



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10935.000128/2001-75  
SESSÃO DE : 12 de junho de 2003  
ACÓRDÃO Nº : 303-30.773  
RECURSO Nº : 124.528  
RECORRENTE : DECONSUL – DERIVADOS DE CONCRETOS  
SUDOESTE LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

PAF.

O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram. Caso contrário, é ato nulo.

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 Ato Declaratório, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 12 de junho de 2003

  
JOÃO HOLANDA COSTA  
Presidente

  
ANELISE DAUDT PRIETO  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ZENALDO LOIBMAN, IRINEU BIANCHI, NILTON LUIZ BARTOLI, PAULO DE ASSIS e FRANCISCO MARTINS LEITE CAVALCANTE. Ausente o Conselheiro CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS.

RECURSO Nº : 124.528  
ACÓRDÃO Nº : 303-30.773  
RECORRENTE : DECONSUL - DERIVADOS DE CONCRETOS  
SUDOESTE LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR  
RELATORA : ANELISE DAUDT PRIETO

## RELATÓRIO

A empresa acima qualificada recorre a este Conselho, tempestivamente, de julgado proferido pela autoridade *a quo*, que indeferiu a impugnação da decisão da Delegacia da Receita Federal em Cascavel, na Solicitação de Revisão Exclusão da Opção pelo SIMPLES.

Conforme Ato Declaratório nº 267.106 de 02/10/2000 (fl. 12), a exclusão ocorreu por “pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN”. Consta, na fl. 13, o Demonstrativo de Débitos Inscritos em Dívida Ativa na PGFN.

A Solicitação de Revisão da Exclusão à Opção pelo SIMPLES – SRS foi indeferida porque “a empresa não apresentou as certidões (da empresa e dos sócios) necessárias para a comprovação de sua regularidade fiscal junto à PGFN” (fl. 17).

Na impugnação, a empresa alega, em síntese, que em data hábil apresentou pedido para pagamento de todos os débitos por meio do programa REFIS e que vem pagando em dia as cotas devidas. Anexa demonstrativo de débitos consolidados pelo REFIS e certidões negativas de débitos e contribuições federais, relativas aos sócios da empresa.

A decisão de Primeira Instância encontra-se assim ementada:

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

Ano-calendário: 2000

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.528  
ACÓRDÃO Nº : 303-30.773

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

Solicitação Indeferida”

No recurso voluntário, a empresa aduz, em suma, que quando da opção pelo SIMPLES não possuía nenhum débito inscrito em dívida ativa e que, portanto, não estaria abrangida pelo disposto no inciso XV do artigo 9º da Lei 9.317/96, que dispõe sobre vedação ao direito de opção pelo SIMPLES.

Sempre recolheu com exatidão os valores relativos ao SIMPLES, do qual depende para a sua sobrevivência. Idem com relação ao REFIS. Sabe que a Administração Tributária não tem interesse em prejudicar as empresas optantes pelo SIMPLES, tanto é que emitiu o Parecer COSIT nº 60, de 13/10/1996, permitindo opção retroativa pelo SIMPLES.

Os débitos inscritos em dívida ativa, independentemente de serem anteriores ou posteriores à opção pelo SIMPLES, foram incluídos no REFIS, conforme o estabelecido no artigo 9º da IN SRF nº 43/2000. Tal instrução permitiu a regularização dos débitos de empresas optantes pelo SIMPLES, inclusive dos anteriores a opção, sem nenhuma determinação ou indicação de exclusão do Sistema.

É o relatório. *ADP*

RECURSO Nº : 124.528  
ACÓRDÃO Nº : 303-30.773

### VOTO

Conheço o recurso, que trata de matéria de competência deste Colegiado e é tempestivo.

O ato declaratório foi expedido em 02/10/2000, em decorrência da existência de pendências da empresa junto à PGFN. O comunicado de fl. 11 foi acompanhado do Demonstrativo de Débitos Inscritos em Dívida Ativa na PGFN de fl. 13. Deste, consta que os valores foram apurados em 30/09/2000.

A empresa não nega ter débitos inscritos em dívida ativa por ocasião da expedição do ato.

Baseia toda a sua defesa nos fatos de que: 1) não tinha débitos à época da opção pelo SIMPLES, em 05/02/1997 e; 2) regularizou-os quando de sua adesão ao REFIS, em 06/12/2000.

Portanto, não estaria abrangida pelo disposto no artigo 9º, inciso XV, da Lei nº 9.317/96, já que tal artigo refere-se à vedação à opção pelo SIMPLES. Esquece-se, entretanto, de que a alínea "a" do inciso II do artigo 13 da referida lei estabelece que a exclusão se dará obrigatoriamente quando a empresa incorrer em qualquer das situações constantes do artigo 9º. Então, se a empresa, depois da opção, é introduzida em alguma daquelas situações, deve ser excluída, segundo o disposto na Lei nº 9.317/96, artigo 9º c/c artigo 13, inciso II, alínea "a".

A alusão à IN 43/2000 também não a socorre, já que aquela norma dizia respeito a empresas participantes do SIMPLES ou não. De maneira alguma é possível concluir que as optantes pelo SIMPLES que tivessem débito inscrito em dívida ativa não poderiam ser excluídas do sistema.

Porém, há uma circunstância que não está clara no processo e que me leva a decidir pela nulidade do ato declaratório.

Como bem coloca a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em relação à forma, os atos administrativos em geral são vinculados porque a lei previamente a define.<sup>1</sup>

O ato declaratório que levou à exclusão da opção pelo SIMPLES é um ato administrativo que negou um direito ao contribuinte e, de acordo com o artigo 50 da Lei 9.784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito da

<sup>1</sup> Direito Administrativo, 8ªed., São Paulo: Atlas, 1997. p. 179.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.528  
ACÓRDÃO Nº : 303-30.773

administração pública<sup>2</sup>, deveria estar motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.<sup>3</sup>

Os fundamentos jurídicos do ato declaratório em questão, ao que tudo indica, estariam previstos no artigo 9º da Lei nº 9.317/96, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.779/99, ao estabelecer que 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;

(...)”

Porém, no caso de que se cuida, o motivo da exclusão do SIMPLES foi “*pendências da empresa e/ou sócios na PGFN*”.

“*Pendências da empresa e/ou sócios na PGFN*” é uma expressão que não retrata nem a norma e nem o fato que a ela se subsumiria. Com efeito, como já relatado, é possível apenas inferir que a norma que teria sido ferida é a anteriormente listada. Porém, tal fundamento legal não está delimitado no ato.

No que concerne ao fato que teria sido iluminado pela lei, então, surge uma questão fundamental: os débitos estavam com a exigibilidade suspensa?

Ora, já se viu que somente em casos de existência de débito da empresa, do titular ou de sócios, com participação superior a 10%, inscrito em dívida ativa da União e que não esteja com a exigibilidade suspensa é que é vedada a opção pelo SIMPLES. Portanto, “*pendências da empresa e/ou sócios na PGFN*” sequer é um fato que se subsume à norma.

Fica evidente o vício na forma do ato declaratório. A seguir-se a lição do Ilustre Professor Seabra Fagundes, este é um ato nulo, pois viola regra fundamental relativa à forma, havida como de obediência indispensável por sua menção expressa na lei.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> A Lei 9.784, de 29/01/99, aplica-se ao processo administrativo fiscal de forma subsidiária, conforme preceitua o seu artigo 69: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

<sup>3</sup> Lei 9.784, de 29/01/99, artigo 50: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos e interesses; (...)”

<sup>4</sup> Para o Professor Seabra Fagundes (*apud* Di Pietro. *op cit.* P. 201) “atos nulos são os que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, havidas de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa na lei.”

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.528  
ACÓRDÃO Nº : 303-30.773

Além disso, a falta de delimitação do fato com a resposta às questões acima gera um evidente cerceamento do direito de defesa da contribuinte e dificuldade para o trabalho dos órgãos julgadores.

Como bem colocado pela Ilustre Relatora Maria Teresa Martinez Lopez no Acórdão 202.12064, de 12/04/00, “não é possível que a administração, na presença de indícios de uma possível ocorrência de fato impeditivo à opção pelo SIMPLES, de pronto determine a exclusão do Contribuinte, transferindo-lhe o ônus de provar a inexistência do que se suspeita.”

Pelo exposto, voto pela nulidade do processo *ab initio*.

Sala das Sessões, em 12 de junho de 2003

  
ANELISE DAUDT PRIETO - Relatora



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

Processo nº: 10935.000128/2001-75  
Recurso n.º: 124.528

**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 303.30.773

Brasília- DF 01 de julho de 2003

  
João Holanda Costa  
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: