



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

Processo n° 11020.002575/2001-34
Recurso n° 134.994 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n° 301-33.861
Sessão de 26 de abril de 2007
Recorrente MANZINI - COMPETIÇÕES E PROMOÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
Recorrida DRJ/PORTO ALEGRE/RS

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. NULIDADE.

O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, por se tratar de um ato vinculado, está sujeito à observância estrita do critério da legalidade, impondo o estabelecimento de nexos entre o motivo do ato e a norma jurídica, sob pena de sua nulidade.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.

São nulos os atos proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade.

PROCESSO ANULADO *AB INITIO*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, anular o processo *ab initio*, nos termos do voto do relator.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente



VALMAR FONSECA DE MENEZES – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Luiz Roberto Domingo, George Lippert Neto, Adriana Giuntini Viana e Susy Gomes Hoffmann. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional José Carlos Dourado Maciel.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“Trata o presente processo de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, promovida pelo Ato Declaratório nº 313.050, de acordo com o disposto nos artigos 9º ao 16 da Lei nº 9.317/1996, com as alterações da Lei nº 9.732/1998, em virtude da constatação da existência de “Atividade Econômica não permitida para o Simples”.

A Solicitação de Revisão da Exclusão à Opção pelo Simples – SRS (fls. 10), foi indeferida de acordo com a seguinte apreciação:

“Inobstante o erro flagrante na informação do CNAE FISCAL, o contribuinte demonstra, à luz do Contrato Social juntado, a prática de atividade econômica incompatível com a opção pelo SIMPLES (promoção e organização de eventos esportivos – CNAE FISCAL código nº 9261-4/02), devendo ser, portanto, mantida a exclusão, com efeitos a partir de 01 de novembro de 2000, nos termos do art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317 de 05 de dezembro de 1996.”

A contribuinte se insurgiu contra a exclusão, à fls. 01/04, alegando, em resumo, que a empresa não se trata de agência de publicidade ou outra similar, pois apenas são vendidos espaços publicitários, sem criação, nos veículos de competição com os quais são disputadas provas de automobilismo nas mais variadas categorias em nível nacional, além de serem preparados outros veículos para competição, fornecendo serviços de mecânica, peças e acessórios.

Invoca em seu favor o art. 9º da Lei 9.317/96, inciso XII, “d”, o qual dispõe que não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica que realize operações relativas a propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação.

Em vista disso, argumenta que tal dispositivo não se aplica às pessoas jurídicas que somente veiculam propaganda-publicidade por meio de jornal, rádio, outdoor, entre outros que poderão optar pelo Simples.

Sustenta, ainda, que apenas vende, sob a forma de patrocínio, espaços em veículos de competição, cabendo a criação e desenvolvimento aos adquirentes destes espaços.

E mais, declara que as Superintendências Regionais da Receita Federal vêm se manifestando no sentido da possibilidade da opção pelo Simples para as pessoas jurídicas que desenvolvem atividade que veicula publicidade, desde que não sejam responsáveis por sua criação. No mesmo diapasão, inclui na impugnação entendimento da Superintendência, por meio da Solução de Consulta nº 107, de 11.06.01 (DOU 17.10.01).

Resume, ao final, seu pedido para que seja cancelado o Ato Declaratório nº 313.050, e reenquadrada na sistemática do Simples, uma vez que entende estar de acordo com a legislação vigente.”

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, em acórdão simplificado, indeferindo a solicitação da contribuinte.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 308, reiterando as suas razões de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Verifico, preliminarmente, que o ato de exclusão constante no processo - à fl. 32 - possui algumas características interessantes, a saber:

A exclusão foi procedida mediante a publicação de edital, afixado na repartição, na Agência de Bento Gonçalves- RS, conforme fl. 32;

A exclusão se deu através da utilização de legendas numéricas que correspondem aos diversos motivos de exclusão;

NO caso específico da recorrente, a motivação foi “Atividade Econômica não permitida para o SIMPLES”;

Ressalte-se que pelo contrato social da recorrente – fls. 05, 06, 319 e 320 – são várias as atividades previstas para as quais foi constituída, incluindo, entre outras, serviços e comércio de peças e acessórios.

Também cabe ressaltar que diligência realizada pela DRF Caxias do Sul conclui pela impossibilidade de identificar as efetivas atividades desenvolvidas pela empresa (fl. 295).

Diante de tais circunstâncias, peço a devida licença aos meus pares para aduzir aos autos voto proferido pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do recurso 124.796, que, pela similitude, adoto como razões de decidir, transcrevendo-o adiante, em excertos:

“Tendo em vista que no presente processo a lide surge com a manifestação de inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório nº 278.635, que declarou sua exclusão do SIMPLES por motivo de “pendências da empresa e/ou sócios junto a PGFN”, cumpre-nos, preliminarmente, examinar a validade do referido ato.

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 própria Administração ou pelo Judiciário.

Dentre os requisitos do ato que declara a exclusão da pessoa jurídica do Sistema 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 278.635 que excluiu a recorrente do SIMPLES e se há correspondência entre o motivo de fato que o embasou com o motivo previsto na lei instituidora do SIMPLES.

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

"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, determina 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 da autoridade fiscal: 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. 39) constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado (“Pendências da Empresa e/ou Sócios junto a PGFN”) 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 existência, 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.

Ademais, configurado que ao ato declaratório foi exarado com vício, é pacífica a tese de que a administração que praticou o ato ilegal pode anulá-lo (Súmula 473 do STF).”

Acrescente-se a tão bem fundamentadas razões que a não explicitação da motivação que terminou por impor a penalidade à recorrente redundou na consequência de que a repartição não propiciou à contribuinte o pleno conhecimento das circunstâncias de tal fato, com evidente cerceamento do direito de defesa, nos termos da Lei instituidora do SIMPLES, que, textualmente, afirma, em seu artigo 15º, parágrafo 3º:

“§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á 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.”

Por outro lado, o artigo 59 do Decreto 70.235/72, determina que são nulos os atos proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Em outra vertente, a Lei 9.784/99, em seu artigo 53 determina:

“ART.53 - A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por

motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Entendo que a aplicação de determinada penalidade a um contribuinte por conta do exercício de atividade econômica não permitida, sem que se explicita qual das atividades do seu contrato social assim a prejudicam, e ainda mais, quando o próprio Fisco se declara incompetente para apurar a sua efetiva atividade econômica – leia-se o resultado da diligência de fl. 295 - se constitui em evidente cerceamento ao direito de defesa.

Acresça-se a estas nuances a exclusão mediante um edital contemplado com multiplicidade de exclusões e com a utilização de códigos, além de, sequer, mencionar os nomes das pessoas jurídicas excluídas.

O que é amplo não pode ser restrito.

Diante do exposto, voto no sentido de que seja anulado o processo ab initio, por inadequação do motivo explicitado com o tipo legal da norma de exclusão e do evidente cerceamento do direito de defesa.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2007


VALMAR-FONSECA DE MENEZES - Relator