



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10945.004494/2001-84
SESSÃO DE : 12 de maio de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438
RECURSO Nº : 124.896
RECORRENTE : CONSTRUTORA SANTA BÁRBARA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

ATO DECLARATÓRIO NULO.

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

São nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, e a nulidade prejudica os atos posteriores que dependam diretamente do ato nulo ou dele sejam consequência.

A hipótese de nulidade expressa, legal, deve ser declarada a qualquer tempo, independentemente de arguição, sendo os atos inquinados inaproveitáveis.

ACATADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acatar a preliminar de nulidade do processo *ab initio*, por cerceamento do direito de defesa, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 12 de maio de 2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NILTON LUIZ BARTOLI, NANCI GAMA e SÍLVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA (Suplente). Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438
RECORRENTE : CONSTRUTORA SANTA BÁRBARA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR(A) : ZENALDO LOIBMAN

RELATÓRIO

A empresa acima qualificada recorre a este Conselho, tempestivamente, de julgado proferido pela autoridade *a quo*, que indeferiu a sua manifestação de inconformidade de fls. 22/35 contra a decisão da Delegacia da Receita Federal em Foz do Iguaçu (PR) de indeferir o pedido de anulação do Ato Declaratório nº 70.735, bem como o edital 002/99, que determinaram sua exclusão do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/03/1999, conforme extrato SIVEX de fl. 07.

A Solicitação de Revisão de Ofício da Exclusão à Opção pelo SIMPLES - SRS foi indeferida pela DRF porque:

a) a empresa estava com pendências junto à PGFN e ao INSS. Foi emitido o Ato Declaratório nº 70735, em 09/01/1999, com efeito a partir de 01/03/1999;

b) Foi enviada correspondência para o endereço fornecido pela contribuinte para compor seu cadastro na SRF, a mesma foi devolvida pelos Correios conforme doc. De fl.08;

c) Em 11/02/1999 a interessada foi, então, intimada pelo Edital nº 002/99 afixado no saguão do prédio da DRF/Foz do Iguaçu, onde foi intimada da sua exclusão do SIMPLES;

d) Somente na Terceira Alteração Contratual, anexada pela interessada aos autos, datada de 15/12/1999, portanto, em data posterior à sua exclusão do SIMPLES, é que providenciou alteração de endereço;

e) Observa-se que o procedimento de intimação, previsto no Decreto 70.235/72 (PAF), foi corretamente seguido;

f) O argumento da contribuinte de que continuava a funcionar em endereço distinto do da matriz não pode prosperar diante do disposto no art. 16 da IN SRF 27/98, que obriga a pessoa jurídica a comunicar toda alteração de dados cadastrais, bem como do quadro societário e de administradores, no prazo máximo de trinta dias a partir da alteração, por meio de documento próprio, o FRCPJ ou da Ficha Complementar conforme o caso.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

Na manifestação de inconformidade perante a DRJ a interessada alegou que a DRF/Foz de Iguaçu deixou de esgotar as possibilidades de comunicação à empresa para informá-la da decisão de excluí-la do SIMPLES, deixou de utilizar forma direta e fácil, para fazê-lo via edital, com comprometimento do direito ao contraditório, e também ao direito do contribuinte de providenciar o saneamento das pendências eventualmente apontadas em tempo hábil, de forma a evitar a retirada de ofício do sistema. Argumenta que não comunicou à SRF a mudança de domicílio de sua sede para o local de funcionamento da filial, por acreditar que, em pouco tempo, a matriz pudesse voltar a ocupar o antigo endereço. Contudo aduz que o Fisco conhecia igualmente o endereço da filial e também o do seu contador, que poderiam ter sido facilmente contatados. Acrescenta que a referida exclusão, se for confirmada, trará sérias complicações à empresa que ficaria impossibilitada de arcar com os encargos tributários decorrentes da mudança.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ/Curitiba decidiu, por unanimidade de votos, indeferir a solicitação, por entender que não devia conhecer a manifestação de inconformidade, apresentada em 03/07/2001, tendo em vista a intempestividade da reclamação inicial da interessada, só apresentada em 15/05/2001 à DRF/Foz do Iguaçu, contra o Edital 002/99, publicado na DRF, a partir de 11/02/1999.

O voto condutor do Acórdão recorrido acrescenta ao final, a título de comentário, que ainda que fosse possível desconsiderar-se a intempestividade apontada, a interessada não fez por comprovar nos autos nem o alegado prejuízo do seu direito à ampla defesa e, nem muito menos, que os débitos listados às fls. 11/13 teriam sido indevidamente inscritos na dívida ativa da União, ou se teriam sido quitados junto à PGFN, mesmo que posteriormente ao ato de exclusão.

Irresignada a interessada, após ser cientificada da decisão, em 07/05/2002, conforme AR de fl. 42-verso, apresentou tempestivamente, em 04/06/2002, seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes, trazendo resumidamente as seguintes razões de reforma da decisão da DRJ:

1. Reclama a garantia constitucional de respeito ao devido processo legal e à ampla defesa, que no caso, não foi observado, embora a SRF pretenda fazer crer o contrário;
2. A ampla defesa deve ser entendida como a possibilidade do demandado, em qualquer processo, ter ciência prévia dos fatos, fundamentos e possíveis conseqüências;
3. No caso em tela, embora o Fisco tivesse conhecimento dos demais endereços da recorrente (filial da empresa, representante legal - sócio gerente,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

contador), simplesmente preferiu, e sem fundamentação adequada, notificá-la por edital;

4. A notificação por edital, a exemplo do que acontece no Processo Civil, e no Processo Penal, é o último recurso de que se dispõe para a realização do ato de comunicação do interessado, e não se pode, sob pena de nulidade, pela simples afirmação de que não foi encontrado o interessado, através de edital afixado na DRF, presumir que o interessado tomou conhecimento dos fatos e assim que esteja apto a se defender.

5.O STJ, em questões análogas, tendo em vista a importância do contraditório e da ampla defesa tem decidido:

- a) HC 13142/SP-Rel. Min. Jorge Scartezini - 5ª Turma-20.11.2001): "PROCESSO PENAL-CRIME FALIMENTAR-CITAÇÃO EDITALÍCIA-NÃO ESGOTADOS TODOS OS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO-NULIDADE - OCORRÊNCIA Foram fornecidos pelo menos três endereços pelo réu, as certidões lavradas certificando não haver encontrado o réu para citação pessoal, somente fazem referência a um dos endereços não foram esgotados todos os meios para a localização do acusado. Tal circunstância trouxe prejuízos ao paciente. Ordem concedida para que sejam declarados nulos todos os atos processuais a partir da citação editalícia....."
- b) PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CITAÇÃO. EDITAL. RÉU NÃO ENCONTRADO. NÃO ESGOTAMENTO DAS POSSIBILIDADES. NULIDADE. (Rel. Min. Feliz Fischer - 5 Turma - 13/03/2002).

6. Por outro lado, o simples fato de ter sido respeitado o procedimento (ter sido emitida correspondência para o antigo endereço, antes da notificação por edital) por si só não autoriza afirmar que o ato administrativo é hígido. O prof. Egon Bockmann Moreira em sua obra, O Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99, discorre:

"41. Na relação de administração o princípio da boa-fé consubstancia dever de comportamento leal e honesto. Não basta mero cumprimento impensado e automático da letra da lei. Muito menos seria possível a burla à moralidade, através de interpretação legal de má índole". (obra citada, p. 90).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

7. Onde está a boa-fé do Fisco que, tendo outros endereços da recorrente, recebendo todos os meses seus pagamentos de tributos, sem esgotar todas as possibilidades de comunicação direta, faz notificação por edital de situação que agrava seriamente a condição de contribuinte (?); Por óbvio que o simples cumprimento de formalidades, como visto, não autorizam considerar o ato administrativo válido e eficaz;

8. Ressalta-se, ainda, que se alguma culpa puder ser atribuída à recorrente, que ultrapassou o prazo para a comunicação de mudança do endereço, não há qualquer proporção entre a falta cometida e a consequência que se lhe pretendem impor;

9. A obrigação acessória não cumprida não tem o condão de modificar a forma de tributação da recorrente.

Os motivos expostos nos levam ao Conselho para requerer a permanência no regime de tributação denominado SIMPLES, cuja atividade e demais condições atendem às exigências para que ela seja tributada segundo essa sistemática.

É o relatório.



RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

VOTO

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso e se trata de matéria da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes.

Inicialmente deve ficar claro que a lide trata do direito ou não de que seja analisado o mérito que se traduz no pedido do contribuinte de anulação do ato declaratório de exclusão, bem como da citação por edital.

A primeira instância decidiu não conhecer do mérito por considerar intempestiva a reclamação inicial da interessada contra a decisão da DRF de exclusão.

É, no entanto, necessário observar que a nulidade absoluta de ato administrativo, seja a do ato declaratório, seja a da citação do contribuinte, pode ser alegada a qualquer tempo.

Vale dizer mesmo tendo considerado correto o procedimento seguido para a intimação do contribuinte, caberia também à primeira instância ter enfrentado a questão de nulidade do ato declaratório que foi suscitado pelo interessado, ainda que de forma indireta, ao invocar a garantia da ampla defesa e a falta de fundamentação para a intimação da exclusão. Cingiu-se, entretanto, ao aspecto da citação.

Há uma questão preliminar a ser enfrentada agora, qual seja a de qual é exatamente a decisão possível a esta 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes, apenas analisar a tempestividade, ou não, da reclamação inicial perante a DRF, como fez a DRJ, ou além disso, enfrentar a questão de nulidade dos atos administrativos?

Entendo que a nulidade absoluta de ato administrativo independe de prazos para ser reconhecida. Independe mesmo de arguição.

Nos termos do art. 59, II do Decreto 70.235/72, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, e acrescenta o § 1º daquele artigo, que a nulidade (só) prejudica os atos posteriores que dependam diretamente do ato nulo ou dele sejam consequência.

Conforme entendimento defendido na doutrina por Antônio da Silva Cabral, com base em Plácido e Silva, os incisos I e II do PAF não esgotam todas as hipóteses possíveis para a nulidade em processo fiscal, são, no entanto, as hipóteses



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

de nulidade expressas, legais, que devem se declaradas a qualquer tempo, independentemente de arguição, sendo os atos inquinados inaproveitáveis.

Entendo, ainda, que o ato declaratório de exclusão (AD) nº 70.735 é **ato nulo**. Anota-se, a propósito, que o tal AD nem sequer consta dos autos, e dele apenas se tem notícia pelo Edital 002/99 (fl. 14), afixado no saguão da DRF/Foz de Iguaçu, e é também mencionado no relatório do Acórdão DRJ/CTA nº 844/2002, à fl. 39.

No entanto mesmo o Edital supracitado ao pretender identificar o motivo da exclusão tão-somente apresenta uma relação de 11 possibilidades genéricas de eventos. Em seguida consta de uma segunda relação, esta de CNPJ's de várias empresas também excluídas, e ao lado de cada CNPJ aparece como motivo uma indicação numérica que faz remissão à primeira lista de 11 eventos possíveis. Dessa forma é possível entender que associado ao CNPJ 84.992.528/0001-84, estão os motivos 01 e 03, que consultando a outra relação de possíveis eventos de exclusão se identificam como sendo: **Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN**.

Ainda que questão nenhuma se levantasse quanto ao processo de citação, supondo, apenas para argumentar, que o ato declaratório (não constante dos autos) reproduza exatamente os mesmos termos do edital, como, aliás, em outros processos esta Câmara já teve a oportunidade de constatar, é flagrante o cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

À fl. 01 dos autos consta o requerimento inicial da interessada, onde informa que somente em março/2001, foi surpreendido com a informação de exclusão, ao processar a quarta alteração de Contrato Social junto à DRF é que ficou sabendo da sua exclusão do SIMPLES.

O voto condutor do Acórdão DRJ, *in fine*, a título de mero comentário, diz que mesmo que fosse de se desconsiderar a intempestividade que apontou, a interessada não teria comprovado que os débitos de sua responsabilidade, listados às fls. 11/13, teriam sido indevidamente inscritos na Dívida Ativa, ou mesmo se teriam sido quitados junto à PGFN, ainda que posteriormente ao ato de exclusão.

Ora, a tal lista constante às fls. 11/13 é produto de uma consulta ao sistema da PGFN em 24/05/2001. O Edital 002/99 que declara a exclusão da empresa do sistema SIMPLES a partir de 01/03/1999, é datado de 11/02/1999. Portanto, tal lista só apareceu, pelo menos, dois anos mais tarde. Rigorosamente tal lista deveria ter sido dada ao conhecimento do interessado na mesma ocasião do Ato Declaratório de exclusão, mas não foi assim que se procedeu.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

Como bem coloca a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em relação à forma e ao conteúdo, os atos administrativos em geral são vinculados porque a lei previamente os define (Direito Administrativo, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.179).

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 ser regidos por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

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

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 administração pública deveria estar motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

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;**

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.**

(…)”

No caso de que se cuida, o motivo expresso para a exclusão do SIMPLES, com base no edital de fls.14/15, foram pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e junto à PGFN.

“*Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS*” e “*Pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN*” são expressões que não retratam nem a norma

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

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, são inúmeras as questões que surgem. Eis as mais importantes:

- a-) as pendências referem-se realmente a débitos?
- b-) de quem são os débitos: da empresa, do titular ou dos sócios? De quais sócios?
- c-) quais são os débitos: são relativos a que tributos ou penalidades? referem-se a qual fato gerador, a que período de apuração?
- d-) os débitos estão 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. 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.”

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.”

No caso concreto verifica-se que o Ato Declaratório nº 70.735 nem sequer consta dos autos, e o Edital 002/99 foi afixado no saguão da DRF a partir de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.896
ACÓRDÃO Nº : 303-31.438

11/02/1999, sem especificar que débitos, nem relativamente a quem corresponderiam as supostas pendências.

Se tivesse chegado a tomar concretamente ciência dos termos do Edital ainda assim estaria o contribuinte submetido a um exercício de adivinhação ,posto que não se especificou quais seriam as tais pendências.

Os fatos narrados evidenciam que tão logo teve conhecimento da decisão administrativa de exclusão buscou defender o que entende ser seu direito e trouxe a este colegiado seu protesto pelo cerceamento ao seu direito de ampla defesa.

Penso que assiste razão à recorrente, o Ato Declaratório de exclusão praticado é nulo de pleno direito, incorrendo em evidente cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Proponho que seja anulado o processo a partir do Ato Declaratório de exclusão.

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

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004



ZENALDO LOIBMAN - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10945.004494/2001-84
Recurso nº: 124896

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Terceira Câmara do Terceiro Conselho, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-31438.

Brasília, 11/08/2004


JOAO HOLANDA COSTA
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em