



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

Processo nº 10860.002021/2004-25
Recurso nº 138.988 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.571
Sessão de 13 de agosto de 2008
Recorrente SOFAMA COMERCIAL E ADMINISTRADORA LTDA
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

ANO-CALENDÁRIO: 2000

SIMPLES - NULIDADE - VÍCIO DE FORMA.

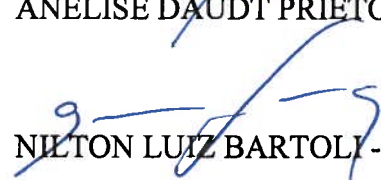
SÚMULA 3ºCC nº 2: “É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

PROCESSO ANULADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, declarar a nulidade do processo *ab initio*, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte face ao indeferimento de sua Solicitação de Revisão da Exclusão - SRS (fl. 86) à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, que manteve sua exclusão do referido sistema, em decorrência do Ato Declaratório de Exclusão de nº 354.414, de 02/10/2000, com efeitos da exclusão a partir de 1º/01/2001 (fl. 88), em razão de *“pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS”*.

A Delegacia da Receita Federal em Taubaté indeferiu a SRS do contribuinte por considerar que no período que foi entregue a SRS, a empresa em questão possuía débitos junto ao INSS, os quais não estavam com a exigibilidade suspensa, comprovados por Certidão Positiva de Débito (fls. 90) e pelo Ofício nº 21.439/073/2004.

Inconformado, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade de fls. 1/6, na qual, em síntese, aduz:

- i. o INSS, em 12/05/1998, ajuizou Execução Fiscal em face do contribuinte, processo nº 1999.61.18.001706-5, em trâmite perante a 1ª Vara da Seção Judiciária de Guaratinguetá;
- ii. na ocasião em que houve a opção pelo Simples, em razão da pendência do processo administrativo NFLD nº 32.320.800-2, segundo o artigo 151, III, CTN, a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa. Todavia, o INSS não respeitou o curso normal do processo administrativo e ajuizou execução fiscal;
- iii. requer seja oficiado o INSS para apresentar cópia integral do referido processo administrativo;
- iv. a Execução Fiscal decorre de débito de construção no imóvel em que a empresa é sediada, o qual é ocupado a título de locação, tendo como locador o Sr. Luiz Fernando de Abreu Sodré Santoro;

- v. referidas construções, pelo seu porte, retroagiriam a época anterior à própria constituição da pessoa jurídica executada, e o valor exigido vai muito além da capacidade econômica do contribuinte;
- vi. a executada, ora contribuinte, aceitou a penhora dos bens indicados pelo exeqüente e, diante dos infundados argumentos que sustentam àquela execução, opôs embargos à execução;
- vii. o locador ofereceu à penhora bem imóvel de sua propriedade a fim de garantir a execução, visto que a executada não ostenta capacidade econômica e tampouco seus sócios;
- viii. ocorre que a nomeação à penhora foi rejeitada pelo exeqüente, partindo do equívoco de que o imóvel oferecido era aquele onde se encontra a executada, do qual o ofertante (locador) é compromissário comprador. Todavia, o imóvel oferecido à penhora é outro, do qual o locador é proprietário. O exeqüente alegou ainda, falta de interesse do ofertante (locador) no processo, outro equívoco cometido, uma vez que o locador, sendo compromissário comprador e em se tratando de débito decorrente de construção no imóvel, tem interesse na solução da lide;
- ix. tais alegações foram objeto de recurso de Agravo de Instrumento (AI nº 2004.03.00.015756-1 – TRF da 3ª. Região), onde se discute a nomeação do imóvel oferecido à penhora;
- x. a penhora, que possibilitaria o processamento dos embargos, só não se efetivou por conduta potestativa do exeqüente;
- xi. o INSS, ao recusar a nomeação à penhora, contrariou implicitamente o princípio geral que impede as condições potestativas (artigo 4º da LICC e art. 122 do CC), e ao mesmo tempo impediu o implemento da condição (penhora), que suspenderia a exigibilidade do crédito, logo, esta condição deve ser considerada como efetivamente verificada para surtir seus efeitos (art. 129, CC).

Diante do exposto, conclui não poder incidir a vedação do artigo 9ª, XV da Lei nº 9.317/96, ante a conduta potestativa e impeditiva de realização da condição adotada pelo INSS, razão pela qual pediu que sua Manifestação de Inconformidade fosse acolhida, a fim de ver deferida sua opção pelo Simples

Junta aos autos cópia dos documentos de fls. 7/128, dentre os quais: Procuração (fl. 08); Alteração Contratual (fls. 09/11); Petição inicial da Execução Fiscal (fls. 12/23, e 124/128); Recurso Administrativo perante o INSS (fls. 23/38); Compromisso de compra e venda e contrato de locação entre a empresa e o locador, Sr. Luiz (fls. 45/49); Petição do INSS indicando bens à penhora da executada, carta precatória e petição da executada concordando com a penhora dos bens (fls. 50/54, e 107/109); Embargos à Execução (fls. 55/70, e 110/123); Matrícula do imóvel oferecido à penhora (fls. 72/76); Agravo de Instrumento (fls. 77/85); SRS (fl. 86), ADE (fl. 88), e Certidão Positiva de Débito (fls. 90).

À fl. 132/135 se encontram Certidões Negativas quanto à existência de débitos em nome dos sócios e da empresa, datadas de 16/02/2001.

À fl. 140 consta ofício à Previdência Social de Guaratinguetá, de data anterior à manifestação de inconformidade do interessado, no qual são solicitadas informações de débitos da empresa junto ao INSS. Em resposta ao ofício (fls. 142/146), a Previdência Social informou a existência de vários débitos, relacionando seus números e fase atual.

Desta forma, os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas/SP (decisão à fls. 148/150), e a manifestação do contribuinte restou indeferida, nos termos da seguinte ementa (fls.148):

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

Ano-calendário: 2000

DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA.

As pessoas jurídicas com débitos inscritos em Dívida Ativa do INSS, em nome próprio ou de seus sócios, cuja exigibilidade não esteja suspensa, estão vedadas de optar pelo Simples.

Solicitação Indeferida"

Ciente da decisão proferida em primeira instância (fl. 152), o contribuinte apresenta, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fls. 154/161, no qual reitera os argumentos alegados em sua Manifestação de Inconformidade, aduzindo, ainda, em suma, que:

- i. o acórdão recorrido manteve a exclusão, sob o fundamento de existir débito junto ao INSS cuja exigibilidade não se encontra suspensa, no entanto, a hipótese de suspensão da exigibilidade não é a prevista no artigo 151 do CTN, que prevê situações que antecedem a execução fiscal, mas sim, de execução ajuizada com bens oferecidos à penhora, conforme disposto no artigo 9º, IV, da Lei 6.830, de 22/09/1980;
- ii. ajuizada a execução fiscal e sendo ela garantida, os mesmos efeitos da suspensão de exigibilidade se dão para os fins de opção pelo Simples, tal qual houvesse certidão negativa de débito, conforme a jurisprudência administrativa tributária;
- iii. tal entendimento se impõe, à força do disposto no artigo 5º, XXXV da CF, que garante o Princípio da Inafastabilidade da Apreciação Judiciária ou o denominado Monopólio da Jurisdição;
- iv. reitere-se que o INSS, ao recusar a nomeação à penhora, contrariou o princípio geral que impede as condições potestativas, impedindo assim, a implementação da condição que suspenderia a exigibilidade do crédito.

Diante do exposto, requer o conhecimento e provimento de seu Recurso Voluntário, para o fim de que seja deferida sua opção pelo SIMPLES.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 18/06/2008, em um único volume, constando numeração até à fl. 165, penúltima.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº. 314, de 25/08/99.

É o relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Inicialmente, cabe ressaltar que o cerne da questão encontra-se em exclusão do contribuinte do Simples, conforme Ato Declaratório Executivo nº 354.414 (fls. 88), de 02/10/2000, em virtude da existência de débito inscrito em Dívida Ativa do INSS (fls. 90), sendo esta uma vedação legal, conforme o inciso XV do art. 9º da Lei nº 9.317/1996.

Apesar de não encontrar-se precisamente fundamentado o referido Ato Declaratório, admite-se que o ensejo da exclusão encontra-se previsto no artigo 9º, incisos XV e XVI, da Lei 9.317/96, os quais estabelecem que não poderá optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – 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;

XVI – cujo titular, ou sócio que participe de seu capital com mais de 10% (dez por cento), esteja inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

... ”

Ocorre que o Ato Declaratório é ato administrativo e privativo da autoridade administrativa, que tem o poder de aplicar o direito e reduzir a norma geral e abstrata em norma individual e concreta, portanto, mais que um poder, é um dever de aplicar a norma, de forma vinculada, porque a lei é que deve estabelecer requisitos para a atuação da Administração Pública.

Note-se que independentemente de qualquer norma específica quanto ao Simples, o ato administrativo deverá sempre ser vinculado, ou seja, ser realizado segundo os ditames normativos legais, tanto no que tange às normas de competência que possibilitam o

exercício da fiscalização, como no que tange às normas jurídicas atinentes ao Simples, que estabelecem os limites e os sujeitos passivos a quem se destinam os benefícios oferecidos pelo sistema.

A Lei nº 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina em seu artigo 2º, que a administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

O artigo 50 do mesmo dispositivo legal determina que os atos administrativos sejam motivados e que indiquem os fatos e fundamentos jurídicos que o originaram quando se tratar de atos que:

“(…)

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. ” (grifei)

Na lição de Hely Lopes Meirelles, a motivação deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda.¹

E da simples análise do Ato Declaratório do caso em questão, constante às fls. 88, verifica-se que houve inadequação, ou imprecisão do motivo que ensejou o ato, uma vez que o motivo da exclusão foi simplesmente “Pendências da Empresa e/ou Sócios junto ao INSS”, sem qualquer discriminação acerca de quais seriam tais pendências.

Resta claro que a autoridade fiscal não trouxe fundamento legal, tão pouco motivação, para o ato administrativo que praticou, e que desta forma, não cumpriu a determinação prevista no artigo 50 da Lei nº 9.784/99.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª. edição. Malheiros Editores. São Paulo: 1998. p. 177.

Muito embora se possa presumir que o fundamento legal sejam os incisos XV e XVI, do artigo 9º da Lei 9.317/96, não há menção no ato quanto ao dispositivo legal infringido e não há que se admitir no caso a presunção, mesmo porque, como saber qual dos incisos fora infringido, e de que forma fora infringido.

Ressalte-se, ainda, que não consta do ato de exclusão informação conclusiva no sentido de a que se referem, efetivamente, os débitos junto ao INSS.

Impossível, pois, reconhecer que o fato descrito no Ato Declaratório tenha acarretado em subsunção à norma do artigo 9º da Lei 9.317/96.

Por oportuno, cabe destacar aresto da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, nº 301-32977, proferido pelo Conselheiro José Luiz Novo Rossari, em 11/07/2006:

SIMPLES. DÉBITOS PERANTE A PGFN. FALTA DE INDICAÇÃO DE REQUISITOS ESSENCIAIS NO ATO DE EXCLUSÃO. NULIDADE.

É nulo o processo de exclusão do Simples lastreado em ato declaratório que não indique os débitos da empresa ou de sócios perante a PGFN, nem sua inscrição em Dívida Ativa, limitando-se a consignar a existência de pendências junto a esse órgão. PROCESSO ANULADO AB INITIO

Conclui-se, portanto, que houve vício de forma na execução do Ato Declaratório, posto que houve omissão de formalidade indispensável à existência ou seriedade do ato, o que o torna um ato nulo, tendo em vista que nasceu “afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo.” (MEIRELLES, Hely Lopes. o. citada).

Tendo nascido o ato nulo, não produz qualquer efeito válido entre as partes, já que o ato é ilegítimo ou ilegal e não se exigem direitos contrários à lei.

Dessa forma, pode o julgador desde logo extinguir o processo sem apreciação do mérito, haja vista que encontrou um defeito insanável nas questões preliminares de formação na relação processual, qual seja a inobservância do artigo 50, inciso I, da Lei 9.784/99, uma vez que o Ato Declaratório que motivou a exclusão do contribuinte da sistemática Simples, não se encontra devidamente motivado, com a descrição dos fatos e fundamentos legais que lhe conferem origem.

Além do que, nos termos do artigo 59, do Decreto 70.235/72, são nulos os despachos e decisões que tenham sido proferidos com preterição do direito de defesa, o que se aplica ao presente, já que o vício de forma verificado no Ato Declaratório impossibilita a defesa adequada ao contribuinte.

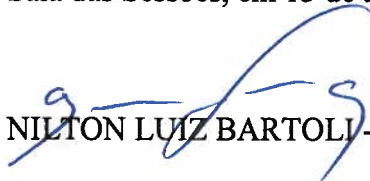
Agir de outra maneira, frente a um vício insanável, importaria subverter a missão do processo e a função do julgador.

No mais, tal questão já se encontra assentada no âmbito deste Conselho, através da Súmula 3ºCC nº 2:

“É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

Diante do exposto, julgo pela ANULAÇÃO DO PROCESSO, “*ab initio*”, por ausência de formalidade legal essencial, para declarar nulo o Ato Declaratório que excluiu o contribuinte do Simples, juntado aos autos às fls. 88.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator