



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 13618.000064/2001-93
Recurso nº : 303-127.446
Matéria : FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessado : ARB COMERCIAL LTDA.
Recorrida : 3ª CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Sessão de : 12 de fevereiro de 2007
Acórdão nº : CSRF/03-05.201

SIMPLES.DÉBITOS JUNTO À PGFN. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. -
É nulo o ato administrativo eivado de vício de forma, já que deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos (indicação do débito) que o embasaram. Inobservados os requisitos formais, há de ser considerado nulo, não acarretando nenhum efeito. Caso contrário acarreta cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Aplicação as Súmula nº 2.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recurso Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

LUIS ANTONIO FLORA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 AGO 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: OTACÍLIO DANTAS CARTAXO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, CORINTHO OLIVEIRA MACHADO (Substituto Convocado), ANELISE DAUDT PRIETO, NILTON LUIZ BARTOLI e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR

Processo nº : 13618.000064/2001-93
Acórdão nº : CSRF/03-05.201

Recurso nº : 303-127.446
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessado : ARB COMERCIAL LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela Fazenda Nacional contra decisão proferida pela egrégia Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, conforme Acórdão 303-31.451, que, por unanimidade de votos, declarou a nulidade do ato declaratório que exclui o regime SIMPLES a interessada acima identifica, sob o fundamento da inobservância de preceito legal quanto a sua forma.

Para deslinde da questão, a recorrente indica como paradigma o Acórdão 202-12.753 da egrégia Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, que por unanimidade de votos, assenta posicionamento, em síntese, de que a expressão “Pendências da Empresa e/ou sócios junto à PGFN” contida no ato atende a exigência regular e suficiente motivação do ato administrativo.

Sob apreciação, o recurso foi admitido conforme despacho de fls. 108/109.

Houve apresentação de contra-razões (fls. 114/118) propugnando pela manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

É o relatório.



Processo nº : 13618.000064/2001-93
Acórdão nº : CSRF/03-05.201

VOTO

Conselheiro LUIZ ANTONIO FLORA, Relator

A decisão recorrida deve ser mantida e confirmada. Senão vejamos:

Em conformidade com o disposto no artigo 179 da Constituição Federal, foi editada a Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que "dispõe sobre o regime tributário" das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, e dá outras providências.

De acordo com o seu artigo 3º, § 1º, *"a inscrição no SIMPLES implica no pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições..."*. Destarte, são assinalados na lei os impostos e contribuições abrangidos pelo SIMPLES que constituem receita da União, ou seja, aqueles que constam do ORÇAMENTO FEDERAL e são arrecadados e fiscalizados pela Secretaria da Receita Federal para financiar as despesas públicas.

Em suma, o pagamento mensal unificado engloba o IRPJ, o PIS/PASEP, a CSLL, a COFINS, o IPI e o INSS, sobre folha de salário, a cargo da pessoa jurídica.

Um pouco mais adiante, o art. 8º estabelece as regras para a opção deste regime tributário e o art. 9º, trata das vedações à opção.

Dentre as vedações, encontra-se a disposição de que *não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica (...) que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa* (art. 9º, inciso XV).

Por força de tal vedação, acrescido dos termos do art. 14, inciso I, da lei em comento, a Secretaria da Receita Federal vem excluindo, de ofício, muitas microempresas e empresas de pequeno porte que fizeram a opção pelo SIMPLES, a exemplo do que ocorreu com a ora interessada.

Sucedem que os respectivos atos declaratórios de exclusão na maioria das vezes não são precisos em indicar, nem demonstrar ou comprovar quais são os débitos inscritos, limitando-se a mencionar genericamente como causa da exclusão *pendências da empresa e/ou sócio junto à PGFN* (ou INSS, conforme o caso), a exemplo do que ocorre neste processo.

É evidente que tal procedimento contraria, de plano, as disposições do § 3º do art. 15 da Lei do SIMPLES, ora em análise, que claramente diz que *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, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo*. (grifei)

Processo nº : 13618.000064/2001-93
Acórdão nº : CSRF/03-05.201

Pela simples leitura deste dispositivo legal, constata-se que ele foi editado em atenção aos comandos constitucionais vigentes.

Com efeito. Prescreve o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal o seguinte: *LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Na realidade, esse dispositivo constitucional tem passado despercebido na parte que se refere ao processo administrativo e aos acusados em geral.

No processo administrativo, como no judicial, a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, foi elevada à categoria de direito e garantia fundamental, devendo pois a regulamentação do processo administrativo observar o preceito constitucional.

Assim, aos órgãos do Poder Executivo, no exame dos atos que compõem o processo administrativo, cabe o dever de aplicar a norma constitucional.

O processo administrativo fiscal da União é regido pelo Decreto 70.235/72, com as alterações posteriores. O art. 1º do citado Decreto, que tem força de lei, diz que ele *rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União.*

Por sua vez, o art. 9º do mesmo Decreto, com as modificações introduzidas pela Lei 8.748/93, dispõe: *A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.* (grifei)

O art. 10 estabelece os requisitos obrigatórios para a lavratura do auto de infração. E o art. 11 para a expedição de notificação de lançamento. No caso do SIMPLES é o citado § 3º do art. 15 da sua lei de regência, que estabelece os requisitos obrigatórios para a expedição do ato de exclusão que deve, ainda, estar concatenado com as observâncias do retrocitado art. 9º do Decreto 70.235/72.

Aliás, por força, ainda, do inciso LV, da Constituição Federal, acima transcrito, é que o *indeferimento da opção pelo SIMPLES (...) submeter-se-á ao rito processual do Decreto 70.235/72*, consoante dispõe, agora, o § 6º do art. 8º da Lei do SIMPLES, incluído pela Lei 10.833/03.

Portanto, o ato declaratório de exclusão do SIMPLES deve seguir estritamente as regras do devido processo legal, devendo, assim, estar instruído com todos os termos e elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

Dessa maneira, recapitulando, diz a Lei do SIMPLES que é vedada a opção deste regime tributário para a empresa *que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.*

Processo nº : 13618.000064/2001-93
Acórdão nº : CSRF/03-05.201

Constata-se, desse modo, que para que uma empresa venha a ser excluída, de ofício, do SIMPLES, são necessários dois requisitos. Primeiro, que tenha débito inscrito em dívida ativa. E, segundo, que este débito não esteja com a exigibilidade suspensa.

Tecnicamente, a inscrição da dívida e a suspensão da exigibilidade ocorrem em momentos distintos.

A Lei 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, prescreve, no § 3º, do artigo 2º, que a inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito. (grifei)

Reza o dispositivo que a inscrição se constitui no ato de controle administrativo de legalidade. Portanto, é atribuição primeira da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional verificar, antes da inscrição, a legalidade do crédito, em todos os seus aspectos, tantos formais como substanciais.

Se o crédito não resulta de um procedimento regular da Administração, pode e deve o órgão competente deixar de inscrevê-lo como dívida ativa.

Não é, destarte, a inscrição mera formalidade. Ao inscrever a dívida a PGFN dá seu aval à legalidade do crédito e para isso necessário se faz que verifique a regularidade formal do procedimento de sua constatação ou criação, como ainda os aspectos substanciais de sua própria existência e sua adequação ao direito aplicável.

Dessa forma, tanto na Lei, como na Constituição (art. 5º, LIV), o processo legal é condição indispensável para a cobrança judicial do crédito tributário.

A Certidão da Dívida Ativa constitui título executivo extrajudicial, na conformidade do disposto no inciso VI, do art. 585, do Código de Processo Civil.

Contudo, esse título executivo somente será hábil para promover a execução se o processo administrativo, que lhe serve de base, houver corrido legalmente (devido processo legal) e se a Administração tiver observado o prescrito no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, que determina que aos litigantes em processo administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.

Cabe ao Fisco, assim, tomar todas as cautelas, no decorrer do processo administrativo, para que o acusado (infrator) não seja, de qualquer forma, prejudicado no exercício do seu direito de ampla defesa.

Mesmo o Poder Público tomando todas as cautelas acima, a inscrição do débito fiscal em dívida ativa não pode servir de base para a exclusão do contribuinte do SIMPLES, porque a suspensão da exigibilidade somente pode acontecer se o interessado tomar ciência do procedimento.

Ou, o contribuinte toma ciência da dívida, mediante a citação em ação de execução fiscal, ou, mediante comunicação de cobrança amigável da PGFN, consoante previsto em portaria específica. Neste último caso, o ato da ciência deve ser por qualquer meio, desde

Processo nº : 13618.000064/2001-93
Acórdão nº : CSRF/03-05.201

que inequívoco. Salvo estas duas hipóteses, não há o que se falar, juridicamente, em comunicação (ciência) da existência de débito inscrito para que o contribuinte possa se defender e garantir o juízo para suspender a execução.

Em resumo, para suspender a exigibilidade e/ou garantir o juízo, como menciona a Lei do SIMPLES, o contribuinte deve ser cientificado.

E a ciência é fundamental porque é o meio pelo qual o contribuinte poderá verificar, diretamente, a procedência ou não da dívida. É através da ciência, ainda, que o contribuinte poderá fazer as análises de validade (formal) e legalidade (material) da dívida. É por isso que quando o contribuinte é citado o juiz, por determinação legal, concede prazo para o mesmo pagar ou impugnar a exigência.

Da mesma forma que o auto de infração e a notificação de lançamento possuem requisitos para a sua formalização, o termo de inscrição da dívida também possui, consoante se vê do art. 202 do Código Tributário Nacional. E este mesmo Código diz mais, ou seja, *a omissão de quaisquer requisitos previstos no artigo anterior ou erro a eles relativos são causa de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente...* (art. 203).

Verifica-se, assim, que todos os atos administrativos acima referidos estão adstritos ao princípio da legalidade (art. 37 da Constituição Federal). E o mesmo, como já frisado, deve ocorrer com o ato declaratório de exclusão do SIMPLES expedido pela Secretaria da Receita Federal, sob pena de nulidade.

Aliás, a questão da nulidade por vício formal não é novidade neste Conselho, a exemplo das notificações do ITR e do IR, que quando não atendem ao figurino legal são, de plano, declaradas nulas.

Isso implica dizer que, se os atos declaratórios que veiculem decisão de exclusão do SIMPLES não contiverem *todos os termos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito*, devem ser declarados nulos.

No caso dos autos, é evidente que o respectivo ato declaratório não assegura ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, pois ele laconicamente diz que a exclusão deve-se a “pendências”, sem se referir a quais, se o devedor é a empresa ou o sócio, a origem e a natureza do débito, data da inscrição da dívida etc. Não observa, ademais, se o contribuinte foi ou não cientificado pela Procuradoria da Fazenda Nacional para se defender... Em suma, é um ato sumário de exclusão.

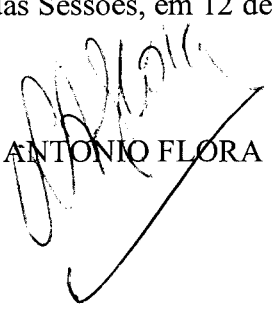
Por todo o exposto, não vejo como deixar de confirmar a decisão recorrida que veicula a proposta de declaração de nulidade do ato declaratório que inaugura este processo, nos seguintes termos: *É nulo o ato administrativo eivado de vício de forma, já que deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram. Inobservados os requisitos formais, há de ser considerado nulo, não acarretando nenhum efeito.*

Para concluir devo acrescentar que o Conselho Pleno do Terceiro Conselho de Contribuintes, em sessão de 4 de dezembro de 2006, aprovou a Súmula nº 2, que consolida a tese ora exposta.

Processo nº : 13618.000064/2001-93
Acórdão nº : CSRF/03-05.201

Ante o exposto nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 12 de fevereiro de 2007


LUIS ANTONIO FLORA

