MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	10950.000829/2001-16
SESSÃO DE	:	14 de abril de 2004
ACÓRDÃO Nº	:	303-31.346
RECURSO Nº	:	124.475
RECORRENTE	:	MURILLO VIANA & CIA. LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/CURITIBA/PR

ATO NULO.
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.
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para anular o Ato Declaratório, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 14 de abril de 2004

JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente

ZENALDO LOIBMAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, PAULO DE ASSIS, SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NILTON LUIZ BARTOLI, NANCI GAMA e LISA MARINI VIEIRA FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

tmc

RECURSO Nº	:	124.475
ACÓRDÃO Nº	:	303-31.346
RECORRENTE	:	MURILLO VIANA & CIA. 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 impugnação da decisão da Delegacia da Receita Federal em Maringá (PR) na Solicitação de Revisão da Exclusão da Opção pelo SIMPLES.

Conforme Ato Declaratório nº 265.187 de 02/10/2000, (fl. 13), a exclusão ocorreu devido a "pendências da Empresa e/ou Sócios junto à PGFN".

A Solicitação de Revisão da Exclusão à Opção pelo SIMPLES - SRS foi indeferida porque a empresa deixou de apresentar certidão negativa de débitos ou documento idôneo emitido pela PGFN que indicasse a não existência de débitos ou que estivessem com a exigibilidade suspensa (fl. 12-verso)

Na impugnação, conforme consta às fls. 23/24, a empresa alega, em síntese que:

1. A exclusão da interessada, do sistema SIMPLES, por meio do Ato Declaratório 265.187, exibiu como motivo "pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN";

2. O motivo dado é muito genérico e não esclarece o tipo de pendências. Ademais em nenhum dispositivo legal está previsto que a existência de pendências junto à PGFN constitua infração suscetível de exclusão do SIMPLES;

3. O art. 15 da Lei 9.317/96 dispõe que a exclusão se dará de ofício, quando a pessoa jurídica incorrer em uma das hipóteses nele elencadas, entretanto, dentre as hipóteses nenhuma se ajusta ao motivo alegado;

4. Se há pendências na PGFN, só poderia se referir a pagamento de impostos ou contribuições devidas pela pessoa jurídica. Esse órgão promoveu a cobrança judicial da dívida, supostamente pendente, mas a requerente tem o legítimo direito (CF, art. 5º, LV) de opor-se à execução, e o fez por meio de exceção de pré-

executividade na qual alegou matéria útil à defesa (Lei 6.830/80, art. 16, § 2º).

5. É intolerável o meio indireto de coação utilizado para forçar o pagamento de tributo que se encontra *sub judice*.

6. Informa que inicialmente havia dois processos no CADIN, um referente a PIS e outro a COFINS, originários de uma Ação de Inconstitucionalidade, tendo sido efetuada compensação baseada em liminar concedida;

7. A compensação com relação ao PIS foi indeferida após verificação da SRF, por meio do Ofício PSFN/MAR/nº 082/2001, em relação ao qual houve solicitação de parcelamento (cópia anexa).

8. A compensação em relação à COFINS, após verificação pela SRF, foi deferida, conforme Ofício PSFN/MAR/nº 083/2001 (cópia anexa).

9. Foi anexada declaração do Procurador Geral da Fazenda Nacional, confirmando as informações acima citadas, que nos encontramos em situação regular junto ao CADIN.

10. Requer a revisão do ato que exclui a requerente do SIMPLES, por falta de amparo legal.

A 2ª Turma de Julgamento da DRF/Maringá decidiu ,por unanimidade de votos, indeferir a solicitação, por entender que do contrário implicaria revogação do Ato Declaratório em razão de juízo de conveniência e oportunidade, o que considerou não plausível no caso concreto.

Apresentam-se, a seguir, resumidamente as principais razões evocadas pelo voto-condutor da decisão *a quo*:

1. A pretensão do contribuinte é de que se invalide o Ato Declaratório de Exclusão (de 02/10/2000);

2. A DRF/Maringá fundamentou, em 05/03/2001, a rejeição da SRS por falta de apresentação de Certidão Negativa quanto à Dívida Ativa da União;

3. O contribuinte vem agora demonstrar que parte do débito foi parcelado conforme documentos de fls. 03/07, em 16/03/2001, sendo que o restante foi cancelado em função de compensação reconhecida pela DRF/Maringá;

4. A questão que se coloca é se essa regularização posterior tem o poder de invalidar o ato declaratório por meio do qual foi determinada a exclusão do SIMPLES.A invalidação do ato administrativo só seria tecnicamente possível por uma de duas vias, por revogação ou por anulação. A revogação é o desfazimento por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, ao passo em que a anulação se baseia em ilegalidade do ato administrativo;

5. a anulação deve ser descartada porquanto é inequívoco que existia a pendência da empresa quando da exclusão do SIMPLES. Poder-se-ia raciocinar, então, que regularizadas as pendências, passou a ser do interesse da Administração que o contribuinte permaneça no SIMPLES;

6. Entenda-se, porém, que não se está cogitando neste processo de uma nova adesão ao SIMPLES, trata-se de discutir a permanência da empresa após haver sido excluída, o que pressupõe necessariamente a invalidação do ato jurídico de exclusão;

7. A posterior regularização de pendência não pode afetar o ato declaratório excludente. No caso concreto existia o impedimento legal, consistente em débito da empresa para com o Erário. À autoridade administrativa, vinculada pela lei, cabia exclusivamente determinar a exclusão. Não vejo como deferir a pretensão.

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes, apresentando resumidamente as seguintes razões de reforma da decisão:

I. Preambularmente o § 3° do art. 15 da Lei 9.317/96 assegura o contraditório e a ampla defesa com observância da legislação relativa ao processo tributário administrativo, e portanto a oposição do contribuinte suspende os efeitos do Ato Declaratório;

II. O sistema de defesa em relação ao Ato Declaratório é meio de controle da legalidade do ato administrativo regularmente notificado.Só admite uma maneira de desfazimento, a anulação, conforme Helly Lopes Meirelles;

III. Por outro lado a Administração Pública deve obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme a Carta Magna, art. 37;

IV. O Ato Declaratório praticado é ilegal, com efeito a só inscrição de débito na dívida ativa não justifica a exclusão, mesmo porque

a inscrição não suspende a exigibilidade do crédito tributário, e convém aditar que inexiste compatibilidade entre inscrição na dívida ativa com a suspensão da exigibilidade;

V. Na verdade a norma contida no art. 9º, XV da Lei 9.317/96 tem o objetivo de compelir coercitivamente o contribuinte ao pagamento do tributo cujo crédito fora inscrito na dívida ativa. Se não for pago o tributo será decretada a exclusão do SIMPLES.

VI. Bem por isso a CF, art. 5º, LV, que assegura o direito de defesa, não poderá ser exercido, mesmo quando o contribuinte não concorde com o débito inscrito na dívida ativa;

VII. O Pretório Excelso, na Súmula nº 547 já determinou a ilicitude de proibição administrativa a que o contribuinte exerça suas atividades profissionais, por entender tratar-se de mediada inadmissível como meio coercitivo para pagamento de tributos;

VIII. Na espécie, a recorrente é vítima de perseguição e radicalização pelo só fato de exercitando seu direito, aproveitar créditos de contribuição social declarada inconstitucional pelo STF para compensá-los com débitos da mesma contribuição, aliás com apoio em decisões judiciais transitadas em julgado;

IX. Buscando defender-se acabou por se submeter ao parcelamento de débito inexistente, e depois, para completar, sobreveio a exclusão do SIMPLES;

X. O que é ainda mais agressivo ao direito do contribuinte é entender que as providências adotadas não constituem meio de regularização, por serem posteriores ao ato declaratório. Ocorre que a recorrente tão-somente manejou normas de direito válidas, não se verificou mera regularização sem amparo legal. Inválida é a norma evocada para a exclusão;

XI. Cumpre não esquecer que é ilegal esse Ato Declaratório, além de não ter fundamento legal, os motivos nele postos não são congruentes. Que significado tem "pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN? Ao depois, o Delegado da Receita Federal apreciando o pedido de revisão, em formulário padrão, simplesmente disse que "a interessada não apresentou Certidão da PGFN que indique a não existência de débitos ou que se encontrem com exigibilidade suspensa".

XII. Infere-se que tais pendências constituíram o motivo da exclusão por ato declaratório, é arbitrária a conduta do administrador. Simplesmente afirma que a empresa e/ou seus sócios têm pendências com a PGFN, não diz que pendências são essas, inverte o ônus probatório e decide dessa forma excluir a empresa do SIMPLES, precisamente porque a recorrente não produziu a prova de que débitos não existiam ou estavam com a exigibilidade suspensa;

XIII. Veja-se bem o art. 9º da Lei 9.317/96 preceitua que o contribuinte não pode ser inscrito no SIMPLES se existir débito. A hipótese em discussão, porém, é de exclusão, e o administrador não está dispensado de motivar o ato para fins de análise da sua legalidade;

XIV. Fica demonstrado que por um lado o Ato Declaratório de exclusão não teve fundamento legítimo e não contêm os motivos que justificaram sua prática, é ilegal, sendo por isso inválido.

Aduz que o ato praticado não tem o efeito da preclusão (ou coisa julgada, como se costuma dizer erroneamente), conquanto tenha sido apresentada defesa;

Requer ao Conselho que dê provimento ao recurso, reformando a decisão, com a conseqüente anulação do Ato Declaratório e o restabelecimento de sua inscrição no SIMPLES, por ser de direito.

É o relatório.

RECURSO Nº : 124.475
ACÓRDÃO Nº : 303-31.346

VOTO

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

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 (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 reger-ser 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 9° da Lei n° 9.317/96, com a redação que lhe foi dada pela Lei n° 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, o motivo da exclusão do SIMPLES foi "*pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN*".

"*Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS*" 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, 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 foi expedido em 02/10/2000, sem especificar que débitos, nem relativamente a quem corresponderiam as supostas pendências.

Num exercício de adivinhação o contribuinte entrou, em 05/01/2001, com solicitação de revisão da exclusão, via SRS. Indeferido. Porém a mesma DRF/Maringá nada mais informou, não especificou quais seriam as tais pendências.

Posteriormente o interessado obteve na PGFN, conforme documentos de fls. 04 e 06, em **22/01/2001**, as informações de que mediante os despachos da DRF/Maringá de fls. 05(de 17/01/2001) e de fls. 07 (de 15/01/2001), que seus procedimentos (de MURILLO VIANA & CIA LTDA) referentes à compensação de créditos de FINSOCIAL com COFINS foram deferidos pala DRF, e desta forma a correspondente inscrição deles na dívida ativa deveria ser cancelada, entretanto a compensação com referência a débitos do PIS foi indeferida.

Em **16/03/2001** a empresa interessada protocolou pedido de parcelamento do débito relativo ao PIS em trinta parcelas mensais conforme documento de fl. 03.

Fica claro que a imprecisão e vagueza inaceitáveis na motivação do ato de exclusão levaram o contribuinte a consumir o período de tempo transcorrido entre 02/10/2000 e 16/03/2001, até solucionar as somente, então, explícitas pendências. Os fatos narrados evidenciam que tão logo teve conhecimento do indeferimento da compensação de créditos com relação apenas ao PIS, providenciou diligentemente o parcelamento do débito a ponto de obter em 07/03/2001 a respectiva Certidão Positiva com efeito de Negativa junto à PGFN.

O Ato Declaratório de exclusão praticado é nulo de pleno direito, incorrendo em evidente cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

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

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2004

ZENALDO LOIBMAN - Relator

MINISTÉRIO DA FAZENDA

TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10950.000829/2001-16
Recurso nº: 124475

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 303-31346.

Brasília, 13/08/2004

JOAO HOLANDA COSTA
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em