



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10840.004201/99-05
SESSÃO DE : 03 de julho de 2003
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836
RECURSO Nº : 125.013
RECORRENTE : SIL - SERVIÇOS ELÉTRICOS S/C LTDA.
RECORRIDA : DRJ/RIBEIRÃO /PRETO/SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ATO DECLARATÓRIO BASEADO EM MOTIVO INFUNDADO. ACÓRDÃO SINGULAR LASTREADO EM MOTIVO DIVERGENTE DAQUELE DO QUAL DECORREU O ATO DECLARATÓRIO.

O ato administrativo que determina a exclusão do SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo estar motivado adequadamente, consoante o art. 50 da Lei n.º 9.784/99, caso contrário, é ato que deve ser declarado nulo, "ex vi" do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72;

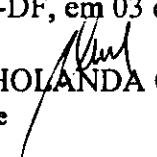
Acórdão singular, fundamentado em motivo divergente daquele que baseou o ato declaratório de exclusão, configura cerceamento ao direito de defesa da recorrente, na forma prescrita no art. 50 da Lei n.º 9.784/99, c/c o art. 59 do Decreto n.º 70.235/72.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO POR UNANIMIDADE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário quanto a nulidade do processo a partir do Ato Declaratório, inclusive, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 03 de julho de 2003


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, IRINEU BIANCHI, PAULO DE ASSIS, NILTON LUIZ BARTOLI e FRANCISCO MARTINS LEITE CAVALCANTE.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836
RECORRENTE : SIL - SERVIÇOS ELÉTRICOS S/C LTDA
RECORRIDA : DRJ/RIBEIRÃO/PRETO/SP
RELATOR(A) : CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS

RELATÓRIO

SIL - SERVIÇOS ELÉTRICOS S/C LTDA., pessoa jurídica nos autos qualificada, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, denominado SIMPLES, mediante o Ato Declaratório nº 163.470/99, da Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto/SP, conforme o disposto nos incisos XV e XVI do artigo 9º da Lei no 9.317/96, sob a alegativa de que a empresa e/ou sócios possuía pendências junto ao INSS.

Cientificada do referido ato de exclusão, a interessada ingressou em 19/02/99 com Solicitação de Revisão da Exclusão da Opção pelo Simples - SRS (fls. 02), junto àquela Delegacia. Contudo, teve seu pleito indeferido, conforme decisão de fls. 02v, por não ter apresentado a Certidão Negativa de Débitos - CND do INSS.

Tomando ciência em 27/09/99, fls. 02v, do indeferimento de sua SRS, a empresa, inconformada, apresentou, em data de 01/10/99, impugnação (fls. 01) dirigida à Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto/SP, solicitando revisão da decisão que a excluiu do SIMPLES, sob o argumento de que não possui débitos junto ao INSS, anexando os documentos de fls. 02/04, inclusive Certidões Negativas de Débitos, conforme os documentos de fls. 03 e 04.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, esta decidiu baixar o processo em diligência para que fosse instruído com cópias autenticadas do Contrato Social, e últimas alterações, da empresa impugnante.

Atendendo a Intimação n.º 10840/EQCCT/RPO/0150/2000, fls. 07, a interessada apresentou os documentos de fls. 08/10 - Contrato Social e Declaração, assinada pelo titular ou sócio gerente da interessada, para fins de registro como microempresa.

Em data de 29/02/00, os autos retornaram à DRJ-Ribeirão Preto/SP, sendo proferida a Resolução DRJ/RPO/1ª TURMA N.º 32/02, de seguinte teor, em síntese:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

“Ficou constatado, que por ocasião da SRL, não foi levada em consideração a atividade da empresa tendo apenas sido analisado os débitos junto ao INSS e PGFN.

Do exame dos documentos apresentados a vedação prende-se a proibição pela atividade desenvolvida e não por débitos junto ao INSS, motivo que originou a exclusão do contribuinte do Simples.

Assim sendo, voto no sentido de retornar o processo a DRF/Ribeirão Preto, para que seja o Ato Declaratório novamente apreciado em vista dos fatos novos trazidos aos autos.

Face ao exposto, retorne o presente a origem, para que após a alteração solicitada seja notificado o interessado, reabrindo-se o prazo para contestar se assim o desejar”.

Retornando os autos à DRF/Ribeirão Preto/SP, foram juntados ao processo cópia do Ato Declaratório n.º 163.470 (fls. 18), datado de 09/01/99, extrato do Sistema SIVEX, fls. 19, e representação do INSS sobre a exclusão do SIMPLES da empresa em referência, na qual consta a seguinte informação:

“Constatado que a atividade econômica dessa empresa está inserida nas situações e conceitos acima referidos, confirmamos a restrição à opção pelo SIMPLES em relação às contribuições previdenciárias”.

A DRF/Ribeirão Preto/SP, fls. 21, elaborou despacho de seguinte teor:

“A Resolução de fls. 15/16, solicita a apreciação, por esta DRF, do Ato Declaratório que indicou o contribuinte acima identificado para exclusão do Simples.

Ocorre que o Ato Declaratório, anexado às fls. 18, indica como motivo da exclusão ‘pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS’ e não atividade econômica vedada.

O INSS encaminhou uma Representação Fiscal (documento de fls. 20), objetivando a exclusão da empresa do Simples, por exercício de atividade econômica vedada.

Porém, referida Representação é posterior a emissão do Ato Declaratório n.º 163.470, que ainda está pendente de apreciação.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

Pelo exposto, proponho o retorno à DRF/RPO para apreciação da impugnação ao Ato Declaratório de fls. 18”.

Retornando os autos à DRJ-Ribeirão Preto/SP, e por atender aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/72, a autoridade julgadora de Primeira Instância proferiu o Acórdão DRJ/RPO n.º 1.380/02, fls. 24/25, indeferindo a solicitação, com a seguinte ementa e voto:

“1 – Ementa:

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

Exercício: 1999
EXCLUSÃO. DÉBITOS JUNTO AO INSS.

Não estando comprovada a regularidade fiscal do contribuinte perante o INSS, mantém-se a exclusão do SIMPLES, que havia sido motivada por pendências junto àquele.

Solicitação Indeferida

2 - Voto:

A manifestação de inconformidade é tempestiva e apresenta condições de admissibilidade, pelo que dela se toma conhecimento para analisar a solicitação da impugnante.

De acordo com o art. 9º, inc. XV, da Lei nº 9.317/96, *‘Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa’.*

No entanto não é o que nos dá conta os documentos de fls. 19 a 21, onde ficou caracterizado a existência de débitos junto ao INSS, e mesmo se assim fosse estaria a empresa excluída por atividade vedada de conformidade com a Lei 9.317 de 05 de dezembro de 1996, artigo 9º, inciso XIII.

Assim, existindo ainda os impeditivos para que a empresa permaneça na sistemática de pagamentos dos tributos e



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

contribuições denominada SIMPLES não poderá ser restabelecida a opção feita pela contribuinte.”

Tomando ciência, em data de 06/06/02, do Acórdão que indeferiu seu pleito de revisão do ato de exclusão do SIMPLES, o sujeito passivo interpôs o recurso voluntário de fls. 36/41, protocolado em 03/07/02, onde apresenta os seguintes argumentos, resumidamente:

“O ato declaratório que deu origem ao presente processo, foi embasado, na sua totalidade, em pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS;

Desta feita, toda defesa do contribuinte foi pautada na inexistência de ditos débitos, juntando por mais de uma vez certidões negativas expedidas pelo INSS, inclusive neste recurso (fls. 42), o que comprova sua regularidade tributária perante àquele órgão;

Todavia, no desenrolar do feito e posteriores apreciações pela 1ª Turma da DRJ, a tipificação da comunicação contestada n.º 163.470, foi totalmente modificada, tendo sido trazidos aos autos fatos novos e desconhecidos do contribuinte, os quais foram preponderantes no indeferimento da revisão.

Esses fatos se consubstanciam na tipificação do motivo da exclusão do SIMPLES, que, após a apresentação da defesa, passou a ser o exercício de atividade vedada pela empresa;

O que torna isto contundente é o fato da própria 1ª Turma da DRJ-Ribeirão Preto/SP haver determinado expressamente e por unanimidade o retorno dos autos à origem para apreciação do Ato Declaratório de exclusão diante da irregularidade fatal constatada.

Este retorno não ocorreu: ao contrário, o processo foi julgado pela nova tipificação sem prévia notificação ou ciência do contribuinte, em total prejuízo à ampla defesa e contraditório, não observando-se o disposto no art. 5º, inciso LX, da CF/88, o art. 15, § 3º, da Lei n.º 9.317/96, e os arts. 11, inciso III, e 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235/72;

a) Seja conhecido e provido o presente recurso, a fim de ser anulada a decisão de Primeiro Grau, por violar princípios Constitucionalmente garantidos do contraditório e ampla defesa, na forma e exposição supra;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

b) Desde que em benefício do contribuinte, seja conhecido e provido o presente recurso para que se invalide o Ato Declaratório n.º 163.470, de 09/01/99, levando-o à extinção e conseqüente manutenção do contribuinte na opção pelo SIMPLES, por todas as provas constantes dos autos, especialmente as de regularidade junto ao INSS;

c) Que as futuras intimações sejam destinadas também aos procuradores subscreventes, cujo endereço consta do cabeçalho desta.”

A recorrente faz juntar ao recurso os documentos de fls. 33/35 e 42.

Em data de 08/07/02, os autos foram encaminhados ao E. Terceiro Conselho de Contribuintes.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

VOTO

Tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário, por ser tempestivo e por tratar de matéria da competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 9º, inciso XIV, da Portaria MF n.º 55/98, com a alteração dada pelo art. 5º da Portaria MF n.º 103/02.

Conforme o Ato Declaratório n.º 163.470/99, a recorrente foi excluída do SIMPLES com base nos arts. 9º ao 16 da Lei n.º 9.317/96, devido a pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS, decisão esta corroborada pelo resultado da análise/justificativa da SRS.

A empresa se defende alegando que não possui débitos junto ao INSS, anexando à peça impugnativa Certidão Negativa de Débitos de fls. 03/04, emitida pelo INSS.

A autoridade de Primeira Instância, ao analisar os autos, constatou que, quando da exclusão, não foi levada em consideração a atividade exercida pela empresa, mas, apenas, os seus débitos junto ao INSS, decidindo, então, retornar o processo à unidade preparadora para que esta novamente apreciasse o ato declaratório, inclusive reabrindo prazo para defesa, após a alteração do ato de exclusão.

Entretanto, a unidade preparadora não procedeu a alteração do ato declaratório, conforme determinado pela autoridade julgadora singular, sob o insustentável argumento, conforme despacho de fls. 21, de que a Representação do INSS, na qual se objetiva a exclusão da empresa do SIMPLES por exercício de atividade impeditiva e não por pendências junto àquele Órgão, é posterior a edição do ato declaratório e que este ainda se encontra pendente de apreciação. Destarte, a DRF-Ribeirão Preto/SP fez o processo retornar à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto/SP para apreciação e julgamento da peça impugnativa de fls. 01.

Ora, este é um entendimento completamente equivocado e que contraria, frontalmente, o princípio da verdade material, pois não poderia àquela unidade desconhecer a informação contida na representação do INSS e não levá-la em consideração para efeito de anulação do ato declaratório que, repita-se, estribado em motivo infundado, vez que restou provada a inexistência de débitos da empresa para com o INSS.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

A DRJ-Ribeirão Preto/SP, acatando, equivocadamente, o entendimento da unidade preparadora, julgou a impugnação com indeferimento da solicitação da empresa para que fosse revista a decisão de sua exclusão do SIMPLES, alegando que não estava comprovada a regularidade fiscal perante o INSS - desconhecendo as certidões negativas apresentadas pela recorrente e a informação contida na representação do INSS - e que a empresa exercia atividade impeditiva à opção pelo Sistema.

A recorrente alega, em sua peça recursal, que houve cerceamento ao direito de defesa, pois um dos argumentos usados pela autoridade monocrática para manter sua exclusão do SIMPLES, o exercício de atividade impeditiva, não estava tipificado como motivo para expedição do ato declaratório, nem tampouco para indeferimento da SRS, e, assim sendo, este argumento constitui fato novo, não lhe sendo garantida a oportunidade para também dele se defender quando da impugnação.

Argúi, ainda, que o ato declaratório, motivado pela existência de pendências da recorrente junto ao INSS, deve ser anulado em razão das certidões apresentadas, provando a empresa que não existe débitos junto àquele Instituto.

Com efeito, assiste razão à recorrente ao argumentar, na peça recursal, que houve cerceamento ao direito de defesa, pois, após sua contestação inicial (impugnação), foi acrescentado fato novo à tipificação de sua exclusão do SIMPLES, ou seja, o exercício de atividade impeditiva, motivo este que não se encontrava expressamente formulado no ato declaratório, mas que foi usado como argumento à decisão singular, sem prévia ciência à impugnante, ficando claro o prejuízo causado à contribuinte, pois esta não tinha conhecimento desse motivo de exclusão e, desta forma, não poderia rebatê-lo, quando de sua defesa inicial, em total confronto com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O contraditório é um princípio constitucional que funciona como elemento essencial do processo administrativo ou judicial. Ninguém pode ser julgado, sem ser ouvido. Por isso, deve-se dar plenitude e efetividade a este princípio, de modo que não basta apenas intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas, mas sim, deixar que as mesmas influam no convencimento do julgador, inclusive, criando-lhe dúvidas.

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório e permite assegurar a parte, em litígio judicial ou administrativo, o direito de alegar e provar o que acha correto, utilizando-se de todos os meios legais pertinentes na busca da verdade real, não sendo admitido qualquer cerceamento a este direito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

A garantia a ampla defesa e ao contraditório, está prevista no art. 5º, inciso LV, da CF/88, sendo reforçada pela Lei n.º 9.317/96 que, em seu art. 15, § 3º, com a redação dada pela Medida Provisória n.º 1.729/98 e convalidada pela Lei n.º 9.732/98, assim dispõe, relativamente a exclusão de ofício do SIMPLES:

“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 tributário administrativo”.

Por outro lado, o Decreto n.º 70.235/72, que regulamenta o processo administrativo fiscal, estabelece em seu art. 59, inciso II, que é nulo o ato administrativo praticado por pessoa incompetente ou com omissão do direito de defesa do contribuinte.

No caso presente, a autoridade de Primeira Instância ao decidir pela manutenção da exclusão da recorrente do SIMPLES, alegando, também, o exercício de atividade impeditiva à opção pelo Sistema, inovou na tipificação do ato administrativo de exclusão, não dando oportunidade de defesa então impugnante, num flagrante desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa e ao inciso II do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, bem como à sua própria decisão, consubstanciada pela Resolução DRJ/RPO/1ª TURMA N.º 32/02, que determinava o retorno do processo à Repartição de Origem para que esta analisasse o ato declaratório e procedesse as devidas alterações, reabrindo prazo para que a impugnante apresentasse nova contestação.

De outro modo, consta dos autos Representação do INSS, fls. 20, informando que a restrição à opção pelo SIMPLES, em relação às contribuições previdenciárias, é motivada pelo exercício de atividade impeditiva e não por pendências da empresa e/ou sócios junto àquele Instituto, o que vem demonstrar a invalidade do ato declaratório de exclusão, porque fundamentado em motivo inadequado.

O Ato Declaratório n.º 163.470/99, fls. 18, esclarece que a exclusão do SIMPLES foi de acordo com “... o disposto nos artigos 9º a 16 da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com as alterações promovidas pela Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e de acordo com a disciplina da Instrução normativa n.º 74, de 24 de dezembro de 1996 ...”, e motivada por “Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS”.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.013
ACÓRDÃO Nº : 303-30.836

Como se vê, o ato declaratório é bastante genérico quanto a base jurídica e impreciso, na medida em que não define, claramente, qual o artigo da Lei n.º 9.317/96 que fundamentou a exclusão, sendo, portanto, viciado na forma, o que bastaria, por si só, para caracterizar um evidente cerceamento do direito de defesa da contribuinte e dificuldade para o trabalho dos órgãos julgadores.

Além do que, e mais grave ainda, está o ato declaratório respaldado em motivo infundado, uma vez que a recorrente prova não existir débitos junto ao INSS, conforme certidões negativas de fls. 03/04 e 42, situação esta confirmada na Representação daquele Órgão contra a contribuinte em epígrafe, existente às fls. 20 dos autos.

Como se vê, todo o processo encontra-se eivado de vícios: o ato declaratório genérico, impreciso e lastreado em motivo infundado, bem como a decisão de Primeira Instância, baseada em fato novo e desconhecido da impugnante, acarretando-lhe cerceamento ao direito de defesa.

De outra parte, é oportuno ressaltar que a Representação do INSS, documento de fls. 20, informa que a recorrente exerce atividade impeditiva à opção pelo SIMPLES e que, em decorrência, deve ser excluída. Assim, o saneamento do presente processo só é possível a partir da anulação do Ato Declaratório n.º 163.470/99, com a conseqüente expedição de outro ato declaratório para exclusão da empresa por exercício de atividade impeditiva à opção pelo SIMPLES.

Em face de todo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, anulando-se o presente processo a partir do início.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 03 de julho de 2003



CARLOS FERNANDO FIGUEIRÊDO BARROS - Relator



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n.º:10840.004201/99-05

Recurso n.º :125.013

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Terceira Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303.30.836.

Brasília - DF 05 de novembro 2003


João Holanda Costa
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: