – que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa”.

Por sua vez, o art. 14 c/c o art. 15, § 3º da citada lei, determinam que, ocorrida a hipótese legal de impedimento e deixando a pessoa jurídica de formalizar sua exclusão mediante alteração cadastral, ela será excluída de ofício mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Verifica-se assim, que a lei especifica a hipótese que, uma vez ocorrida, motivará a exclusão do SIMPLES de ofício, mediante ato



declaratório: ter o contribuinte débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Da análise do ato declaratório (fl. 12) constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado (“Pendências da Empresa e/ou Sócios junto ao INSS”) com o tipo legal da norma de exclusão (“débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa”).

Frise-se que o motivo antecede a prática do ato administrativo e, quando previsto em lei, o agente que o praticou fica obrigado a justificar a sua exigência, demonstrando a sua efetiva ocorrência, sob pena de invalidade do ato. Conforme esclarecido anteriormente, tratando-se o ato declaratório de ato administrativo vinculado é imprescindível a observância do critério da legalidade, ficando a autoridade fiscal inteiramente presa ao enunciado da lei em todas as suas especificações. Assim, não tendo a autoridade fiscal dado como motivação do ato declaratório ter o contribuinte débito exigível inscrito no INSS, na forma prevista na lei, e, tampouco, especificado o débito inscrito, o ato é passível de nulidade.

Ressalte-se, ainda, não ser admissível que a administração, antes de comprovado a ocorrência do fato impeditivo da opção pelo SIMPLES, de pronto determine a exclusão do contribuinte, preterindo o seu direito de defesa.

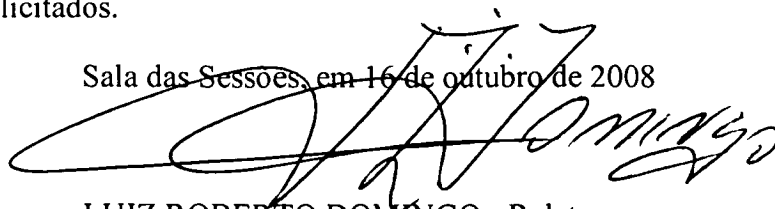
Nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, são nulos os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Restando configurado que o ato declaratório foi exarado com vício em relação ao seu motivo e com preterição do direito de defesa da empresa excluída, é pacífica a tese de que a administração que praticou o ato ilegal pode anulá-lo (Súmula 473 do STF)”.

É certo que a decisão recorrida faz uma interpretação complementar para concluir que a atividade da recorrente se assemelha à atividade privativa ao profissional de equivalente ao de professor, dançarino, fisicultor ou semelhantes, mas isso não está no ato de exclusão.

Diante disso, entendo que o Ato Declaratório nº. 153.867, de 9 de janeiro de 1999, não preenche os requisitos necessários para produzir seus efeitos nos termos do art. 23, parágrafo único, da Lei nº. 9.317/96, motivo pelo qual acolho os embargos declaratórios, dando-lhe provimento, e, com base na análise do ato declaratório pertinente, RETIFICAR o Acórdão nº. 301-31688, para que seja o Processo Anulado “ab initio”, adicionando os motivos aqui explicitados.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2008



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator