



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10930.000967/2001-33
SESSÃO DE : 16 de setembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383
RECURSO Nº : 124.595
RECORRENTE : YT BAN FOTO E FONOGRAFIA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

SIMPLES – EXCLUSÃO – DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO COM EXIGIBILIDADE NÃO SUSPensa – REGULARIZAÇÃO A POSTERIORI.

A regularização pelo contribuinte do débito inscrito em dívida ativa, com exigibilidade não suspensa, após a cientificação de ato declaratório de exclusão do SIMPLES, com a inclusão no REFIS ou qualquer outra modalidade de extinção do débito inscrito ou suspensão da sua exigibilidade, não é razão para a anulação ou revogação do ato de exclusão.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO POR MAIORIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luis Antonio Flora, relator, Simone Cristina Bissoto e Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior que davam provimento. Designado para redigir o acórdão o Conselheiro Paulo Roberto Cucco Antunes.

Brasília-DF, em 16 de setembro de 2004

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Relator Designado

16 MAR 2005
Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, MARIA HELENA COTTA CARDOZO e WALBER JOSÉ DA SILVA. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383
RECORRENTE : YT BAN FOTO E FONOGRAFIA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR(A) : LUIS ANTONIO FLORA
RELATOR DESIG. : PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeiro grau de jurisdição administrativa que indeferiu solicitação de contribuinte relativa a exclusão do SIMPLES por "*Pendência da Empresa e/ou Sócios junto a PGFN*".

No apelo recursal a contribuinte diz que quitou o débito e junta os respectivos documentos de arrecadação.

É a síntese do essencial.

É o relatório.

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

VOTO VENCEDOR

A situação inculpada nos fatos que envolvem o processo administrativo fiscal aqui em exame é em tudo semelhante, senão idêntica, à do processo administrativo nº 13951.000083/2001-29, objeto do Recurso Voluntário nº 124493, julgado por esta Segunda Câmara nesta mesma Sessão, por mim relatado, devendo, portanto, merecer a mesma sorte.

Observa-se, inclusive, que os Acórdãos proferidos, pela mesma DRJ, guardam semelhança muito próxima.

Com efeito, ocorreu a exclusão da Contribuinte do sistema de pagamento simplificado denominado SIMPLES, instituído pela Lei nº. 9.317/66, em razão de pendências junto à Procuradoria da Fazenda Nacional, com inscrição em Dívida Ativa e sem a suspensão de sua exigibilidade.

O ato de exclusão foi praticado por servidor competente, tudo na forma da legislação de regência.

Propõe-se, aqui, o acolhimento do Recurso, sob fundamento de que tendo o Contribuinte resolvido suas pendências, mesmo posteriormente à sua exclusão do SIMPLES, deve então permanecer no mesmo.

Com tal entendimento, *data maxima venia*, não posso concordar, pois que tal proposição, em meu modesto entendimento, não encontra amparo na legislação de regência.

Não vejo motivo para reforma da R. Decisão recorrida, a qual deve ser mantida, no presente caso.

Transcrevo aqui, por se aplicar inteiramente ao caso sob julgamento, trechos do Voto que proferi no julgamento do Recurso nº 124493, acima mencionado, inclusive das citações e transcrições do Julgado da mesma Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ – CURITIBA/PR), como segue:

“Como restou comprovado, á época da expedição do Ato Declaratório de exclusão da Contribuinte do SIMPLES existia, efetivamente, um débito inscrito na Dívida Ativa da União, o que valida o ato praticado pela repartição fiscal competente.

Como é sabido, a Lei nº 9.317, de 05/12/96, em seu art. 3º, dispõe:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

“§ 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, observado a legislação relativa ao processo tributário administrativo”.

A meu ver está perfeito o entendimento esposado pela 2ª. Turma de Julgamento, da DRJ em Curitiba – PR, no brilhante Voto Condutor de lavra do I. Relator – Carlos Augusto Farina, às fls. 20/23, que adoto e aqui reproduzo trechos, como segue:

“(…) Tendo esse preceito em mente e voltando os olhos para este caso concreto, fica evidente que a pretensão da contribuinte é que este Colegiado invalide o ato declaratório que a excluiu de ofício do SIMPLES.

Cumpre, portanto, verificar se os documentos trazidos aos autos, à luz do direito administrativo, possuem o condão de determinar que seja operada essa invalidação.

Tratando-se, pois, de questão cujo deslinde transita, necessariamente pelas normas do direito administrativo, imprescindível se faz a atenta oitiva da lição de Hely Lopes Meirelles, verbis:

“A distinção dos motivos da invalidação dos atos administrativos nos conduz, desde logo, a distinguir também os modos de seu desfazimento.

Dai a revogação e a anulação, que, embora constituam meios comuns de invalidação dos atos administrativo, não se confundem, nem se empregam indistintamente.

... A revogação é o desfazimento do ato por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, ao passo que a anulação é a invalidação por motivo de ilegalidade do ato administrativo. Um ato inoportuno ou inconveniente só pode ser revogado pela própria Administração, mas um ato ilegal pode ser anulado, tanto pela Administração, como pelo Judiciário.

Esse assunto está hoje tão pacífico na doutrina e na jurisprudência, que o Supremo Tribunal Federal já o sumulou nos seguintes termos:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial” (STF, Súmula 473).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

Revogação – Revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizado pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir a sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Se o ato for ilegal ou ilegítimo, não ensejará revogação, mas sim anulação, como veremos adiante.

A revogação se funda no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever a sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é reconhecida e atribuída ao Poder Público, como implícita na função administrativa. É, a nosso ver, uma justiça interna, através da qual a Administração ajuíza da conveniência, oportunidade e razoabilidade de seus próprios atos, para mantê-los ou invalidá-los segundo as exigências do interesse público....)

Anulação – Anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade, e, por isso mesmo, é privativo da Administração.” (Em Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, 16ª edição, pg. 178 e seguintes, com os grifos acrescidos).

Assim, inexistem, além das duas vias aludidas, outras pelas quais se possam invalidar os atos administrativos. Cumpre verificar, pois, se é cabível, para o ato declaratório em causa, a revogação ou anulação.

Entre as limitações legais à opção pelo SIMPLES, tem-se a do art. 9º, XV da Lei nº 9.317, de 1996, assim disposta:

Art. 9º. Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica:

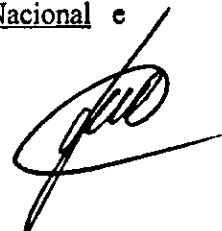
I -

XV – que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ..., cuja exigibilidade não esteja suspensa;

(...). (Grifos).

Também o art. 5º da IN SRF nº 9, de 10/02/1999, dispõe que:

Art. 15. O ingresso no Simples depende da regularização dos débitos da pessoa jurídica, de seu titular ou sócios para com a Fazenda Nacional e como INSS.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

§ 1º. A opção fica condicionada à prévia regularização de todos os débitos do contribuinte junto à Secretaria da Receita Federal – SRF e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN.

(...) (Grifos).

[...]

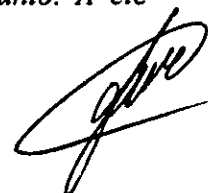
Portanto, sendo o ato declaratório anterior à opção da interessada pelo REFIS, não se pode atribuir ao ato administrativo citado, falta de legitimidade, com o que se afasta a possibilidade de sua anulação.

Desse modo, a única alternativa restante na análise do cancelamento dos efeitos do ato declaratório em causa, seria a revogação. Poder-se-ia então raciocinar que, regularizadas as pendências, passou a ser do interesse da Administração que o contribuinte permaneça no SIMPLES.

Entretanto, não se está cogitando neste momento de uma nova adesão do contribuinte ao SIMPLES em face de sua situação atual. Não; o caso é outro. Trata-se da permanência do contribuinte após haver sido excluído. Como se vê, essa permanência pressupõe, necessária e indispensavelmente, a invalidação do ato jurídico que o excluiu. Assim, o foco da análise centra-se na possibilidade jurídica dessa invalidação.

Assim posta a questão, é inexorável a conclusão de que a posterior regularização de pendência não pode afetar o ato declaratório excludente. E neste momento cabe lembrar que a atividade de cobrança de tributos é, na dicção do artigo 3º do Código Tributário Nacional, plenamente vinculada. Não se pode, portanto, em matéria tributária, revogar um ato jurídico perfeito ao tempo em que praticado por razões de conveniência e oportunidade decorrentes de eventos materializados posteriormente. Conforme a lição de Meirelles, a revogação se funda no poder discricionário da Administração. Entretanto, a este Colegiado cabe exercer uma atividade plenamente vinculada.

O citado artigo 9º da Lei nº 9.317/96, como visto, determina expressamente que a pessoa jurídica que apresente débito inscrito em Dívida Ativa da União não poderá optar pelo SIMPLES, não tendo sido concedido pelo legislador ao Administrador Tributário o exercício do mínimo poder discricionário sobre o assunto. A ele



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

compete apenas investigar e constatar a existência de débito em nome da pessoa jurídica interessada e, positivada a hipótese, implementar a exclusão por meio de ato declaratório.

[...]

Em outras palavras, ainda que seja do interesse da Administração admitir a permanência no SIMPLES de contribuintes que regularizam suas pendências junto à PGFN após a prolação do Ato Declaratório que os excluiu, não há como deferir a pretensão, enquanto a norma legal se encontrar com a redação vigente."

Com efeito, não é a simples extensão do prazo para a contestação ou impugnação do ato de exclusão (Ato Declaratório), seja por SRS ou por que ato for, que irá modificar a situação detectada no momento expedição do ato.

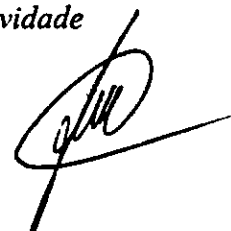
Tornou-se comprovado que a Contribuinte ora recorrente estava efetivamente com um débito inscrito na Dívida Ativa da União, cuja exigibilidade estava em pleno vigor, quando da sua exclusão pelo Ato Declaratório indicado.

Evidentemente que a regularização de tal situação, a *posteriori*, não modifica a situação existente quando da exclusão, não havendo qualquer permissão legal para que se mantenha a Contribuinte no SIMPLES, anulando-se ou revogando-se o Ato de exclusão, como se aquela irregularidade não existisse na ocasião.

Perfeita, também, a Ementa estampada no Acórdão proferido pela DRJ, ora atacado, como se observa, *in verbis*:

"Ementa: DÍVIDA ATIVA. REGULARIZAÇÃO APÓS A EXCLUSÃO. INEFICÁCIA.

Por força do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/1996, a exclusão de ofício do SIMPLES ocorre por meio de ato declaratório da Administração Fiscal. A permanência de contribuinte excluído somente se admite se invalidado o ato declaratório. Apenas duas são as formas de invalidação do ato administrativo: anulação – em razão de ilegalidade – ou revogação – por motivos de conveniência e oportunidade. Se existiam fundamentos legais para a edição do ato declaratório excludente, não cabe cogitar da sua anulação. Também não se admite a revogação do ato em razão da regularização posterior de pendências que motivaram a exclusão. Isso porque pressupõe um juízo discricionário que não se harmoniza com o caráter plenamente vinculado da atividade tributária.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

A pendência existente na data da emissão do Ato Declaratório impede sua anulação ou revogação."

Neste caso, sem dúvida alguma, perfeito o entendimento da instância *a quo* de julgamento, que não merece reforma.

Por tais razões, *data venia* do entendimento manifestado pelo Insigne Relator, permito-me dele discordar para externar meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ora em exame.

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2004


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES – Relator Designado

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

VOTO VENCIDO

O comunicado de exclusão do SIMPLES foi expedido sob a alegação de pendência junto à PGFN.

Após a comunicação a contribuinte pessoa jurídica apresentou solicitação de revisão, que foi posteriormente indeferida. Contra o indeferimento a interessada apresentou impugnação.

Verifica-se assim que desde a comunicação a exclusão está suspensa. Em grau de recurso a contribuinte faz prova da regularização do motivo da exclusão, confirmando as suas alegações iniciais, juntando certidão nesse sentido.

Sobre a dita suspensão, deve ser ressaltado que o § 6º, do art. 8º da Lei 9.317/96, acrescido pela Lei 10.833/03, diz que o indeferimento da opção pelo SIMPLES, mediante despacho decisório de autoridade da Secretaria da Receita Federal, submeter-se-á ao rito processual do Decreto 70.235/72.

Por outro lado, cumpre destacar que a contribuinte promoveu diligência, no curso do processo, no sentido de regularizar a pendência, fato esse que ao meu ver milita em seu favor da sua permanência no regime tributário do SIMPLES e da intenção do legislador constituinte ao estabelecer tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Deve ser levado em conta, acima de qualquer intuito arrecadatório, que o incentivo concedido pela Constituição de 1988 às microempresas e empresas de pequeno porte decorre, dentre outros, do fato que são notórias geradoras de empregos. Portanto, o SIMPLES foi editado como mecanismo de defesa e auxílio contra o abuso do poder econômico, de retirá-las da economia informal e de possibilitar-lhes o desenvolvimento do próprio negócio de acordo com a respectiva capacidade econômica e técnica, gerando, desse modo, maior número de empregos. Manter um ato declaratório de exclusão do regime, cujas pendências foram regularizadas no curso do processo, é contrariar os princípios que regem a atividade econômica elencados no art. 170 da Constituição Federal.

Assim, quando o contribuinte, no curso do processo, faz prova da quitação do débito apontado no ato declaratório deve ser mantido no regime.

Corroborando este entendimento foi publicada a Lei 10.925, de 23 de julho de 2004, publicada no DOU do dia 26 do mesmo mês, onde nos arts. 10 e 11 é concedido parcelamento às empresas e a vedação da exclusão durante o prazo para

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.595
ACÓRDÃO Nº : 302-36.383

requerer o benefício. Verifica-se, assim, novamente, que o legislador vem dispensando atenção especial às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES, adequando a legislação à realidade dessas empresas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2004


LUIS ANTONIO FLORA - Conselheiro