



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

Processo nº 13888.000599/2007-70
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1801-00.633 – 1ª Turma Especial
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria Simples - Exclusão
Recorrente SMART REPRESENTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA LTDA. EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. NULIDADE.

Deve ser declarado nulo, nos termos do artigo 59 do Decreto no. 70.235, de 1972 - PAF, o Ato Declaratório Executivo de exclusão de empresa do simples que não possui motivação (razão ou indicação da atividade vedada praticada) nem fundamentação legal (dispositivo legal violado ou inobservado), acarretando o cerceamento do direito de defesa com prejuízos ao contraditório

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário e declarar nulo o Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples nº. 18, de 20/06/2008, da DRF em Piracicaba/SP, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Magda Azario Kanaan Polanczyk, Edgar Silva Vidal e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A auditoria fiscal da Delegacia da Receita Previdenciária de Campinas/Piracicaba em São Paulo – Seção de Fiscalização, formalizou representação administrativa enviada à DRF em Piracicaba/SP por meio do ofício 34/2007 (fls. 02 a 04) pois, em procedimento de auditoria, teria sido constatado que a empresa referenciada praticaria atividade de locação de mão-de-obra, vedada para opção e permanência no sistema simplificado de pagamento de impostos e contribuições federais – Simples Federal. Instruindo a representação foram enviados contratos de prestação de serviços da empresa, assim como cópias de notas fiscais de prestação de serviços (fls. 05 a 44).

Pelo Despacho Decisório n.º 700, de 2007 (fls. 53/57) a Delegacia da Receita Federal em Piracicaba/SP considerou a empresa excluída do Simples, em virtude da prática de “operações relativas à prestação de serviços de vigilância”, fundamentando tal ato nos seguintes dispositivos legais: Art. 238 da Portaria MF n.º 95/2007, Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 16/2002, IN SRF n.º 608/2006 e Lei n.º 8.212/91.

A empresa foi cientificada do Despacho Decisório em 02/07/2007 como demonstra cópia do AR à fl. 59 e, em 30/07/2007 apresentou a manifestação de fls. 60 a 64, alegando, em síntese, que nunca teria prestado serviços de vigilância praticando, apenas, serviços de portaria e recepção.

Diante da constatação de inexistência de Ato Declaratório formalizando a exclusão da empresa do Simples, exigência da legislação de regência foi, então, providenciada pela DRF em Piracicaba a expedição do ADE n.º 18, de 20 de junho de 2008 (fl. 84), cientificado à interessada em 03/07/2008 – AR fl. 87. A empresa limitou-se a reiterar os termos da impugnação apresentada, conforme documento de fl. 91, datado de 05/08/2008.

Pelo Acórdão n.º 14-24.356 (fls. 98 a 101) a 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP indeferiu a solicitação, ao argumento de que a empresa presta serviços de locação de mão-de-obra e que tal atividade é vedada para ingresso e permanência no Simples, nos termos do artigo 9º, inciso XII, letra “f” da Lei n.º 9.317, de 1996.

Intimada da decisão, em 09/09/2009 (AR fl. 108), a empresa apresentou, em 05/10/2009 o recurso voluntário de fls. 109 a 115. Em sua defesa afirma que nunca prestou serviços de vigilância e que os serviços de portaria já estariam inseridos no rol de atividades permitidas pelo Simples, nos termos da solução de consulta SRRF/8aRF/DISIT N.º 97.

Observou, ainda, que a capitulação legal baseada unicamente em instruções normativas não se constituem em suporte legal para exclusão da empresa do Simples, o que

teria de ter sido feito com base em dispositivo de Lei, e que seria vedado ao administrador público fazer as vezes de legislador.

Ao final pugna pela nulidade do ato declaratório de exclusão do simples.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria de Lourdes Ramirez, Relatora.

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Cumprе ressaltar, inicialmente, que o Ato Declaratório Executivo nº. 18 de 20/06/2008, da DRF em Piracicaba/SP, que excluiu a empresa do Simples não possui motivação nem encontra fundamento em nenhuma das causas excludentes elencadas no artigo 9º. da lei no. 9.317, de 1996.

De fato, compulsando o ADE nº. 18/2008, à fl. 84, verifica-se que o referido ato não apresenta o motivo pelo qual se justificaria a exclusão da empresa do Simples. Dito de outra forma, não constou do ADE qual a razão ou atividade vedada seria praticada pela empresa justificando a sua exclusão do sistema. Da mesma forma não consta do ADE a fundamentação legal da exclusão, ou seja, qual dispositivo legal teria sido violado ou inobservado pela interessada.

Saliente-se que o procedimento de exclusão da empresa do simples se mostrou defeituoso desde o início. Assim, pretendeu-se excluir a pessoa jurídica da sistemática simplificada apenas com base no Despacho Decisório nº. 700, de 12/06/2007 (fls. 53 a 57), cientificado a interessada em 02/07/2007 e impugnado no prazo legal. Quase um ano depois, quando o processo já havia sido encaminhado para apreciação da Delegacia de Julgamento em Ribeirão Preto/SP é que se constatou a ausência do competente ato declaratório de exclusão. Foi a própria instância julgadora que advertiu a repartição de origem da inexistência, neste processo, do competente e imprescindível ato declaratório de exclusão, como se verifica do despacho à fl. 83 e verso, datado de 03/03/2008. E tudo isso somente foi possível porque a empresa já havia apresentado a impugnação contra o despacho decisório.

Assim, no intuito de sanear os autos e conferir validade à exclusão, a DRF em Piracicaba/SP confeccionou o ADE nº. 18, de 20/06/2008. Entretanto, como já consignado, referido ato não observou as formalidades legais intrínsecas necessárias a produzir os efeitos pretendidos.

A Lei nº. 9.317, de 1996, que dispõe sobre o Simples Federal, determina que a exclusão de uma empresa dessa sistemática seja feita por meio de ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, e observada a legislação que rege o processo

administrativo fiscal. É o que dispõe o parágrafo 3º. do artigo 15, com a redação dada pela Lei nº. 9.732, de 1998:

§ 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.

Ao determinar que o ato de exclusão deve observar o processo tributário administrativo ou PAF – Processo Administrativo Fiscal, a Lei submeteu o ato de exclusão à determinadas formalidades que se encontram discriminadas no Decreto nº. 70.235, de 1972, que regulamenta o processo administrativo fiscal. Esse decreto, em verdade, tem força de Lei, razão pela qual as formalidades intrínsecas e extrínsecas do ato de exclusão devem ser estritamente observadas.

Dentro desse escopo as formalidades intrínsecas e extrínsecas do ato de exclusão são as mesmas atinentes ao ato administrativo fiscal de lavratura de auto de infração e se encontram descritas no artigo 10 do referido Decreto:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

Verifica-se, pois, que do ato declaratório executivo de exclusão de empresa do Simples deve contar a descrição do fato, ou seja, o motivo ensejador da exclusão, e o dispositivo legal infringido, aquele que confere validade ao ato. A inobservância de tais requisitos acarreta o cerceamento do direito de defesa daquele atingido pelo ato, prejudicando, pois, o contraditório e a ampla defesa, motivos que, *de per si*, justificam a nulidade do ato, como determina o artigo 59 do mesmo Decreto no. 70.235, de 1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade

julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

A título de ilustração e apenas para salientar a extrema necessidade de se revestir o ato administrativo de seus imprescindíveis requisitos legais, observo que também a Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal de forma geral - e não específica, como é o caso do Decreto nº. 70.235, de 1972, aplicável ao presente caso – também possui dispositivos que determinam a observância dos requisitos que conferem validade aos atos administrativos em geral, dentre estes a motivação e os fundamentos legais. Nesse sentido trago à colação, os seguintes artigos da Lei nº. 9.784, de 1999:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1º A intimação deverá conter:

...

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

...

§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais (...)

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

...

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

...

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.

...

É notório que a DRJ em Ribeirão Preto/SP percebeu o defeito do ADE nº. 18 de 20/06/2008, da DRF em Piracicaba/SP pois, no julgamento da impugnação, pretendeu buscar o fundamento de validade do ato no Despacho Decisório nº. 700, proferido em 12/06/2007 (fls. 53 a 57), ou seja, anteriormente à emissão do próprio ADE. Entretanto, o ato nasceu nulo, razão pela qual não possui qualquer eficácia e, assim, não se presta a produzir os efeitos pretendidos.

Por todo o exposto voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário e declarar nulo o Ato Declaratório Executivo nº. 18, de 20/06/2008, da DRF em Piracicaba/SP.

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora