



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10930.004873/2003-03  
Recurso nº : 132.660  
Acórdão nº : 301-33.065  
Sessão de : 23 de agosto de 2006  
Recorrente : TOMIYOSHI REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS  
LTDA.  
Recorrida : DRJ/CURITIBA/PR

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 *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

  
VALMAR FONSECA DE MENEZES  
Relator

Formalizado em: 22 NOV 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 : 10930.004873/2003-03  
Acórdão nº : 301-33.065

## RELATÓRIO

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

“A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório Executivo nº 441.296, de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em Londrina, em 07 de agosto de 2003, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, ao qual havia anteriormente optado, em virtude de atividade econômica vedada, ou seja: representantes comerciais e agentes do comércio especializado em produtos não especificados anteriormente (CNAE 5118-7/00).

2. Inconformada, a contribuinte apresentou as razões de fls. 01 a 10, onde alega: que embora conste a atividade de representação comercial em seu contrato social, exerce operações de prestação de serviços e assistência técnica na área de tratamento de água industrial; e que não auferindo receitas de atividade vedada está apta a aderir ao Simples, conforme julgado que transcreve; que houve equívoco ao elaborar a segunda alteração contratual, quando efetuou o enquadramento de sua atividade econômica no código CNAE 5118/7-00; e que caso persista a exclusão seus efeitos deverão ocorrer a partir do mês subsequente àquele em que foi notificada, em obediência ao disposto no art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996.

3. Após transcrever o art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996 e o art. 110 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), prossegue dizendo que sua atividade não está elencada entre as vedações do art. 9º; que a Receita Federal já se manifestou favorável à permanência no Simples, das empresas que prestam serviços que não dependam de habilitação profissional; que sua exclusão fere o princípio da isonomia; que os efeitos da exclusão devem obedecer ao previsto no art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, pois de outra forma estará ferindo o princípio da irretroatividade; que tal preceito lhe garante permanecer no Simples até o dia 31/08/2003 e que a administração pública não está acima da Constituição Federal.

4. Ao final, pede sua manutenção no Simples ou, caso a decisão lhe seja desfavorável, que os efeitos se operem a partir de 01/09/2003. Junta ao processo os documentos de fls. 11 a 19.

Processo n° : 10930.004873/2003-03  
Acórdão n° : 301-33.065

5. Em despacho fundamentado (fl. 24), o processo foi devolvido ao órgão de origem, para maiores esclarecimentos, tendo retornado com os documentos de fls. 26 a 94.

6. Como primeira providência, a interessada foi intimada (fl.27) a apresentar uma série de documentos relativos à sua escrita contábil e fiscal. Da análise dos documentos apresentados, derivou a intimação de fls. 29 a 32, para que justificasse os valores ali discriminados. Como resposta, a contribuinte apresentou a justificativa de fls. 34/35, acompanhada das notas fiscais de fls. 36 a 79.

7. Ainda não satisfeita, a autoridade a quo compareceu ao endereço de um dos clientes identificados nas notas fiscais e lá obteve os documentos de fls. 81 a 88. Ao final, foi lavrado o Termo de Diligência Fiscal de fls. 90 a 94 onde a autoridade fiscal conclui, com base nos documentos e informações obtidas, que a interessada desenvolve as seguintes operações: 1) análises químicas; 2) montagem e instalação de equipamentos voltados para o tratamento da água; 3) serviços de tratamento de água e, 4) serviços de intermediação de vendas.

8. O processo voltou ao órgão de origem para que o contribuinte fosse cientificado do resultado da diligência, com reabertura de prazo para sua manifestação (fl. 95), tendo retomado a julgamento em 04/11/2004.”

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, à fl. 99, em acórdão simplificado, indeferindo a solicitação.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 107, repisando argumentos.

É o relatório.

Processo nº : 10930.004873/2003-03  
Acórdão nº : 301-33.065

## VOTO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

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

Verifica-se, inicialmente, alguns detalhes que merecem ser ressaltados, por importantes à solução da lide:

CONTRATO SOCIAL: FL. 02 – Prestação de Serviços e Assistência Técnica na Área de Tratamento de Água Industrial e Representações Comerciais;

Termo de Opção pelo SIMPLES: fl. 08 – com a mesma atividade;

Ato Declaratório de exclusão – fl. 19 – 5118-7/ 00 Representantes comerciais e agentes do comércio especializado em produtos não especificados anteriormente;

Diligência DRJ de fl. 24 solicita a informação da real atividade da empresa, em vista os dados constantes do AD e da impugnação;

À fl. 34 a interessada reafirma a sua atividade, no que se refere ao tratamento da água industrial;

Constam dos autos notas fiscais de análise química de água, desmineralização, montagem de equipamentos, lavagem química de caldeiras, limpeza química, entre outras;

A Diligência conclui, às fls. 93, elencando as atividades da empresa;

Constata-se, de plano, que tal descrição não permite que, claramente, se vislumbre qual a atividade que se entende como impeditiva para ingresso no SIMPLES, visto que não se definiu quais são as “outras” atividades. Ademais, o contrato social da recorrente, datado de 20/02/1995, prevê atividades diferentes daquelas constantes do ato declaratório.

Sobre a necessidade da devida explicitação do motivo que enseja exclusão de determinado contribuinte do SIMPLES, cabe transcrever voto proferido pela eminente Conselheira Atalina Rodrigues Alves, por ocasião do julgamento do recurso 124.796, que, pela similitude, adoto como razões de decidir, transcrevendo-o adiante, em excertos:

*“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 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 nº 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 nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determinou, in verbis:*

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

*(...)*

Processo nº : 10930.004873/2003-03  
Acórdão nº : 301-33.065

***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, § 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: 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”).*

*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:

Processo nº : 10930.004873/2003-03  
Acórdão nº : 301-33.065

*“§ 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 por conta de supostas situações fáticas sem a sua clara e 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 em referência, em virtude da constatada inadequação do motivo explicitado com o tipo legal da norma de exclusão e do evidente cerceamento do direito de defesa.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 2006

  
VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator