



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13855.000533/00-83
Recurso nº : 125.257
Acórdão nº : 301-32.457
Sessão de : 25 de janeiro de 2006
Recorrente : PIMENTA & PIMENTA S/C. LTDA.
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

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.

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 DANTEAS CARTAXO
Presidente


SUSY GOMES HOFFMANN
Relatora

Formalizado em: **27 ABR 2006**

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

Processo nº : 13855.000533/00-83
Acórdão nº : 301-32.457

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de PIMENTA & PIMENTA S/C LTDA, com CNPJ nº 48.445.498/0001-22, contra Ato Declaratório de Exclusão, em que se impugna a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, instituído pela Lei nº 9317/96.

Para melhor abordagem da matéria, adota-se o relatório apresentado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de RIBEIRÃO PRETO – SP, fls. 34, consoante anotações seguintes:

“A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal de Ribeirão Preto, em 27 de julho de 2000, foi excluída do Simples, ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº 9317/96 e alterações posteriores, informando como causa do evento a exploração do ramo de ensino infantil, ensino fundamental e ensino médio, conforme constou na Representação Fiscal feita pela autoridade ao INSS.

A contribuinte, inconformada, apresentou impugnação (fls. 01/14), por meio de seus representantes legalmente constituídos, alegando em síntese que o artigo 9º da Lei nº 9317/96, ao regular o tratamento diferenciado garantido às microempresas e às empresas de pequeno porte, estabeleceu condições qualificativas e não apenas qualitativas para opção ao regime, quebrando o tratamento isonômico da igualdade tributária, dado que seu artigo 9º estaria violando o disposto nos artigos 150, II, e 179 da CF de 1988, por inserir restrições, impedindo as opções de muitas pessoas jurídicas ao Simples.

Concluiu afirmando que não se pode admitir que as sociedades que se encaixam no conceito da Lei sejam excluídas do Simples não pela receita anual que auferem, mas sim pelo tipo de atividade que desenvolvem, e para sustentar a sua tese citou algumas decisões do STF e TRF da 3ª Região.

É o relatório.”

Ato contínuo seguiu-se voto do Relator, aduzindo, que a exclusão foi motivada pelo fato de que a Recorrente também presta serviços de ensino médio, o que ocasiona a sua impossibilidade de permanecer no regime do SIMPLES, posto que a LEI 10034/2000 permitiu que as empresas que explorem a atividade de creches, pré-



Processo nº : 13855.000533/00-83
Acórdão nº : 301-32.457

escolas e ensino fundamental, fossem optantes do SIMPLES(fl. 39). Há que se salientar que na decisão da DRJ não foi abordada a questão das pendências dos sócios e ou empresa junto à PGN e ao INSS, questão essa preclusa.

Observe-se, ainda, que até essa fase processual não foi juntado o Ato Declaratório de Exclusão.

Seguiu-se recurso voluntário, fls. 43/57, em que a Recorrente reafirmou os fatos alegados em impugnação inicial, postulando pela manutenção no regime simplificado. Com referência às pendências da Recorrente junto à PGN e ao INSS, informou que apresentou Embargos à Execução Fiscal e que o débito do sócio estava liquidado junto à PGN, fls. 45/46.

Desta forma, aduziu que se manteve somente a exclusão com fundamentos em atividade econômica não permitida para o Simples, consistente na prestação de serviços de ensino, razão pela qual, com fulcro na Lei nº 10034/00, tem direito de permanecer no regime simplificado. Raciocínio efetuado com base no artigo 106 do CTN.

Houve alteração contratual no que concerne o objeto social da empresa, destacando que sua atividade consiste em “prestação de serviços de ensino básico e fundamental”, fls. 65.

O processo foi encaminhado a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, tendo sido apresentada Resolução nº 301-1.283. Converteu-se o processo em diligência para juntada de peças de processo judicial ajuizado e em andamento, bem como comprovação da quitação dos débitos junto à PGFN, com valores e respectivas datas.

Juntou-se os documentos de fls. 81/97, tendo sido elaborado relatório processual pela Delegacia da Receita Federal de Franca, fls. 96/97, manifestando-se pela continuidade do feito e seu regular julgamento.

Em suma, tem-se o relatório do processo.

Segue fundamentos de voto.

É o relatório.



Processo nº : 13855.000533/00-83
Acórdão nº : 301-32.457

VOTO

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

Conheço do Recurso por preencher os requisitos legais.

Cuida-se de pedido de PIMENTA & PIMENTA S/C LTDA, com CNPJ nº 48.445.498/0001-22, em vista do Ato Declaratório de Exclusão, em que se impugna a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, instituído pela Lei nº 9317/96.

Preliminarmente há que se registrar que não foi discutida nos autos a existência de débitos pendentes juntos ao INSS ou à PGFN, principalmente, em sede de decisão administrativa de primeira instância, fls. 32/39, que se limitou a questionar a atividade de ensino praticada pela recorrente.

Ademais, apesar das diligências terem satisfeito a determinação da Resolução desta 1ª. Câmara, deve ser observado que somente com os documento ora juntados é que veio aos autos cópia do Ato Declaratório de Exclusão nº 353.363 de 02 de outubro de 2000 (fls. 95)

Ocorre que feita a análise sobre referido ATO, constata-se que tal ato administrativo é nulo pois não indica, com a precisão necessária para o exercício da ampla defesa pelo Recorrente e do justo julgamento pelo julgador, os dados e fatos que levaram a empresa Recorrente à exclusão do regime, pois consta da discriminação do evento apenas que:

*Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS
Pendências da empresa e/ou sócio junto a PGFN
Atividade Econômica não permitida para o SIMPLES*

Ora, não há qualquer indicação sobre as eventuais pendências dos sócios ou da empresa junto ao INSS ou à PGFN, matéria que sequer foi objeto do julgamento de 1ª. instância. Essa Câmara vem entendendo que nos casos de ADE por esse motivo é imprescindível que seja anexado o extrato dos débitos e das pendências, para que a empresa possa se defender de forma plena e cabal do ato de exclusão no 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 vênia para transcrever em parte:



Processo n° : 13855.000533/00-83
Acórdão n° : 301-32.457

"Tendo em vista que no presente processo a lide surge com a manifestação de inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório n° 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 n° 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 n° 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou no art. 9° XV, in verbis:

"Art. 9°. 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



Processo nº : 13855.000533/00-83
Acórdão nº : 301-32.457

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, 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.”

Assim, em razão de todo o exposto, voto para que seja DADO PROVIMENTO AO RECURSO a fim de ANULAR O PROCESSO AB INITIO e, por conseqüência, manter a Recorrente no SIMPLES, em vista da nulidade absoluta do ADE de fls. 95.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006


SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora