



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13839.000753/2001-01
Recurso nº : 125.075
Acórdão nº : 301-32.338
Sessão de : 08 de dezembro de 2005
Recorrente(s) : CHURRASCARIA E PIZZARIA REI DO SUL LTDA.
Recorrida : DRJ - CAMPINAS/SP

**SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO. MOTIVAÇÃO INVÁLIDA E
PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA.**

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, não podendo, ainda, ser exarado com preterição do direito de defesa da empresa excluída.

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

ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Formalizado em: **27 ABR 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Carlos Henrique Klaser Filho, Susy Gomes Hoffmann, Luiz Roberto Domingo e Valmar Fonsêca de Menezes. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Dr. Rubens Carlos Vieira.

Processo nº : 13839.000753/2001-01
Acórdão nº : 301-32.338

RELATÓRIO

Trata o processo de Solicitação de Revisão de Exclusão da Opção pelo SIMPLES, efetuada pelo Ato Declaratório nº 360.260, por apresentar débitos de seu sócio junto ao INSS.

Não concordando com o ato, a contribuinte apresentou à Delegacia da Receita Federal em Jundiaí/SP Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS, fl. 29, visando afastar a exclusão. A SRS foi indeferida pela DRF/Jundiaí que manteve a exclusão (fl.31/verso) sob a justificativa de que a interessada não comprovou a regularidade fiscal da empresa e/ou sócio junto ao INSS.

Inconformada, a interessada, por seu procurador (fl. 05), apresenta sua impugnação às fls. 01/04, na qual requer a revisão de sua exclusão do SIMPLES, alegando, em síntese, que :

- ✓ Não obstante ter formalizado junto ao INSS, em 03.05.2001, pedido de Certidão Negativa e ou Positiva com Efeito de Negativa em nome do sócio, não foi, ainda, atendida em seu pedido. Argumenta que, assim que a certidão for emitida, o documento será juntado aos autos.
- ✓ O sócio da empresa interpôs Embargos à Execução em ação que lhe move o INSS, processo 4.794/2000, em trâmite no Anexo Fiscal de Jundiaí, cujo débito está garantido por penhora.
- ✓ Sendo a pessoa jurídica distinta da dos seus sócios, não pode ser responsabilizada por eventual pendência do sócio perante o INSS.
- ✓ A decisão da SRF que a excluiu do SIMPLES é inconstitucional, pois a interessada não possui débito junto ao INSS, conforme comprova a inclusa certidão negativa; ademais seu sócio está utilizando os recursos permitidos na lei para defender-se de uma pretensão que entende ser injusta e contrária ao Direito, conforme garantido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.
- ✓ Não há em nosso Ordenamento Jurídico dispositivo legal que dê à SRF o direito de impedir a sua permanência no SIMPLES, em razão de seu sócio ter débito em fase de execução judicial, o qual encontra-se garantido por penhora.

A 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, ao apreciar a impugnação, manteve a exclusão da interessada do

Processo nº : 13839.000753/2001-01
Acórdão nº : 301-32.338

SIMPLES, nos termos do Acórdão DRJ/CPS nº 464, de 04.02.2002, proferido às fls. 34/37, cuja ementa dispõe, *in verbis*:

“Ementa. DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA. OPÇÃO. As pessoas jurídicas, cujos sócios têm débitos inscritos em Dívida Ativa junto ao INSS, que não comprovem estar com a exigibilidade suspensa, estão vedadas de optar pelo SIMPLES. Solicitação Indeferida.”

Devidamente intimada da decisão de 1ª instância, em 03.06.2002, a contribuinte interpõe, em 25.06.2002, Recurso Voluntário (fls. 41/45) ao Conselho de Contribuintes. Em seu arrazoado, a Recorrente repete as razões e argumentos já aduzidos na impugnação, além de ressaltar, em síntese, que:

- ✓ A “PENDÊNCIA” do sócio junto ao INSS, objeto de execução fiscal, em que houve embargos à execução, está garantido por penhora.
- ✓ Nos termos do disposto na parte final do inciso XVI, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96, não cabe a opção pelo SIMPLES, nos casos em que especifica, **quando a exigibilidade não esteja suspensa**. Argumenta que os embargos suspendem a execução e, conseqüentemente, a exigibilidade da pretensa dívida, conforme disposto nos arts. 741 e 739, do CPC, que transcreve.
- ✓ Conforme já decidiu o 2º Conselho de Contribuintes, cuja ementa transcreve, somente a existência de débito inscrito em dívida ativa, cuja exigibilidade não esteja suspensa, é causa suficiente para a exclusão do regime do SIMPLES, não bastando constar do ato declaratório, como motivo da exclusão, a existência de meras “PENDÊNCIAS”, sob pena de sua nulidade “*ab initio*”.

Requer, ao final, que seja dado provimento ao recurso para reformar o Acórdão recorrido e anular o Ato Declaratório nº 360.260.

Em 12/05/2004, esta C. Câmara, por meio da Resolução nº 301-1.274 (fls. 72/76), converteu o julgamento em diligência à repartição de origem para que fosse juntada aos autos a cópia do ADE nº 360.260.

Em 11/08/2005, a contribuinte trouxe aos autos a cópia do ADE (fls. 80/81).

É o relatório.

Processo nº : 13839.000753/2001-01
Acórdão nº : 301-32.338

VOTO

Conselheira Atalina Rodrigues Alves, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; dele, pois, tomo conhecimento.

Trata o processo de Manifestação de Inconformidade apresentada pela contribuinte contra sua exclusão do SIMPLES efetuada pelo Ato Declaratório nº 360.260, de 02 de outubro de 2000 (fl. 81), pelo seguinte motivo: "*pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS*".

Cumpre-nos, preliminarmente, apreciar a questão suscitada pela contribuinte acerca da nulidade do ADE nº 360.260.

Sustenta a contribuinte, com fundamento em acórdão deste Conselho de Contribuintes, cuja ementa traz à colação, que "*somente a existência de débito inscrito em dívida ativa, cuja exigibilidade não esteja suspensa, é causa suficiente para a exclusão do regime do SIMPLES, não bastando meras "PENDÊNCIAS".*"

De fato, ao instituir o SIMPLES, a Lei nº 9.317, de 1996, determinou no seu art. 9º, XV, *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, as disposições contidas no art. 14 c/c o art. 15, § 3º da citada lei, determinam que, ocorrida a hipótese legal de impedimento da permanência da pessoa jurídica no SIMPLES e deixando ela de formalizar sua exclusão mediante alteração cadastral, sua exclusão será efetuada de ofício mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que a jurisdicione. Neste caso, é assegurado à pessoa jurídica o contraditório e a ampla defesa, nos termos da legislação relativa ao processo tributário administrativo, conforme disposto no art. 15, § 3º, *verbis*:

"Art. 15. (...)

§ 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

Processo nº : 13839.000753/2001-01
Acórdão nº : 301-32.338

tributário administrativo. Acrescido pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98.

Verifica-se, assim, que a lei especifica as hipóteses que, uma vez ocorridas, motivarão a exclusão do SIMPLES de ofício, entre elas, "*ter a empresa débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa*".

Logo, não resta dúvidas de que o ato declaratório de exclusão do SIMPLES é um ato administrativo vinculado, tendo em vista que a lei instituidora deste regime especial de tributação estabelece os requisitos e condições de sua realização.

Em se tratando de ato administrativo vinculado, para produzir efeitos válidos é indispensável que atenda a todos os requisitos previstos na lei; desatendido qualquer requisito legal, o ato se torna passível de anulação, pela própria Administração ou pelo Judiciário.

Neste sentido, cabe trazer a lume a lição do ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra "Elementos do Direito Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, 1980, página 39, segundo o qual, "*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.*"

Dentre os requisitos do ato declaratório de exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, se destaca a sua motivação ou causa prevista na lei. Na realidade, o motivo ou causa do ato é a efetiva situação material que, uma vez ocorrida, servirá de suporte para a emissão do ato.

Cabe destacar que, em se tratando de ato administrativo vinculado, a materialidade da causa ensejadora do ato declaratório de exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES há de restar devidamente comprovada.

Assim, para fins de análise da validade do ato declaratório nº 360.260, é necessário verificar se realmente ocorreu a situação de fato que autorizaria a sua expedição e se há correspondência entre o motivo de fato que o embasou e o motivo previsto na lei instituidora do SIMPLES.

Da análise do ato declaratório de fl. 81 constata-se, de plano, a inadequação do motivo explicitado ("*Pendências da Empresa e/ou Sócios junto ao INSS*") 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 pratica fica obrigado a comprovar a sua efetiva ocorrência, sob pena de invalidade do ato. Assim, não tendo a autoridade fiscal dado como motivação do ato declaratório ter o contribuinte débito inscrito no INSS com a

CAVALY

Processo nº : 13839.000753/2001-01
Acórdão nº : 301-32.338

exigibilidade não suspensa, na forma prevista na lei, e, tampouco, especificado o débito inscrito, o ato é passível de nulidade.

Ressalte-se, ainda, não ser admissível que a administração, antes de comprovado a ocorrência do fato impeditivo da opção pelo SIMPLES, de pronto determine a exclusão do contribuinte, preterindo o seu direito de defesa.

No caso em tela, caberia à autoridade responsável, antes de emitir o ato declaratório de exclusão do SIMPLES, intimar a contribuinte para se manifestar sobre a relação discriminada de seus débitos inscritos na dívida ativa do INSS com a exigibilidade não suspensa, evitando, assim, o cerceamento do direito de defesa garantido legalmente à interessada.

Nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, são nulos os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa..

Assim, restando configurado que ao ato declaratório foi exarado com vício em relação ao motivo indicado e com preterição do direito de defesa da empresa excluída, é pacífica a tese de que a administração que praticou o ato ilegal pode anulá-lo (Súmula 473 do STF).

Em face do exposto, anulo o processo *ab initio*, em razão de o ato declaratório de exclusão da contribuinte do SIMPLES não cumprir as exigências legais de regularidade quanto a sua motivação.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 2005


ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora