



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10880.004597/99-14
Recurso n° 328.286 Especial do Procurador
Acórdão n° **9101-001.230 – 1ª Turma**
Sessão de 18 de outubro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
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. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO SEM FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

É nulo o Ato Declaratório de Exclusão do Simples, quando dele não se depreende o motivo específico que o levou à exclusão, tampouco o seu fundamento legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos **FISCAIS**, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Otacilio Dantas Cartaxo

Presidente

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann

Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Otacilio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Karem Jureidini Dias, Antonio Carlos Guidoni Filho, João Carlos de Lima Junior, Alberto Pinto Souza Junior, Valmar Fonseca de Menezes, Jorge Celso Freire da Silva, Valmir Sandri e Claudemir Rodrigues Malaquias.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com base em divergência jurisprudencial.

O contribuinte foi excluído do Simples, por exercer atividade econômica não permitida.

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 01/11 dos autos.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento indeferiu a solicitação do contribuinte (fls. 45/50), nos termos da seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES

Não podem Optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja contemplada pela legislação de regência, tal como é o caso de prestação de serviços de professor.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA

O contribuinte interpôs recurso às fls. 54/66 dos autos.

O julgamento foi convertido em diligência, conforme resolução presente às fls. 69/72, para se esclarecer qual o objeto social da empresa do contribuinte.

O contribuinte manifestou-se às fls. 105/110 dos autos.

A antiga Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso do contribuinte, conforme a seguinte ementa:

SIMPLES — EXCLUSÃO

Com a edição da Lei nº 10.034, de 24/10/2000, foi alterado o disposto no artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, ficando excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do referido diploma legal as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

A Procuradoria da Fazenda Nacional opôs embargos de declaração, suscitando omissão.

Às fls. 130 dos autos, retificou-se o acórdão, para fazer dele constar, expressamente, que o contribuinte presta serviço de ensino médio.

A Procuradoria da Fazenda Nacional opôs novos embargos de declaração (fls. 134/135), alegando, então, contradição.

A antiga Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, acolheu os embargos de declaração, porém anulou o processo desde o início, tendo em vista os termos genéricos utilizados no Ato Declaratório de Exclusão (fls. 157/162). Eis a ementa do julgado:

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 vedada 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

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial, com fundamento em divergência jurisprudencial.

A recorrente trouxe à tona julgados no sentido de que não se deve declarar nulo o Ato Declaratório quando, a despeito de se referir a diversos dispositivos legais, o contribuinte identifica a atividade vedada e efetua a sua defesa.

Argumentou, a recorrente, em síntese, que a declaração da nulidade do Ato Declaratório, na hipótese, tendo em vista que o contribuinte perpetrou a sua defesa, constituir-se-ia em formalismo exagerado.

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

O presente recurso especial é tempestivo. Preenche, também, os demais requisitos de admissibilidade, tendo em vista que a recorrente logrou demonstrar a divergência jurisprudencial suscitada.

No acórdão recorrido, anulou-se o processo desde o início, em razão da ausência de motivação e descrição exata da atividade vedada que teria ensejado a exclusão do Simples.

Com efeito, conforme o Ato Declaratório de Exclusão presente às fls. 12 dos autos, o fundamento externado para a exclusão do Simples consistiu em: “*Atividade Econômica não permitida para o Simples*”.

A recorrente sustenta que, malgrado a fundamentação vaga do Ato Declaratório, o fato de o contribuinte ter-se defendido no processo, tendo identificado a atividade por ela empreendida, que teria ocasionado a exclusão retira a mácula de nulidade do Ato Declaratório.

Ementa : *PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - Pelo fato de ter consignado vários dispositivos legais no Ato Declaratório que determina a exclusão do SIMPLES, sendo que o contribuinte, com relação à sua atividade, identifica em qual deles consta a vedação para a opção e promove a defesa, não há o que se falar em nulidade do ato administrativo, por não ter ocorrido nenhuma das disposições contidas no artigo 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235/72. SIMPLES - EXCLUSÃO*

- Conforme dispõe o inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, não poderá optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições - SIMPLES a pessoa jurídica que presta serviços profissionais de médico, enfermeiro ou assemelhados, e de qualquer outra profissão, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. Recurso negado.

O tema da fundamentação do Ato Declaratório já originou a confecção do enunciado nº 22 da súmula da jurisprudência administrativa fiscal, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 22: *É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.*

Com efeito, a ausência de motivação específica da exclusão do Simples já macula, por si só, o Ato Declaratório. Este já nasce eivado de nulidade.

Com efeito, conforme se depreende do documento presente às fls. 12 dos autos, além de se discriminar como “atividade Econômica não permitida para o Simples”, não se expôs sequer o dispositivo legal que fundamentou a exclusão.

Ora, o Ato Declaratório é, por natureza, ato vinculado, que demanda a presença, para a sua efetivação, de todos os requisitos próprios do ato administrativo.

Devemos nos determos, aqui, especificamente, em relação ao motivo dos atos administrativos e à respectiva motivação.

O motivo dos atos administrativos constitui-se, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, na “*situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede (...) O motivo pode ser previsto em lei ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando não há previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato*”.¹

Vê-se, destarte, que a exclusão do Simples, tendo em vista a previsão legal das hipóteses que a ensejam, deve estar amparada num dos motivos previstos no artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

A ausência de exposição do motivo da exclusão, já que deve estar amparada em uma das hipóteses previstas em lei, importa em cerceamento do direito de defesa do contribuinte e do contraditório.

Isto porque, como referido, o motivo, por consubstanciar um pressuposto de fato, portanto externo ao ato, existente no mundo dos fatos, demanda, para que seja aferido, que se saiba qual tenha sido. Se do ato administrativo não se pode depreender qual foi o motivo que levou à sua prática, sequer o seu fundamento legal, não há como se discutir acerca da sua legalidade.

Veja que, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar:

a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado;

*b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei”*²

Ora, não havendo a possibilidade de se aferir a legalidade do ato administrativo, em razão da ausência do motivo, e mesmo do seu fundamento legal, inegável o prejuízo causado ao contraditório, e sobretudo à ampla defesa.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2011 18 de outubro de 2011

(assinado digitalmente)

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 27ª edição. p.397.

² Idem, p. 398.

Processo nº 10880.004597/99-14
Acórdão n.º **9101-001.230**

CSRF-T1
Fl. 6

Susy Gomes Hoffmann