



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13971.001106/2001-84
Recurso nº : 131.371
Acórdão nº : 301-32.524
Sessão de : 22 de fevereiro de 2006
Recorrente : KISTNER SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA. –
ME.
Recorrida : DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC

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 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 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* por vício formal, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Processo nº : 13971.001106/2001-84
Acórdão nº : 301-32.524

Formalizado em: **27 ABR 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.

Processo nº : 13971.001106/2001-84
Acórdão nº : 301-32.524

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“Trata-se de manifestação de inconformidade (fls. 55/60, e anexo) contra exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), conforme Ato Declaratório Executivo n.º 35, de 5 de dezembro de 2002 (fl. 53).

A interessada, inicialmente, tendo constatado que sua opção ao SIMPLES não havia sido efetivada pelo órgão fiscal, solicitou sua inclusão retroativa a 1997, conforme requerimento de fl.01.

Da análise do pedido, decidiu o órgão fiscal pela inclusão da interessada no SIMPLES, desde sua opção em 1997 até junho de 2002, pois a partir desta época o sistema tem vedado tais atividades ao ingresso no SIMPLES.

Eis o relato do órgão (fls.48/49):

2 - Quanto ao objeto social e alterações posteriores às fls.02/09 e Certidão Simplificada da JUCESC à fls.11, bem como o CNAE Fiscal e alterações processadas no sistema CNPJ às fls.25/29, indicam não se tratar de atividade vedada até o mês 06/2002, quando então o SISCAC passou a incluir esta atividade dentre aquelas que tem sua opção vedada ao SIMPLES, conforme fls.45;

Assim, baseado na análise efetuada, conclui-se que a empresa atende os requisitos para admissão no SIMPLES, não apresentando situação de vedação ou de exclusão arrolada no art.20 da IN 34/2001, porém, somente até o mês de 06/2002, conforme item 2 acima.

Portanto, proponho incluir a empresa no sistema, por Decisão Administrativa, através do evento 319 do Programa CNPJ, tendo como data de evento 01/01/1997, como "Microempresa" e, em seguida excluí-la do Sistema através do evento 321 (exclusão por Decisão Administrativa) com data de evento 01/07/2002, primeiro dia do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, conforme art.1º da IN SRF 102/2001 à fls.46.

Tal proposição foi aceita pela autoridade competente, procedendo, assim, à emissão do Ato Declaratório 35/2002, fl.53, ora contestado pela interessada, por meio de manifestação dirigida a esta unidade de julgamento, que a seguir se resume:

Processo nº : 13971.001106/2001-84
Acórdão nº : 301-32.524

- que foi excluída do SIMPLES, com efeitos retroativos a partir de 01.07 de 2002, com base na SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA nº 5, de 13.06.2002, publicado no DOU de 17/06/2002, segundo se infere do OFÍCIO DRF/BLU/SACAT nº 195/2002;

- que os serviços prestados pela recorrente não podem ser enquadrados como serviços profissionais de engenharia, conforme ementa da referida SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA;

- que executa tão somente pequenos serviços de manutenção ou conserto de microcomputadores e periféricos em geral, jamais chegando a executar serviços de engenharia, já que nada projeta ou mesmo industrializa algum componente do equipamento enviado para conserto, enfim não praticando nenhum outro ato, que não seja aquele próprio de consertar;

- necessita tão somente de técnicos em eletrônica e que tenham conhecimento de equipamentos de informática; que não se utiliza de serviços profissionais de engenharia ou de profissionais da área de engenharia, pois não invade o campo da engenharia, pois somente presta serviços;

- se adotado o r. entendimento esposado por esta Delegacia, estaríamos admitindo a necessidade de autorização do órgão de classe, no caso o CREA, já que supostamente caracteriza prestação de serviços profissionais de engenharia, até o momento não necessitou fazê-lo;

- que não se diga que não há correlação entre os fatores, pois tal premissa não é verdadeira, uma vez que busca equiparar a prestação de um técnico em informática com o engenheiro em eletrônica, o que não pode ser aceito sob hipótese alguma;

- traz pronunciamentos em decisões judiciais que tratam da diferenciação entre os serviços técnicos do de engenharia (fls.58/59);

- pede, então, a reforma do ato declaratório para fins de que permaneça no SIMPLES.”

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2002

Ementa: OPÇÃO PELO SIMPLES. CONSERTOS E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. VEDAÇÃO.

Processo n° : 13971.001106/2001-84
Acórdão n° : 301-32.524

Observadas as demais exigências da legislação em vigor, está vedada a opção pelo Simples à pessoa jurídica que se dedica à prestação de serviços de manutenção de microcomputadores e periféricos em geral, por caracterizar prestação de serviços profissionais de engenharia.

Solicitação Indeferida”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 80/85.

É o relatório.

Processo nº : 13971.001106/2001-84
Acórdão nº : 301-32.524

VOTO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

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

Preliminarmente, verifico que o Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES, à fl. 14, foi editado sem a motivação para a providência adotada.

Tendo em vista tal aspecto processual, levanto, de ofício a nulidade de tal ato da administração tributária, para o que adoto, por oportuno, o voto da nobre Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do recurso 124.796, transcrevendo-o adiante, em excertos, que embora se refira ao caso de atos declaratórios emitidos com “pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN”, bem serve de subsídio à tomada de decisão deste Conselheiro:

“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

Processo n° : 13971.001106/2001-84
Acórdão n° : 301-32.524

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 n° 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 n° 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou, in verbis:

"Art. 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”.

Por sua vez, o art. 14 c/c o art. 15, § 3° 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”).

Processo nº : 13971.001106/2001-84
Acórdão nº : 301-32.524

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 redundou na consequência 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 15º, parágrafo 3º:

"§ 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."

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 sem a sua clara especificação sem a sua detalhada especificação se constitui em evidente cerceamento ao direito de defesa.

O que é amplo não pode ser restrito.

Diante do exposto, por voto no sentido de que seja anulado o processo ab initio, a partir do Ato Declaratório no. 35, de fl. 53, em virtude da

Processo nº : 13971.001106/2001-84
Acórdão nº : 301-32.524

constatada inexistência do motivo explicitado exigido pelo tipo legal da norma de exclusão e do evidente cerceamento do direito de defesa.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 2006


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator