



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13807.011309/99-87
SESSÃO DE : 18 de fevereiro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163
RECURSO Nº : 125.291
RECORRENTE : ESCOLA DE 1º GRAU BAMBALALÃO S/C LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

PROCESSUAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRESSUPOSTOS
CPC, ART. 535 – OMISSÃO - NORMAS PROCESSUAIS -

Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

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 que deve ser declarado nulo.

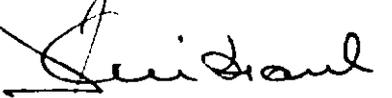
ANULADO O PROCESSO DESDE O INÍCIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos da Fazenda Nacional e declarar a nulidade do AD de exclusão do simples, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 18 de fevereiro de 2004


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


IRINEU BIANCHI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, PAULO DE ASSIS, NILTON LUIZ BARTOLI, e FRANCISCO MARTINS LEITE CAVALCANTE. Ausente o Conselheiro CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANDREA KARLA FERRAZ.

RECURSO Nº : 125.291
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163
RECORRENTE : ESCOLA DE 1º GRAU BAMBALA LÃO S/C LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : IRINEU BIANCHI

RELATÓRIO

A ESCOLA DE 1º GRAU BAMBALALÃO S/C LTDA., foi desenquadrada do SIMPLES através do Ato Declaratório nº 150.923 por exercer atividade econômica não permitida para o referido sistema e por apresentar pendências junto à PGFN.

A DRJ/SPOI, através do Acórdão de fls. 47 e segs. manteve o desenquadramento, tendo a interessada interposto Recurso Voluntário daquela decisão.

Pelas razões consignadas na ementa do acórdão, esta Câmara deu provimento ao recurso da contribuinte, in *verbis*:

SIMPLES - OPÇÃO - EXERCÍCIO DE ATIVIDADES - CRECHES, PRÉ ESCOLA E ESTABELECIMENTOS DE ENSINO FUNDAMENTAL. Pelo art. 1º da Lei nº 10.034/2000, ficam excetuadas da restrição de que trata o art. 9º inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, as pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental. Sendo que, a IN/SRF nº 115/2000, no parágrafo 3º de seu artigo 1º, § 3º, determina que fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas mencionadas que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os requisitos legais (art. 96, c/c 100, inciso I, do CTN).

Tomando ciência da decisão, o Exmo. Sr. Procurador da Fazenda Nacional, interpôs Embargos de Declaração com efeitos infringentes, objetivando a reforma da decisão (fls. 83/85).

Motivou a interposição dos Embargos Declaratórios, a constatação de “que o v. Acórdão foi OMISSO ao não ter analisado o fato da contribuinte-embargada ter COMPROVADAMENTE inscrições em dívida ativa, hipótese esta, autorizativa de sua exclusão do SIMPLES”.

É o relatório.

RECURSO Nº : 125.291
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163

VOTO

Prescreve o Código de Processo Civil, aqui invocado para suplementar as normas do Decreto nº 70.235/72:

Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculos;

II – por meio de embargos de declaração.”

Não obstante diga o Código de Processo Civil que são admissíveis embargos de declaração somente quando na sentença ou no acórdão houver obscuridade, contradição ou omissão, os tribunais reconhecem que se prestam também à correção de erro material ou de equívoco manifesto. Nessas circunstâncias, confere-se-lhes efeitos infringentes. A respeito do tema, da doutrina colaciono as lições que seguem:

“Ainda que o objetivo específico dos embargos declaratórios seja suscitar um novo pronunciamento de sentido interpretativo e não infringente, algumas vezes os tribunais, sem meios outros para corrigir flagrantes injustiças (como as resultantes de não conhecimento de recurso por intempestivo, embora provada materialmente a tempestividade, de não conhecimento por defeito material inexistente, de julgamento de matéria diversa da objetivada pelo recurso, etc.), através deles modificam substancialmente as decisões embargadas” (Seabra Fagundes, Dos embargos de declaração, in RF 117/10).

É possível formular-se a seguinte conclusão: ‘É admissível, excepcionalmente, a alteração do julgado em sede de embargos declaratórios, quando houver, no acórdão, contradição entre o fundamento e o decisum ou em caso de manifesto erro material, cujo reconhecimento não implique reexame de prova ou da tese jurídica adotada na decisão embargada” (João Batista Lopes, Alteração do julgado em embargos de declaração, in RT 643/227).

RECURSO Nº : 125.291
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163

'Por lapso manifesto há de entender-se o erro, engano ou equívoco de caráter notório, patente, irrecusável, que se verifique *ictu oculi*, à primeira vista. Esse caráter de evidência ou de irrecusabilidade tanto se pode verificar nas inexatidões materiais ou nos erros de escrita ou de cálculo. Se isso é necessário para que a retificação se legitime ou se imponha é isso também suficiente para que a correção da sentença, com esse fundamento se efetue"' (Sônia Hase de Almeida Batista, Erro de cálculo e trânsito em julgado, in RP 54/252).

A inexatidão material ou, na linguagem da lei, o erro material passível de retificação, diz respeito àquele equívoco involuntário, completamente desvinculado da vontade do subscritor da decisão e, portanto, perceptível primo *ictu oculi* da simples leitura da sentença.
(...)

Nessas hipóteses, pouco importa se houve a simples publicação ou se operou-se o trânsito em julgado da decisão, em qualquer dessas circunstâncias poderá ser feita a correção, desde que a retificação seja feita pelo juízo prolator"' (Sérgio Gilberto Porto, Comentários ao código de processo civil, RT, 2000, v. 6, p. 132).

Ao princípio de irretratabilidade da sentença de mérito, pelo mesmo julgador que a proferiu, a lei abre duas exceções, admitindo sua alteração nas seguintes hipóteses:

I – A primeira se refere às 'inexatidões materiais' e 'erros de cálculo', vícios que se percebem à primeira vista e sem necessidade de maior exame, tornando evidente que o texto da decisão não traduziu 'o pensamento ou a vontade do prolator da sentença'. A correção do erro, in casu, poderá ser feita a requerimento da parte, ou, ex officio, pelo juiz (Código de Processo Civil, art. 463, nº I)" (Humberto Theodoro Júnior, Curso de direito processual civil, Forense, 1996, 18ª ed., v. 1, p. 513-4).

Paulatinamente, os tribunais vêm ampliando as hipóteses de admissibilidade dos embargos de declaração com efeito modificativo do julgado. As peculiaridades de cada caso é que ditam a conveniência em assim recebê-los, sempre para atender aos princípios da instrumentalidade e da celeridade do processo. Citando julgado do Supremo Tribunal Federal, Theotonio Negrão alude à tendência dos tribunais de conferir maior amplitude aos embargos de declaração:

O STF sempre admitiu embargos de declaração com maior amplitude que os outros tribunais (v. RISTF 337, nota 3). Hoje, esse maior elastério do recurso vai se tornando pacífico nas demais

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.291
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163

Cortes judiciárias do país” (Código de processo civil e legislação processual civil em vigor, Saraiva, 2000, 31ª ed., nota 8 ao art. 535).

Julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região registra que “muito embora os embargos de declaração tenham sido intempestivos, pode o juiz ou tribunal, de ofício, corrigir a contradição apontada, desde que trate de flagrante erro material na elaboração da sentença ou acórdão. Embargos não conhecidos” (Processo n.º 1991610783-74, Juiz Severino Rodrigues). Há outros arestos no mesmo sentido:

“Doutrina e Jurisprudência têm admitido o uso de embargos declaratórios com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para a correção do erro cometido” (REsp n.º 1.757, Min Sálvio de Figueiredo).

O efeito modificativo dos embargos de declaração, admitido por construção doutrinário-jurisprudencial, somente tem guarida em casos excepcionais, de erro manifesto ‘in procedendo’ e inexistência de via adequada à sua correção, o que incorre na espécie (EDREsp n.º 32.975, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Mesmo não sendo os Embargos recurso propício a dar efeitos infringentes às decisões judiciais, as vezes as situações postas terminam, em caráter excepcionalíssimo, por impor tais efeitos (EDRESP n.º 270.433, Min. Edson Vidigal).

Constatado o erro, é possível a correção ex officio. Isto pode ocorrer no julgamento dos embargos declaratórios, mesmo que o embargante não tenha argüido a imperfeição. Não há em tal retificação qualquer ofensa ao Art. 535 do CPC (REsp n.º 57.031, Min. Humberto Gomes de Barros).

Se o acórdão aprecia tese jurídica distinta da deduzida no apelo nobre, impõe-se seja corrigido o erro material em sede de embargos de declaração” (EDREsp n.º 136.203, Min. Vicente Leal).

Em voto consignado quando do julgamento dos embargos de declaração no Mandado de Segurança n.º 287, relatado pelo Ministro Peçanha Martins, anotou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

“Os embargos declaratórios podem, sem dúvida alguma, ter efeitos modificativos. Sempre votei nesse sentido no antigo Tribunal

RECURSO Nº : 125.291
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163

Federal de Recursos. Os precedentes do Supremo, acerca da matéria, são numerosos. Assim tenho entendido não só em razão desses precedentes, mas também em face dos dispositivos do próprio Código de Processo Civil. Diz o art. 463 que, 'ao publicar a sentença de mérito, o Juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional', só podendo alterá-la, inciso II, 'por meio de embargos de declaração'. Então, o Código admite que possa ser o julgado alterado por meio de embargos de declaração. Da mesma forma, sempre sustentei a aplicação desse dispositivo no segundo grau de jurisdição. Assim entendo, porque os embargos são cabíveis na segunda instância, segundo se verifica no art. 535 do mesmo Código de Processo Civil, com a mesma amplitude em que são aceitos no primeiro grau de jurisdição. E, mais ainda, esses embargos podem ter efeitos modificativos com certas restrições. Sobre o tema, o Regimento do Supremo contém um dispositivo que é muito claro. Eis o que diz o seu art. 338:

'Se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro ponto da causa tiver de ser apreciado como consequência necessária'" (RSTJ 39/289).

Como se verá, essa introdução tem pertinência com o caso *sub examine*.

Efetivamente, a decisão embargada não analisou um dos motivos que ensejaram a exclusão da contribuinte do SIMPLES.

Todavia, 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

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

¹ Direito Administrativo, 8ªed., 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; (...)"

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.291
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163

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.

(…)”

No caso presente, é possível verificar do Ato Declaratório nº 128.295, de 9 de janeiro de 1999, que o motivo da exclusão do SIMPLES foi “pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS” e “pendências da empresa e/ou sócios junto a PGFN”.

“Pendências da empresa e/ou sócios junto a PGFN e 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 consta do Ato Declaratório.

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 e que não esteja com a exigibilidade suspensa é que é vedada a opção pelo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.291
ACÓRDÃO Nº : 303-31.163

SIMPLES. Portanto, “pendências da empresa e/ou sócios junto a PGFN e ao INSS” sequer é um fato que se subsume à norma.

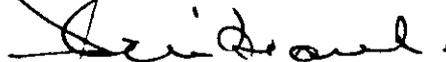
Fica evidente o vício na forma do ato declaratório. A seguir-se a lição do Ilustre Professor Seabra Fagundes, este é um ato nulo, pois viola regra fundamental relativa à forma, havida como de obediência indispensável por sua menção expressa na lei.⁴

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. É caso claro de aplicação do disposto no artigo 59 do Decreto 70.235/72.⁵

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, acolho os embargos de declaração e voto pela nulidade do processo *ab initio*.

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2004



IRINEU BIANCHI - Relator

⁴ 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.”

⁵ 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; (...)”



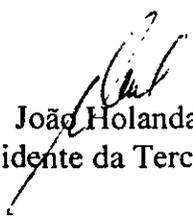
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n.º:13807.011309/99-87
Recurso n.º 125.291

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 nº 303.31.163

Brasília - DF 17 de março de 2004


João Holanda Costa
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: