



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 11516.001525/2005-91  
**Recurso n°** 510.993 Voluntário  
**Acórdão n°** **1401-000.679 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 21 de outubro de 2011  
**Matéria** INCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES.  
**Recorrente** SX IMPORTAÇÃO LTDA - ME  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. APERFEIÇOAMENTO DO IMPEDIMENTO INICIAL PELA DRJ. NULIDADE.

Período: a partir de 05/2006.

A competência atribuída às Delegacias da Receita Federal de Julgamento não contempla a função aperfeiçoar os trabalhos da Autoridade Administrativa, de modo a impor novo impedimento ao ingresso do contribuinte no SIMPLES, diverso daquele determinado pelo setor administrativo encarregado de analisar o pedido de inclusão no programa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso .

*(assinado digitalmente)*

Jorge Celso Freire da Silva - Presidente

*(assinado digitalmente)*

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva (Presidente), Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Mauricio Pereira Faro, Antonio Bezerra Neto, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Karem Jureidini Dias

## Relatório

Trata-se de indeferimento do pedido de inclusão no SIMPLES, ao fundamento de que a autoridade administrativa competente verificou a existência de hipótese de vedação à opção ao referido sistema, de acordo com o art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que no caso, foi a indicação pela Recorrente, em seu contrato social, da atividade impeditiva de representação comercial.

Diante do indeferimento assinalado, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fl.29), na qual alegou que não auferiu receita com representação comercial, mas somente com atividade de comércio, conforme notas fiscais de venda de mercadorias anexadas. Informou ainda que tal atividade impeditiva já foi retirada do seu objeto social.

Submetida a Manifestação de Inconformidade à apreciação da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis/SC, esta houve por bem julgá-la procedente em parte, concluindo pela inclusão da Recorrente no SIMPLES, com efeitos retroativos à data de sua inscrição no CNPJ (27/10/2004), porém, recomendando a sua exclusão de ofício com efeitos a partir de 05/2006, por força do art. 9º, inciso VI da Lei 9.317/96. Explica-se:

Inicialmente, a DRJ acolheu a pretensão da contribuinte, fundamentando a possibilidade de sua inclusão retroativa no SIMPLES pelo fato de que, apesar de a atividade de representação comercial constar do seu contrato social, não há nos autos nenhuma prova de que a empresa exerceu a atividade de representação, não tendo a autoridade administrativa comprovado a percepção de receitas da atividade impeditiva. Confira-se o trecho abaixo:

*Percebe-se, claramente, que a permanência no SIMPLES, nesta situação, está basicamente atrelada à obtenção de renda de determinada atividade. Não basta a simples menção de atividade impeditiva no objeto social, para que o contribuinte não possa optar pelo SIMPLES.*

*Destarte, o indeferimento do pedido de inclusão retroativa de ofício, baseado exclusivamente na indicação no contrato social ou na declaração de firma mercantil individual, de atividades impeditivas e não impeditivas para opção pelo SIMPLES, só se justifica se ficar devidamente comprovado o efetivo exercício de pelo menos uma das atividades impeditivas.*

*Portanto, por não restar comprovado o exercício da atividade de Representação Comercial, não há impedimentos para a sua adesão ao SIMPLES.*

Entretanto, não obstante a DRJ ter afastado o impedimento inicial que vedava a inclusão da Recorrente no SIMPLES, no próprio voto foi identificado outra causa que, *a priori*, impediria a sua adesão ao programa, qual seja: de acordo com a 5ª alteração contratual da empresa, registrada na JUCESC em 05/40/2006, o sócio estrangeiro OFER SHITRIT é residente no exterior, incorrendo a empresa na hipótese de impedimento prevista no art. 9º, inciso VI, da Lei 9.317/96. Confira-se:

*Todavia, posteriormente, verifica-se uma situação impeditiva a sua permanência no SIMPLES, decorrente da 5ª Alteração*

*Contratual da empresa, registrada na JUCESC em 05/04/2006, em vista do ingresso na sociedade do sócio OFER SHITRIT, estrangeiro não residente no país, conforme se verifica no art. 9º, inciso VI, da Lei 9.317/96:*

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

*(...)*

*VI - que tenha sócio estrangeiro, residente no exterior;*

*Em vista do exposto, considerando os efeitos da exclusão a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente (art. 15, II da Lei 9.317/96), voto no sentido de DEFERIR EM PARTE a solicitação da requerente, para que se promova a sua inclusão no SIMPLES, com efeitos retroativos à data de sua inscrição no CNPJ (27/10/2004), porém, recomendando a sua exclusão de ofício com efeitos a partir de 05/2006, por força do art. 9º, inciso VI da Lei 9.317/96.*

Inconformada com o resultado do julgamento, a Recorrente interpôs o Recurso Voluntário de fls. 365 e 392, juntando diversos documentos que, neste momento, passam a ser apreciados por este Conselho.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira

O Recurso Voluntário preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento, apesar de apresentado como se impugnação o fosse.

Como já exposto nos fatos, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento acolheu em parte a pretensão da Recorrente, afastando o impedimento inicial que obstava a sua inclusão no SIMPLES, por considerar que não foi comprovada a percepção de receitas pelo exercício da atividade de representação comercial, devendo prevalecer a verdade material sobre os termos do contrato social. Vale notar o trecho abaixo extraído do voto condutor:

*[...]à exceção dos termos do Contrato Social juntado, não há qualquer evidência nos autos de que a empresa, efetivamente, exerceu a atividade econômica de Representação Comercial que a impedisse de optar pelo SIMPLES.*

*Infere-se que, em momento algum, a autoridade administrativa diligenciou no sentido de comprovar a efetiva percepção de receitas oriundas desta atividade impeditiva por parte da interessada. E, como é cediço, em se tratando de matéria tributária, a materialidade dos fatos não pode, jamais, ficar sobrepujada por uma verdade puramente formal.*

O entendimento explanado pela DRJ deve ser mantido, eis que a busca pela verdade material, em matéria tributária, deve ser incessante, devendo prevalecer sobre o formalismo contratual, quando todos os outros indícios evidenciam situação diversa daquela ali pactuada.

Entretanto, na segunda parte do seu voto a DRJ assinala para outro aspecto que vedaria o ingresso da empresa no SIMPLES: existência de sócio estrangeiro residente no exterior, consoante se verifica dos dados cadastrais do sócio Ofer Shitrit informados na 5ª alteração contratual da empresa, de acordo com a qual o referido sócio residiria na Califórnia/EUA. A Recorrente incorreria, portanto, na hipótese de impedimento prevista no art. 9º, inciso VI, da Lei 9.317/96, sendo imperiosa a sua exclusão do SIMPLES, a partir da competência de maio/2006, mês imediatamente subsequente ao do registro da citada alteração contratual na JUCESC (05/04/2006).

Contudo, em nenhum momento a questão foi abordada pela Autoridade Administrativa encarregada de analisar o pedido de inclusão no programa que, ao indeferir o pedido de inscrição, o fez com o exclusivo fundamento de que *“o interessado possui como objeto social, constante de seu ato constitutivo alterações, atividade representação, atividade econômica não permitida para o SIMPLES, de acordo com o inciso XIII, do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro 1996.”* (fl.26/27).

Vê-se claramente que o indeferimento do pedido pautou-se tão-somente no fato de que o Recorrente apresentava em seu objeto social a atividade de representação comercial, impedimento este devidamente afastado pela DRJ, por não ter sido comprovada a percepção de receitas oriundas do exercício da atividade impeditiva. Não houve, portanto, qualquer menção, pela Autoridade Administrativa, ao fato de a empresa ter sócio estrangeiro residente no exterior.

Verifica-se, deste modo, que a DRJ, ao decidir que a Recorrente, após ser incluída no SIMPLES, deveria ser excluída do programa a partir de 05/2006, ao fundamento de que possuía em seu quadro societário sócio residente no exterior, acabou por criar novo impedimento para a inclusão do Recorrente no SIMPLES, aperfeiçoando os fundamentos utilizados pela Autoridade Administrativa para indeferir a inscrição do contribuinte no referido programa.

As Delegacias da Receita Federal de Julgamento não têm competência para aperfeiçoar ou agravar os fundamentos utilizados pela Autoridade Administrativa competente para deferir ou não os pedidos de inclusão no programa. À DRJ cabe apenas – e mediante provocação dos contribuintes – manter ou não os fundamentos do indeferimento levados à sua apreciação. Assim, se a Autoridade Administrativa deixou de apontar alguma hipótese impeditiva, não cabe à DRJ apontá-la, sanando o vício por aquela cometido, impondo novo impedimento à inscrição. Estas providências são privativas da Autoridade encarregada de examinar os pedidos de enquadramento e qualquer ato em sentido diferente tende a extrapolar os limites da competência atribuídos às DRJs.

Em matéria de competência dos atos administrativos, o jurista Hely Lopes Meirelles faz uma abordagem interessante, para quem a competência para a prática do ato administrativo é condição primeira necessária à sua validade, sendo defeso a qualquer ato (discricionário ou vinculado), ser realizado validamente sem que o agente detenha o poder legal para praticá-lo. Confira-se o trecho abaixo, extraído da obra do citado jurista:

*“Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é definida.”*

*Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. Daí a oportuna advertência de Caio Tácito de que 'não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito'." (Direito Administrativo Tributário, 21 ed. Malheiros Editores. p. 134)*

Desta feita, como não está na alçada de competência da DRJ criar novos fundamentos para o indeferimento, mas tão-somente julgar aqueles que lhe são postos à análise, tenho que deve ser deferida a inclusão retroativa do Recorrente no Simples, nos moldes em que requerido, mantendo-se, quanto ao aspecto da atividade de representação comercial, os mesmos fundamentos de voto da DRJ, já que não foi comprovada a percepção de receitas pelo exercício da atividade impeditiva, anteriormente apontada como critério de vedação ao seu ingresso no SIMPLES. Neste sentido, é farta a jurisprudência desse Conselho, *in verbis*:

*Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2003 Ementa: SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO. Não pode a autoridade julgadora modificar o fundamento da exclusão, vez que o litígio se instaura em face da motivação explicitada no ADE. SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. Não é cabível a exclusão quando inexiste nexa causal entre o motivo do ato administrativo praticado e a norma jurídica, sob pena de sua nulidade. PROCESSO ANULADO AB INITIO (acórdão nº 301-32630)*

*Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2004 SIMPLES. EXCLUSÃO. SRS. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO. O ADE é ato administrativo, e, como tal, está vinculado aos motivos determinantes de sua adoção. É defeso à autoridade administrativa, em sede de SRS, para manter a exclusão do sujeito passivo no SIMPLES, alterar a motivação ensejadora da expedição do ADE. A decisão dissociada dos motivos determinantes da adoção do ato administrativo é nula e, como tal, deve ser declarada para que outra seja proferida com observância dos ditames legais. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO (acórdão 301-32541)*

*SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA EXCLUSÃO. Não existindo de fato a motivação explicitada no ADE, tendo sido este fundado em atividade não exercida*

*efetivamente pela contribuinte, não pode a autoridade julgadora modificar o fundamento da exclusão, vez que o litígio se instaura em face da motivação explicitada no Ato Declaratório de Exclusão. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (acórdão 301-32895)*

Quanto ao segundo impedimento (sócio estrangeiro residente no exterior), entendo que a DRJ extrapolou os limites da sua competência, criando nova hipótese de impedimento que não estava sob a sua alçada de controle. A DRJ não só julgou, como também acrescentou novo fundamento ao indeferimento de inclusão no SIMPLES, extrapolando os limites da sua competência, o que não pode ser admitido.

Ademais, apenas a título de argumentação, insta salientar que foi anexado ao Recurso Voluntário cópia de alterações contratuais subseqüentes e da Declaração de Ajuste Anual do sócio Ofer Shitrit, ano-calendário 2006 (exercício 2007), na qual demonstrou que o citado sócio possui domicílio fiscal em Florianópolis/SC. Apesar de retificadora, a declaração mencionada (datada de 25/06/2007) informa que o endereço ali constante não é diferente do informado na última declaração.

Diante do exposto, conheço o presente recurso e dou-lhe provimento, determinando a inclusão retroativa da Recorrente no Simples Nacional.

É como voto.

*(assinado digitalmente)*

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira