



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13629.000535/2001-34
SESSÃO DE : 14 de abril de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.344
RECURSO Nº : 127.040
RECORRENTE : DEPÓSITO BELA VISTA MATERIAIS DE
CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/JUIZ DE FORA/MG

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – 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 14 de abril de 2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


PAULO DE ASSIS
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, 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.

RECURSO Nº : 127.040
ACÓRDÃO Nº : 303-31.344
RECORRENTE : DEPÓSITO BELA VISTA MATERIAIS DE
CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/JUIZ DE FORA/MG
RELATOR(A) : PAULO DE ASSIS

RELATÓRIO

A recorrente foi excluída do SIMPLES, através de Ato Declaratório nº 236090, de 02/10/2000 (fl. 34), da DRF em Coronel Fabriciano/MG, sob a alegação de "PENDÊNCIAS DA EMPRESA E/OU SÓCIO JUNTO A PGFN".

O contribuinte impugnou a Decisão (fls. 01 e 02), com duas argumentações:

1. **PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO:**
A peça fiscal não identifica qual é a pendência. É relativa a dívida tributária da própria empresa?; É relativa a obrigação acessória?
2. **MÉRITO:**
Conforme se infere no TERMO DE OPÇÃO, a adesão ocorreu no dia 24/12/97. Nos termos da legislação vigente, o contribuinte que se encontrava em débito, poderia pagar mensalmente a quantia de R\$ 50,00, a título de antecipação de parcelamento. Procedimento que o contribuinte adotou e vem adotando até a presente data, conforme DARF's de quitação inclusos, sob a rubrica de antecipação de dívida.

Em documento datado de 03/11/2001 foi emitido um COMUNICADO, com base na IN SRF nº 100, de 26 de outubro de 2000, portanto, posterior ao Ato de Exclusão de 02/10/2000, definindo as causas da exclusão, ou seja: Dívida ativa IRPG, Dívida Ativa Contribuição Social: e Dívida Ativa - Outras multas. 04/10/2001, e concedendo um prazo até 31/01/2001, para apresentação da SRS.

Em resposta, o contribuinte (fl. 39) apresentou cópia dos DARFS código de receita 5909, período 12/1997 a 12/2000, além de certidões da PGFN, que não vêm ao caso, por serem muito anteriores à data de exclusão.

A impugnação foi analisada e resultou no Acórdão DRJ/JFA nº 1515, de 28 de junho de 2002, com a seguinte ementa:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.040
ACÓRDÃO Nº : 303-31.344

EXCLUSÃO DO SIMPLES. Na falta de comprovação de regularidade da empresa e/ou sócios perante a PGFN, deve ser mantida a exclusão do SIMPLES.

Do VOTO, consta:

1. O AD foi emitido por pendências junto à PGFN em nome da empresa e/ou sócios, sendo a exclusão do SIMPLES mantida, conforme resultado da SRS de fl. 36.
2. Os documentos apresentados pelo contribuinte não permitem inferir se há regularidade necessária para que a empresa seja optante pelo SIMPLES;
3. É certo, entretanto, que existem pendências da contribuinte junto à PGFN. Tanto é assim que em consulta realizada no “site” desse órgão, na Internet, nesta data, verifica-se que não pode considerar a, situação fiscal da solicitante regular;
4. Saliente-se que de acordo com o disposto no art. 62 do Decreto-Lei nº 147/67, dentre os documentos juntados incluir-se-á obrigatoriamente, a certidão negativa fornecida pela PGFN;
5. Infere-se, pois, que a situação estampada no Ato Declaratório nº 236090: “Pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN ainda perdura.

Nas razões de recurso o contribuinte diz que:

1. Não foi analisada a preliminar de nulidade do Ato Declaratório:
2. Que era devedor da FPF na fase de execução, mas se encontrava com o débito parcelado e com os pagamentos sem mora, juntando para tanto uma Certidão Negativa de Débito, fornecida pela Procuradoria da Dívida Ativa da União;
3. Que a tela de consulta da PGFN informa que o contribuinte tem apenas uma inscrição de débito, que é a CDA 60.6.96.026141-63- PTA 12845.000522/94-67, ativa não ajuizada mas com parcelamento, no montante consolidado de R\$ 1.053,92.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.040
ACÓRDÃO Nº : 303-31.344

4. Que analisando-se a tela, verifica-se a quitação das parcelas sem nenhum atraso/mora;
5. Que a Certidão juntada é POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. E, com se sabe, ao teor do art. 206 do CTN, tem ela os mesmos efeitos da CERTIDÃO NEGATIVA.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.040
ACÓRDÃO Nº : 303-31.344

VOTO

O recurso é tempestivo e trata de matéria de competência deste Colegiado. Dele tomo conhecimento.

A preliminar de nulidade do Ato Declaratório, pelas razões expostas pelo contribuinte, não foi de fato objeto de análise no Acórdão recorrido. Os esclarecimentos que lhe foram dados são posteriores ao Ato Declaratório, e é este objeto da impugnação.

Por diversas vezes este Colegiado manifestou-se sobre os requisitos exigidos do ato administrativo. Sobre esta questão valho-me da Declaração de Voto da ilustre Conselheira Anelise Daudt Prieto, constante do Recurso 124.519, tendo como recorrente a Serralheria União Indústria e Comércio:

“DECLARAÇÃO DE VOTO

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 define¹.

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:

“ (...)”

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

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; (...)”

RECURSO Nº : 127.040
ACÓRDÃO Nº : 303-31.344

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*".⁴ No comunicado lê-se que tais pendências constariam de demonstrativo em anexo que, entretanto, não está nos autos.

"*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.

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 de suspensão?

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

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.040
ACÓRDÃO Nº : 303-31.344

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 com 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 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 14 de abril 2004


PAULO DE ASSIS - Relator

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; (...)"