



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


Processo nº : 13708.002052/2001-94
Recurso nº : 127.633
Acórdão nº : 302-36.892
Sessão de : 16 de junho de 2005
Recorrente(s) : ODILON SOARES SOBRINHO & FILHOS LTDA.
Recorrida : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

SIMPLES. DÉBITOS PERANTE A PGFN. FALTA DE INDICAÇÃO DE REQUISITOS ESSENCIAIS NO ATO DE EXCLUSÃO. NULIDADE.

É nulo o processo de exclusão do Simples lastreado em ato declaratório que não indique os débitos perante a PGFN inscritos em Dívida Ativa, limitando-se a consignar a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto a esse órgão da administração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade do Ato Declaratório de exclusão, argüida pela Conselheira relatora, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro Paulo Roberto Cucco Antunes votou pela conclusão. Vencidos os Conselheiros Elizabeth Emílio de Moraes Chieriegatto, Corintha Oliveira Machado e Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente) que a rejeitavam. O Conselheiro Luis Antonio Flora fará declaração de voto.


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM
Relatora

Formalizado em: **12 DEZ 2005**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Daniele Strohmeier Gomes e Davi Machado Evangelista (Suplente). Ausentes os Conselheiros Henrique Prado Megda e Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de Decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ.

A interessada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, tendo em vista a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN, conforme Ato Declaratório nº 295.709, de 02/10/2000 (fl. 36).

Cientificada da exclusão, a interessada apresentou em 24/10/2000 (fl. 31), a Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS de fls. 31/32, considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro/RJ, uma vez que o contribuinte não apresentou certidão negativa da PGFN.

Informada do resultado da SRS, a requerente apresentou, em 14/12/2001 (fl. 01), por seu sócio, a Manifestação de Inconformidade de fl. 01 e documentos de fls. 02/04, alegando que os débitos são oriundos de erro de fato, no preenchimento da declaração de rendimentos de IRPJ; que a declaração retificadora ainda não teve julgamento; e que a emissão de certidão negativa depende do julgamento da declaração retificadora.

Em 04/12/2002, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Rio de Janeiro/RJ exarou Acórdão DRJ/RJO I nº 2.430 (fls. 52 a 55), cuja ementa dispõe, verbis:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário:2000

Ementa:EXCLUSÃO. DÉBITOS JUNTO À PGFN. É devida a exclusão de ofício do Simples, formalizada por meio de ato declaratório, tendo em vista a existência de débitos da empresa inscritos em Dívida Ativa da União.

Solicitação Indeferida.”

A DRJ manteve a exclusão do Simples, sob a justificativa de que a exclusão do contribuinte do SIMPLES foi fundamentada no inciso XV e XVI, do art. 9º da Lei nº 9.317/96, bem como sustenta que:

M/26

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

- se constata-se a imprecisão do motivo exposto no Ato de fl. 36 - “pendências da empresa e/ou sócios junto a PGFN” – uma vez que não esclarece qual o débito, se da empresa ou dos sócios, e de qual sócio;
- sucede que os documentos constantes dos autos trazem elementos suficientes ao entendimento dos fatos ensejadores da exclusão e a interessada mostra, na defesa, conhecimento do débito existente;
- em virtude dos princípios da salvabilidade dos atos processuais e da verdade material, dá como válido o ato de exclusão da interessada do SIMPLES;
- a interessada possui débito inscrito na Dívida Ativa da União (inscrição nº 70.6.99.032440-42), relativo a Contribuição Social, em situação “Ativa Ajuizada”, desde a data da inscrição (11/06/1999) até o presente momento, como fazem prova os relatórios do sistema da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 06/08 e 51). O débito origina-se do processo administrativo nº 10768.228999/99-36, e
- as questões suscitadas na defesa, de que os débitos estariam inscritos equivocadamente e que se originam de erros de fato na declaração de rendimentos devem ser discutidas nos autos daquele processo e não no presente. O fato é que existem débitos inscritos em Dívida Ativa da União, o que enseja a exclusão da interessada da sistemática do Simples, de acordo com os artigos 9º - inciso XV, 13 - inciso II, e 14 - inciso I, da Lei nº 9.317/1996.

Cientificada do acórdão de primeira instância em 22/01/2003 (fl. 55), a interessada apresentou em 21/02/2003 (fl. 57), o recurso de fls.57/65, acompanhado dos documentos de fls. 66/70.

O recurso traz praticamente os mesmos argumentos anteriores e acrescenta basicamente que:

- requer a observância do efeito suspensivo para o presente recurso com base no art. 33 do Decreto nº 70.325/72, a fim de que a mesma, até o julgamento final do presente não venha a ser prejudicada pelos efeitos de sua exclusão do regime do SIMPLES;
- no exercício considerado quando da inscrição da dívida, exerceu suas atividades regularmente, tendo escriturado os livros e recolhido todos os tributos devidos adequadamente;

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

- quando da apresentação da DCTF que deu origem àquela inscrição, a empresa responsável pela elaboração da respectiva declaração incorreu em erro material por ocasião do preenchimento da mesma que deu origem a apuração de base de cálculo não correspondente à realidade;
- de imediato, apresentou declaração retificadora, a qual aguarda apreciação pela SRF;
- deu-se a origem a notificação de lançamento de débito referente àquela declaração que se pretendeu retificar, o que acabou por ensejar a inscrição do pretense crédito tributário na dívida ativa;
- o Decreto nº 70.325/72 prevê necessidade de diligência ou perícia quando entendê-las necessárias, inclusive ressalta que foi vencida a presidente Célia Satiyo Seto que entendeu que o processo devia ser convertido em diligência para verificação do resultado do julgamento relativo à declaração retificadora; e
- finalmente, requer reforma da decisão de primeira instância a fim de que não seja excluída do regime SIMPLES, pois a origem de tal exclusão está justamente no fato de que a retificação de um erro material constante de uma DCTF ainda não foi apreciada pela SRF.

O processo foi redistribuído a esta Conselheira, numerado até a fl. 75 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

M. T. P.

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

VOTO

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo, de exclusão de empresa do Simples, tendo em vista a existência de débito inscrito junto a PGFN.

A empresa alega que os débitos são oriundos de erro de fato, no preenchimento da declaração de rendimentos de IRPJ; que a declaração retificadora ainda não teve julgamento; e que a emissão de certidão negativa depende do julgamento da declaração retificadora. Justifica que no preenchimento da declaração de IRPJ no quadro demonstrativo da apuração da contribuição devida foi feita UFIR, quando deveria ser em Reais.

Não obstante a DRJ invocar o princípio da salvabilidade dos atos processuais e da verdade material, mesmo observando a imprecisão do motivo exposto no Ato de fl. 36, uma vez que não esclarece qual o débito, se da empresa ou dos sócios, e de qual sócio e fundamentar que a interessada possui débito inscrito na Dívida Ativa da União (inscrição nº 70.6.99.032440-42), relativo a Contribuição Social, em situação "Ativa Ajuizada", desde a data da inscrição (11/06/1999) até o presente momento, como fazem prova os relatórios do sistema da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 06/08 e 51). Bem como, alega que o débito origina-se do processo administrativo nº 10768.228999/99-36, e as questões suscitadas na defesa, de que os débitos estariam inscritos equivocadamente e que se originam de erros de fato na declaração de rendimentos devem ser discutidas nos autos daquele processo e não no presente.

Observa-se que a recorrente na fase da impugnação, bem como na apresentação deste recurso se defende no sentido que houve erro de preenchimento de DCTF, o que provocou inscrição na dívida ativa junto a PGFN, contudo a DRJ não apreciou este mérito, apenas, remetendo que fosse conhecido e analisado em outro processo.

Tendo em vista que constam nos autos, os seguintes documentos:

- execução fiscal da dívida ativa, com numeração 99.0084970-1, à fl. 09;

- petição do Procurador da Fazenda Nacional, sr. José Paulo Meira Filho, à Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, solicitando extinção da

M/26

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

execução em face do pagamento integral da dívida executada, em 28/08/2000, à fl. 23;
e

- a conclusão do judiciário extinguindo o processo em face da
liquidação do débito em 06/09/2000, à fl. 37.

Pelo exposto, a empresa foi excluída em 02/10/2000, anteriormente
a esses fatos levantados acima e também não observados ao longo dos autos,
implicando em demonstrar que o respectivo Ato não exprime claramente que
pendências a empresa estava com seu débito inscrito, se é da empresa ou dos sócios, e
de que sócio, ficando dessa forma, impossível saber a que débito se refere, bem como
fica difícil saber a origem dessa pendência declarada e inscrita na dívida junto a
PGFN. Percebe-se, portanto, a não clareza da motivação do Ato.

Destarte, o art. 9º da Lei nº 9.317/96, ao dispor sobre a exclusão do
Simples, estabelece, *verbis*:

*"Art. 9º 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;
(...)"*

Bem como o art. 15º, § 3º da citada Lei que foi acrescida pelo art. 3º
da Lei de nº 9.732/98, *verbis*:

Art.15.....
.....

*§ 3º 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."(grifos não são do original)*

A norma retrotranscrita determina, de forma inequívoca, que ficam
excluídas da sistemática do Simples as empresas que tiverem débitos inscritos em
Dívida Ativa da União ou do INSS, o que implica deverem os atos declaratórios de
exclusão conter informações que indiquem com suficiência e clareza quais os débitos
que motivaram a exclusão da empresa optante dessa sistemática simplificada de
pagamento de tributos e contribuições.

O comunicado de exclusão do Simples formalizado através do Ato
Declaratório nº 295.709 anexado à fl. 36 tem caráter abrangente, de forma a tão-
somente discriminar como motivo de exclusão a existência de "Pendências da

M/De

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

empresa e/ou Sócios junto a PGFN". O referido ato não preenche as exigências previstas na legislação para a produção dos efeitos a que se propõe, tendo em vista que não indica os débitos existentes em nome da recorrente, que teriam sido objeto de inscrição na PGFN.


Assim sendo, entendo que o ato de exclusão objeto de lide não possui os elementos necessários para o fim a que se destina, sendo insuficiente a tão-só indicação de existência de "pendências" para a exclusão da empresa do Simples, o que implica, a caracterização da preterição do direito de defesa prevista no art. 59, inc.II, do Decreto nº 70.235/1972.

Tendo em vista que a lide só se instaura com a impugnação e esta só é possível pela informação que se extrai através do contraditório. No caso em foco, o contribuinte foi informado apenas que o mesmo tem "pendências" junto a PGFN.

Portanto, com a defesa nasce o contraditório que são princípios expressos no art. 5º, inc. LV da Constituição Federal. Os corolários desses princípios são a garantia da prova e a garantia da motivação, válidos tanto para o processo judicial como para o administrativo.

Diante do exposto, voto por que seja anulado o presente processo *ab initio* e concluo que não vejo necessidade de instauração de diligência ou perícia, pois se for o caso, após anulação do Ato, outro seja expedido de boa forma e bem motivado.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2005


MERCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Relatora

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Luis Antonio Flora

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.

Sucede 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.*

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

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.

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

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.*

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 seu 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.

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

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 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

Processo nº : 13708.002052/2001-94
Acórdão nº : 302-36.892

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 acompanhar a proposta de declaração de nulidade do ato declaratório que inaugura este processo.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2005


LUIS ANTONIO FLORA - Conselheiro