MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	:	13702.000794/2001-35
Recurso nº	:	132.689
Acórdão nº	:	301-33.067
Sessão de	:	23 de agosto de 2006
Recorrente	:	MAD MONKEY BOUTIQUE LTDA.
Recorrida	:	DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. NULIDADE.
A edição do Ato Declaratório de Exclusão é exigência da Lei. 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 nexo 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*, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

VALMAR FONSÊCA DE MENEZES
Relator

Formalizado em: 22 NOV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho.

ccs

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, a seguir:

"Trata o presente processo de impugnação de fl. 01/02, tendo em vista a interessada não concordar com a sua exclusão do regime de tributação do SIMPLES, declarada no Ato Declaratório, mencionado a fls. 93, emitido em 9 de janeiro de 1999, em razão dependências da empresa e/ou sócios junto à PGFN e INSS (fl. 94).

2. A interessada alegou, em síntese, que estava em dia com o SIMPLES e que:

a) foi surpreeendida por estar em situação ativo não regular junto ao cadastro da SRF, por ter sido desenquadrada do SIMPLES, a partir de 1 º de maio de 1999;

b) que estava sediada no West Shopping, em Campo Grande, sendo que não recebeu correspondência enviada pela SRF, em razão de estar ali sediada;

c) esteve com atividades paralisadas entre 31 de maio de 1996 e 27 de maio de 1997 (fls. 12/15) e, neste período, cumpriu todas as obrigações acessórias com a entrega da declaração anual simplificada e demais obrigações existentes;

d) que estava em dia com o INSS, de acordo com certidão de fl. 10, de 10 de setembro de 1999 e que o débito junto à SRF de R$ 513,28 foi recolhido em 10 de agosto de 1998, no prazo legal, situação regularizada em 18 de dezembro de 2001;

3. Em resposta à Intimação de fls. 88, a interessada a fl. 89 respondeu que não possuía o Ato Declaratório da exclusão, provavelmente, por extravio de correspondência, por ter sede no West Shopping.

4. Em resposta aos quesitos da Resolução DRJ/RJ/I da 5 ª Turma nº 062, de 2002 (fls. 98), a DERAT/RJ informou que a interessada foi cientificada do Ato Declaratório, por meio de AR (fls. 103/104), com pendências junto ao INSS, regularizadas (fls. 10 e 101) e com débitos junto à PGFN (fls. 97). Juntada por esta Relatora pesquisa de débitos de fls. 115/118.

5. A fls. 111 a interessada esclareceu que quitara o débito do processo n º 10768.239207/97-04 (fls. 112/113). Juntada pesquisa de fls. 119/121 por esta Relatora quanto aos dados cadastrais da empresa junto à SRF."

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, não conhecendo da manifestação de inconformidade da empresa, por considerá-la intempestiva.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 126, repisando argumentos.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

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

Inicialmente, cabe tecer algumas considerações sobre o que consta dos autos.

Consta à fl. 88, intimação da Delegacia de origem para que o contribuinte apresente o Ato Declaratório de Exclusão "que efetivamente exclui do SIMPLES", tendo o contribuinte respondido que não o possuía (fl. 89).

À fl. 94, consta tela do sistema SIVEX onde se vislumbra que o Ato Declaratório foi emitido em virtude de pendências junto ao INSS e à PGFN, sem que conste quais seriam estas pendências.

A própria Secretaria da Receita Federal – através da DRJ - solicita, por ofício, à Procuradoria da Fazenda Nacional, informações relativas a débitos dos contribuintes com processos em julgamento em virtude de exclusão com base em pendências junto à PGFN (vide fl. 95).

À fl. 98, a DRJ determina diligência com providências acerca da ausência e ciência do Ato Declaratório em referência, e solicitando informações sobre as razões de exclusão da empresa do SIMPLES e, de forma conclusiva, sobre os débitos junto à PGFN;

A diligência conclui, à fl. 101, que:

A interessada foi cientificada do AD conforme AR de fl. 104 e que foi excluído por pendências junto ao INSS e À PGFN; no entanto, não junta aos autos o AD.

À fl. 108, o processo foi enviado ao arquivo geral da GRA/RJ, em 02 de fevereiro de 2004, por cinco anos, tendo sido resgatado, antes deste prazo, em 15 de abril do mesmo ano, por\solicitação da contribuinte, à fl. 111;

A recorrente tomou ciência do despacho da diligência em 04 de maio de 2004, (fl. 110);

À fl. 121, a DRJ profere acórdão onde decide "não conhecer da impugnação", por intepestividade, alegando que "existe o prazo de 30 dias para a apresentação, ao órgão preparador, da impugnação da exigência fiscal..." (sic);

Assim, não consta dos autos o Ato Declaratório que determina a exclusão do contribuinte da Sistemática do SIMPLES, e que a própria Delegacia da Receita Federal de origem se mostra incompetente para apresentar a cópia de tal documento.

Desta forma, devemos julgar o litígio com base nos elementos constantes nos autos.

Pelas informações trazidas pela autoridade que apreciou a SRS, como relatado, a exclusão se deu em virtude de pendências junto ao INSS. Verifico, no entanto, que em nenhum momento consta dos autos que o contribuinte tenha sido cientificado de quais débitos seriam estes, para que pudesse exercer livremente o seu direito de defesa e ao contraditório.

Na hipótese de Ato Declaratório emitido em casos como este, sem a discriminação das pendências da empresa junto ao Fisco, esta Câmara já firmou jurisprudência no sentido de que este seria nulo, nos termos do voto da eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do recurso 124.796, o qual, pela relação com este processo, 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 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 278.635 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 redunda na conseqüência 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 15°, parágrafo 3°:

"§ 3° 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 de supostas "pendências" sem a sua clara e detalhada especificação se constitui em evidente cerceamento ao direito de defesa.

No presente caso, sequer dispõe a repartição do documento que consubstanciou a exclusão da recorrente do SIMPLES e cuja formalização é exigida por Lei, como antes mencionado.

Se esta Câmara considera nula exclusão mediante Ato Declaratório emitido de forma genérica – como exposto – imaginemos o que se pode inferir acerca de uma exclusão cujo ato a repartição do Fisco não localiza e cujo processo de formalização não contempla a ciência ao contribuinte dos débitos que teriam motivado a aplicação daquela penalidade.

Cabe-nos, pois, apenas ANULAR O PROCESSO POR INEXISTÊNCIA DO AD E POR TER SIDO EMITIDO, COMO AFIRMA A PRÓPRIA SRF, POR CONTA DE PENDÊNCIAS JUNTO AO INSS E À PGFN, PENDÊNCIAS ESTAS QUE NEM A PRÓPRIA RECEITA FEDERAL SABIA QUAIS ERAM.

O que é amplo não pode ser restrito e os atos para os quais a Lei exige determinadas formalidades na forma da Lei devem ser constituídos.

Diante do exposto, por voto no sentido de que seja anulado o processo *ab initio*, em virtude da constatada inexistência do Ato Declaratório de Exclusão – exigido por Lei - e do evidente cerceamento do direito de defesa, o que implica no cancelamento da exclusão da sistemática do SIMPLES, imposta à recorrente.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 2006

VALMAR FONSÊCA DE MENEZES - Relator