



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10950.000088/2001-73
SESSÃO DE : 14 de maio de 2003
ACÓRDÃO Nº : 303-30.742
RECURSO Nº : 124.623
RECORRENTE : ETIQUETAS CANÇÃO 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.
PROCESSO ANULADO *AB INITIO*.

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 14 de maio de 2003


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


PAULO DE ASSIS
Relator

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

RECURSO N° : 124.623
ACÓRDÃO N° : 303-30.742
RECORRENTE : ETIQUETAS CANÇÃO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR(A) : PAULO DE ASSIS

RELATÓRIO

A Recorrente foi excluída do SIMPLES, por força do Ato Declaratório 275.166, de 02-10-2000 (fl. 53), da DRF/IRF em Maringá/PR, sob o fundamento de "Pendência da empresa ou sócios junto ao INSS". Em 13/11/2000, a empresa apresentou a SRS (fl. 03), onde consta que "a empresa possui dívida junto ao INSS, que está sub júdice e está com penhora de bens para garantia desta dívida". A SRS foi considerada improcedente porque a empresa "Deixou de apresentar certidão negativa dos sócios (Art. 9º, inciso XVI, da Lei 9.317/96)."

O contribuinte impugnou essa decisão, afirmando que o INSS, apesar das reiteradas apelações que fez, negou-se a fornecer a Certidão, por fundamentos legais que constam do Ofício de página 06, que o impedem de emitir Certidão para pessoa física. Quanto à pessoa jurídica, juntou o ofício do INSS (fl. 59 e 60), requerendo, em juízo, a suspensão do processo de execução fiscal, pelo prazo de 12 meses, para verificação do efetivo pagamento do REFIS. A suspensão foi concretizada (fl.60).

A DRJ/CTA, por decisão unânime de sua 2ª Turma de Julgamento, emitiu o Acórdão 764, de 14/03/2002 (fl. 64 a 69), que conclui pelo indeferimento do pleito, porque o relator consultou a tela da fl 63 e constatou que a adesão do contribuinte ao REFIS, se deu em 20/11/2000, portanto posteriormente à data da emissão do Ato Declaratório de 02/10/2000.

No VOTO, o Acórdão recorrido reproduz o § 3º do artigo 15 da Lei 9.317/96:

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 ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário e administrativo."

Disserta, ainda, sobre as alternativas de invalidação dos atos administrativos, recorrendo aos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, a respeito da revogação e da anulação, concluindo que em ambos os casos não se enquadram as pretensões do contribuinte:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.623
ACÓRDÃO Nº : 303-30.742

“...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.”

O Contribuinte, nas razões de recurso, alega que não recebeu qualquer notificação para sanar a irregularidade apontada no ato de exclusão, irregularidade essa que estava em franco processo de saneamento, pois a empresa estava às voltas com o REFIS. Que, em outubro de 2000, foi simplesmente comunicado de sua exclusão do SIMPLES por débito junto ao INSS. Que não lhe foi dada a oportunidade para regularizar ou parcelar o débito para evitar a exclusão, o que contraria o artigo 5º, inciso LV, da Constituição do Brasil, pois restou caracterizado o cerceamento de defesa. Diz, ainda, que:

- a) É indubitável que a conduta do recorrido configura-se em abuso de direito, o que Samuel Monteiro exemplifica assim:

“A Fazenda Pública tem os meios legais para cobrar seus créditos em juízo. O que ela não pode, nem deve fazer, é impedir a livre iniciativa, a livre concorrência e o exercício da atividade lícita, que são direitos e garantias constitucionais (CF/88, art. 5º.XII, e art. 170, caput e inciso IV) para exercer pressão ou coação pelas vias oblíquas, e receber seus créditos, cuja legitimidade não comporta o desvio de poder, nem o abuso de direito”.

- b) Que o que for além dos limites estabelecidos pelos princípios de da razoabilidade e proporcionalidade configura-se em arbítrio, no dizer de Egle S. Monteiro:

“as circunstâncias de fato e de direito devem ser valoradas razoavelmente, a intensidade da extensão da medida adotada deve ser pertinente com a finalidade prevista na lei e com os motivos do ato, a medida não pode ser discriminatória, muito menos arbitrária.”

Com esses argumentos, o Recorrente pleiteia a reforma do Acórdão recorrido, para anular anular ou revogar o Ato Declaratório em questão.

É o relatório.

AK

RECURSO Nº : 124.623
ACÓRDÃO Nº : 303-30.742

VOTO

O Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES, vem sendo tratado como ato de império. Constatado um débito do contribuinte, ou lido o seu contrato social e nele encontrando-se alguma atividade supostamente incompatível, processa-se a exclusão. Não é o contribuinte previamente intimado a prestar esclarecimentos, nem lhe é dado um prazo para sanar os débitos inscritos. Simplesmente emite-se o ato de império e daí inicia-se um processo desgastante para a administração pública e para a empresa.

Justamente o tipo de empresa que a Constituição do Brasil (art. 179) elegeu para apoiar, mediante tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

O Acórdão recorrido, diz que mesmo sanada a irregularidade que levou a empresa à exclusão do SIMPLES, esta se deu após a data da emissão do Ato Declaratório, e que estando perfeito o AD, só caberia sua revogação, por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração. É claro que há interesse da administração em manter a empresa no SIMPLES. A Carta Magna do País, determinou que esse tipo de empresa fosse incentivado. Se a irregularidade já está completamente sanada, a medida excludente deve ser revogada.

Na ocasião da análise da SRS, já constava a suspensão da exigibilidade da pessoa jurídica junto ao INSS (fl. 05 v) e a exclusão foi mantida, porque a empresa "Deixou de apresentar certidão negativa dos sócios (art. 9º, inciso XVI, da Lei 9.317/96)". Tal exigência comprovou-se ineficaz, pois o INSS não emite Certidão para pessoa Física, conforme conta do Ofício (fl. 06), que o Instituto forneceu à recorrente, mediante reiteradas súplicas que esta lhe fez.

Se fosse adotado o contencioso amigável previsto no PAF, não teriam ocorrido os fatos aqui descritos, que poderiam levar ao fechamento de uma empresa que o Governo quer proteger e incentivar.

Além do mais as expressões genéricas como "Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS" ou "Pendências da empresa e/ou sócios na PGFN", estão elivadas dos vícios apontados na Declaração de Voto da Ilustre Conselheira Anelise Daudt Prieto, que reproduzo a seguir:

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.¹

¹ Direito Administrativo, 8ªed., São Paulo: Atlas, 1997. p. 179.

RECURSO N° : 124.623
ACÓRDÃO N° : 303-30.742

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 pública², deveria estar motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.³

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.

(…)”

Porém, no caso de que se cuida, embora o Ato Declaratório nº 239.917, de 02/10/00, não conste dos autos, é possível, à vista do comunicado de fl. 06 e do edital de fls. 25/27, verificar que o motivo da exclusão do SIMPLES foi “*pendências da empresa e/ou sócios na PGFN*”. No comunicado lê-se que tais pendências constariam de demonstrativo em anexo que, entretanto, não está nos autos.⁴

“*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 consta do edital ou do comunicado.

² 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”.

³ 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; (...)”

⁴ A empresa, no recurso voluntário anexa o demonstrativo de fl. 54 afirmando tê-lo extraído do “*site da PGFN*.”

RECURSO N° : 124.623
ACÓRDÃO N° : 303-30.742

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.⁵

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. Tanto é que no presente caso a própria decisão recorrida afirma que "*o resultado da SRS de fl. 16 esclareceu que as pendências se restringem à pessoa jurídica*". É caso claro de aplicação do disposto no artigo 59 do Decreto 70.235/72.⁶

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

⁵ 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."

⁶ Decreto 70.235, de 06/03/1972, artigo 59: "São nulos: I-(...) II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa; (...)"

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 124.623
ACÓRDÃO N° : 303-30.742

exclusão do Contribuinte, transferindo-lhe o ônus de provar a inexistência do que se suspeita.”

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

Pelo exposto, VOTO no sentido de anular o presente processo *ab initio*.

Sala das sessões, em 14 maio de 2003


PAULO DE ASSIS - Relator



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

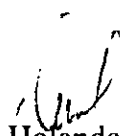
Processo n.º: 10950.000088/2001-73

Recurso n.º: 124.623

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 n.º 303.30.742

Brasília - DF 14 de outubro 2003


João Holanda Costa
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: