



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

Processo nº 13708.000922/2003-52
Recurso nº 135.175 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.426
Sessão de 25 de abril de 2008
Recorrente RECI CONFEITARIA E BAR LTDA.
Recorrida DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

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

Período de apuração: 01/11/2000 a 31/12/2004

SIMPLES - INCLUSÃO - Deve ser incluído no SIMPLES a empresa que foi excluída por ato declaratório executivo de exclusão nulo, pois genérico.

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 com preterição do direito de defesa. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade. Processo que se anula a partir do Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES

Súmula 02 do 3º. Conselho de Contribuintes - 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.

PROCESO 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*, Súmula nº 2, nos termos do voto da relatora.



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente



SUSY GOMES HOFFMANN – Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Valdete Aparecida Marinheiro e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausente a Conselheira Irene Souza da Trindade Torres.

Relatório

A contribuinte RECI CONFEITARIA E BAR LTDA, mediante Ato Declaratório Nº. 297.744 (fls.10) de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal do Rio de Janeiro, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº. 9.317, de 05/12/1996 e alterações posteriores, em virtude da existência de pendências da empresa e/ou sócios na PGFN.

Insurgindo-se contra a referida exclusão, o interessado apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão da Opção pelo Simples – SRS (fls.01) alegando que não existem pendências junto à PGFN.

A Delegacia da Receita Federal proferiu decisão (fls.13vº) indeferindo a solicitação sob o fundamento de que existem débitos em nome da empresa/sócios junto à PGFN.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso (fls.49) aduzindo em síntese que:

1) A contribuinte foi excluída do SIMPLES por constar débito de sua responsabilidade junto à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, relativos aos processos administrativos de nº. 10305.214961/06-53 e 10305.253582/07-04;

2) Que tais débitos foram pagos, conforme guias anexas (fls.51/52).

A contribuinte também juntou nesta oportunidade certidão negativa de débitos perante a PGFN.

Em 28/06/2005 a DRF determinou (fls.84) que a contribuinte fosse intimada para apresentar a declaração de situação regular perante a Previdência Social dos sócios, Hilton Magela Aguiar e Maria Socorro Pinto.

A contribuinte informou (fls.86) que tais documentos são impossíveis de serem providenciados, tendo em vista de a empresa estar excluída do SIMPLES, de modo que ao efetuar a consulta perante a Previdência Social, não há como expedir a referida certidão em virtude de constar no sistema a exclusão da empresa.

A Delegacia da Receita Federal proferiu decisão (fls.100) propondo a reinclusão da contribuinte a partir de 01/01/2005, posto que as duas inscrições existentes foram quitadas.

É o relatório.



Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

Conheço do Recurso por preencher os requisitos legais.

A contribuinte RECI CONFEITARIA E BAR LTDA, mediante Ato Declaratório Nº. 297.744 (fls.10) de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal do Rio de Janeiro, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

O Ato Declaratório que deu ensejo a exclusão do contribuinte do Simples, indicou à época, pendências da empresa e/ou sócios junto a PGFN – que é expressamente vedado pelo artigo 9º, inciso XV, da Lei 9317/96, nos seguintes termos:

“Artigo 9. 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;”

Todavia, essa Câmara vem entendendo que nos casos de ADE, por esse motivo (art. 9º, XV), é imprescindível que sejam apontados os débitos e as pendências, para que a empresa possa se defender de forma plena e cabal do ato de exclusão do regime do SIMPLES.

A questão tratada nesse processo já foi objeto de exame minucioso feito pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do Recurso nº. 125.210, que, pela similitude, adoto como razões de decidir, e peço vênha para transcrever em parte:

“Tendo em vista que no presente processo a lide surge com a manifestação de inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório nº 15.228/1999, que declarou sua exclusão do SIMPLES por motivo de “atividade econômica não permitida para o SIMPLES”, 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 SIMPLES, destaca-se o pressuposto de fato que o autoriza, isto é, o seu motivo ou causa, o qual encontra-se previsto na lei. 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.

Para 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 15.228/1999 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 no art. 9º, XV, in verbis:

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

(...)

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;”

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: prestar a contribuinte, entre outros, serviço profissional de consultoria.

Da análise do ato declaratório (fl. 12) constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado (“atividade econômica não permitida para o SIMPLES”) com o tipo legal da norma de exclusão (“prestar, entre outros, serviço profissional de consultoria”).



Frise-se que o motivo antecede a prática do ato administrativo de exclusão e, quando previsto em lei, o agente que emite ou pratica o ato fica obrigado a justificar a sua existência, demonstrando a efetiva ocorrência do motivo que o ensejou, 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 indicado como motivação do ato declaratório exercer a contribuinte atividade de consultoria, na forma prevista na lei, e, tampouco comprovado que a receita da contribuinte decorre dessa atividade, o ato é passível de nulidade. Cabe ressaltar que a lei instituidora do SIMPLES especifica todas as hipóteses, que uma vez ocorridas, acarretam a exclusão do sistema. Ora, se a lei especifica as hipóteses de exclusão, não cabe a exclusão com base em motivação genérica, conforme indicado no ato declaratório. No caso, a motivação indicada no ato declaratório não se coaduna com a prevista na lei, o que acarreta a nulidade do ato, por descumprimento de requisito legal.

Ademais, a motivação genérica impede à contribuinte exercer plenamente o seu direito de defesa, pois o ato declaratório não lhe permite conhecer o motivo especificado na lei que deu causa à sua exclusão. A contribuinte apenas tomou ciência do motivo de sua exclusão (exercer atividade de consultoria) por ocasião do indeferimento de sua SRS (fls. 10/11).. ”

Frente a esses argumentos, não há como prevalecer o Ato Declaratório de Exclusão que anotou tão-somente “pendências da empresa e/ou Sócios junto à PGFN” em seu conteúdo, motivo pelo qual, é imperioso que seja dado provimento ao Recurso a fim de declarar a nulidade do ADE por não atender aos requisitos legais, pois há que se registrar que a lei de regência do SIMPLES no artigo 15, §3º da Lei 9.317/96, transcrito a baixo:

“§ 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. ”

Outrossim, ainda que se considere que há um apontamento de que tais pendências constavam no demonstrativo anexo, a verdade é que, tal demonstrativo tratava-se de uma certidão positiva sem a indicação expressa dos débitos indicados.

Posto isto, voto por **ANULAR AB INITIO** o processo, determinando a re-inclusão da RECORRENTE no SIMPLES retroagindo-se até a data em que foi desenquadrada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2008


SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora