



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	13874.000082/2002-25
Recurso n°	135.616 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	303-34.531
Sessão de	05 de julho de 2007
Recorrente	BOB FILMS LTDA.
Recorrida	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Exercício: 2004

Ementa: SIMPLES. NULIDADE. VÍCIO DE FORMA. SÚMULA 3ª CC nº. 2: “É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, declarar a nulidade do processo *ab initio*, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

A presente lide traz a indignação do contribuinte frente ao Ato Declaratório de Exclusão DRF/IRF em Sorocaba, de n.º 341.460 (fls. 21), emitido em 02/10/2000, que o declarou excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, face ao exposto: “Pendências da Empresa e/ou Sócios junto a PGFN”.

A Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão do Simples foi indeferida pela DRF em Sorocaba/SP (fls. 04 e 04 v.), diante da qual, mostrando sua inconformidade, o contribuinte apresentou tempestiva impugnação, fls. 01, e documentos de fls. 02/10, aduzindo, sucintamente, que apresentou comprovantes de que os processos cobrados pela PFN são indevidos, contudo, não foi possível agilizar o andamento desses processos, tendo em vista a morosidade da Receita Federal, de maneira que não pode ser penalizado com sua exclusão do SIMPLES.

Apresenta, junto à sua impugnação, ‘Certidão quanto à Dívida Ativa da União’, ‘negativa’ (fls. 09), datada de 07/02/2002.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, esta julgou indeferido o pedido do contribuinte (fls.44/48), como segue a ementa:

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

Ano-calendário: 2000

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA .

A existência de débito inscrito na dívida ativa da União é hipótese impeditiva do enquadramento da pessoa jurídica no Simples.

Solicitação Indeferida”

Ressalta o r. Julgador monocrático que:

“Pelos pesquisas juntadas às fls. 28/41 verifica-se que à época do ato declaratório havia sete (07) inscrições em dívida ativa, sendo que as duas (02) inscrições mencionadas pela contribuinte, relativas aos processos 10875.228227/97-14 e 10875.228228/97-79 (fls. 30/34), foram extintas por cancelamento, bem assim a inscrição relativa ao processo 10855.202451/99-78 (fl. 38). As inscrições relativas aos processos 10875.228226/97-43 (fls. 28/29), 10855.202449/99-26 (fls. 34/35) e 10855.202450/99-13 (fls. 36/37) foram extintas por pagamento em 31/01/2001, portanto, dentro do prazo para apresentação da SRS.

Por outro lado, a inscrição 80 6 99 039488-35, relativa ao processo 10855.202452/99-31 foi extinta por pagamento em 25/11/2003 (fls. 40/41), portanto, bem posterior ao prazo concedido para apresentar manifestação de inconformidade.

Ora, a regularização de pendências que motivaram a exclusão do Simples após o prazo concedido para apresentação de SRS não tem o condão de restabelecer o direito à permanência no referido sistema, isto porque pressuporia um juízo discricionário que não se harmoniza com o caráter plenamente vinculado da atividade tributária.”

Irresignado com a decisão proferida pela DRJ – Ribeirão Preto/SP o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, fls. 55/57, bem como, juntou os documentos de fls. 58/73, aduzindo que “conforme consta no RELATÓRIO da Douta DRJ/POR (fls. 45) = DOC. 1, a contribuinte apresentou, tempestivamente, em 09/04/2001, Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples (SRS) junto àquela Delegacia, contestando o débito ora inscrito na dívida ativa em virtude de os mesmos não serem devidos, fato este que após verificado deu-se como extinta por cancelamento o processo 10875.228227/97-14 e 10875.228228/97-79, 10855.202451/99. As demais inscrições relativas aos processos 10875.228226/97-43, 10855.202449/99-26 e 10855.202450/99-13 foram recolhidas dentro do prazo tempestivo para Solicitação da Revisão da Opção pelo Simples. Além disso no processo n.º. 10855.202452/99-31 estava sendo cobrado valor indevido conforme consta no demonstrativo de débitos da dívida ativa na PGFN. Por não concordarmos com este valor, foi protocolado em 31/01/2001 requerimento solicitando a baixa do valor indevido “excedente”, a fim de procedermos ao recolhimento devido, que após análise chegou-se no valor devido, que ora foi devidamente recolhido, mas por encontrar-se precluso e intempestivo em função da morosidade no julgamento do processo, a contribuinte foi excluída do regime contestado. Não se conformando com a exclusão sem motivos e motivação o contribuinte apresenta, com provas, seu pedido de RECONSIDERAÇÃO.”

Alega ainda, em síntese, que:

o § 7º do art. 22 da IN-SRF n.º. 250 de 2002, assegura ao contribuinte a permanência no regime do Simples no caso de os seus débitos serem quitados ou parcelados, no prazo de 30 dias da ciência do Ato Declaratório de exclusão;

na hipótese do inciso XIV do art. 20, fica assegurada a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples no caso de o débito inscrito ser quitado ou parcelado, no prazo de até 30 dias contados da ciência do ato declaratório a que se refere o parágrafo único do art. 23, lembrando que esta permissibilidade foi repetida na IN SRF n.º. 355 de 2003, art. 22, § 7º;

a IN/SRF n.º.009/1999 é um ato administrativo que regulamentou o Simples, vigente à época da exclusão da interessada dessa sistemática simplificada de tributação, e por ser um diploma administrativo subordinado à Lei, deve prevalecer o disposto no artigo 106, I, do CTN, que exclui a aplicação de penalidades à infração dos dispositivos interpretados.

Diante do exposto, requer seja reconsiderada a decisão de exclusão, autorizando a sua permanência no regime do Simples, enquanto os requerimentos não foram definitivamente julgados, bem como, já que segundo comprovado inexistem débitos pendentes, que seja concedido o prazo legal de 30 dias para o pagamento de eventual débito, nos termos do Parecer Cosit n.º. 65, de 25/10/99, que permite, inclusive, a regularização da situação excludente no período previsto para a manifestação do contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até as fls.77, última.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

De plano, cabe a este Relator observar se foram cumpridos pelo Recorrente os requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário, previstos no Decreto n.º 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, e no Regimento Interno deste Eg. Conselho de Contribuintes.

Dentre os requisitos necessários ao conhecimento das razões recursais está a tempestividade de sua apresentação, estipulada pelo *caput* do artigo 33 do referido Decreto, *in verbis*:

“Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.”

A respeito da ciência da decisão, dispõe o mesmo Decreto que:

“Art. 23. Far-se-á a intimação:

omissis

§2º Considera-se feita a intimação:

I – na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II – no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

III – se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

IV – 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005).”

No caso, como se pode constatar da lista de postagem juntada aos autos às fls. 54, a intimação referente à decisão proferida pela DRJ teria sido postada por meio de AR, o qual, segundo consta da informação prestada pela Agência da Receita Federal em Itapetininga/SP (fls. 76), não foi devolvido.

Vale dizer: Não houve meios para a recuperação do “AR” aqui comentado, o que torna definitiva a omissão, nos presentes autos, da efetiva data em que a Recorrente fora intimada da decisão recorrida.

Desta feita, entendo que subsiste incógnita a efetiva data da intimação, para efeitos de contagem do prazo recursal.

Em meu entendimento, a dúvida, por si só, deve em casos como o presente ser aproveitada ao Contribuinte, em razão dos princípios constitucionais da Instrumentalidade do processo e do Informalismo dos ritos processuais.

Além do que, a juntada do “AR” aos autos do processo não é ato de competência do Contribuinte, muito ao revés, é dever da Administração Pública, e falha da segunda neste sentido não pode redundar em penalização do primeiro.

Isto posto, tomo por tempestivo o Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte em 26/05/2006.

Apurado estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

No mérito, cabe ressaltar que o cerne da questão encontra-se na exclusão de contribuinte que, tendo optado pelo Simples, tenha débito seu, ou de seus sócios, inscrito em Dívida Ativa junto à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN.

A exclusão do contribuinte se deu por meio de Ato Declaratório (fls.21), emitido pela Delegacia da Receita Federal em Sorocaba/SP, que tomou como causa impeditiva à opção ao SIMPLES: “Pendências da Empresa e/ou Sócios junto a PGFN”.

Apesar de não encontrar-se devidamente fundamentado, admite-se que o ensejo da exclusão encontra-se previsto no artigo 9º, incisos XV e XVI, da Lei 9.317/96, os quais estabelecem que não poderá optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – 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.

...”

Ocorre que o Ato Declaratório é ato administrativo e privativo da autoridade administrativa, que tem o poder de aplicar o direito e reduzir a norma geral e abstrata em norma individual e concreta, portanto, mas que um poder, é um dever de aplicar a norma, de forma vinculada, porque a lei é que deve estabelecer requisitos para a atuação da Administração Pública.

Note-se que independentemente de qualquer norma específica quanto ao Simples, o ato administrativo deverá sempre ser vinculado, ou seja, ser realizado segundo os

ditames normativos legais, tanto no que tange às normas de competência que possibilitam o exercício da fiscalização, como no que tange às normas jurídicas atinentes ao Simples, que estabelecem os limites e os sujeitos passivos a quem se destinam os benefícios oferecidos pelo sistema.

A Lei 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina em seu artigo 2º, que a administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

O artigo 50 do mesmo dispositivo legal determina que os atos administrativos sejam motivados e que indiquem os fatos e fundamentos jurídicos que o originaram quanto se tratar de atos que:

“(…)

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(…)

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. ” (grifei)

Na lição de Hely Lopes Meirelles, a motivação deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda¹.

E da simples análise do Ato Declaratório do caso em questão, juntado aos autos às fls. 21, verifica-se que houve inadequação, ou imprecisão do motivo que ensejou o ato, uma vez que o motivo da exclusão foi simplesmente “Pendências da Empresa e/ou Sócios junto a PGFN”, sem qualquer discriminação acerca de quais seriam tais pendências.

Resta claro que a autoridade fiscal não trouxe fundamento legal para o ato administrativo que praticou, e que desta forma, não cumpriu a determinação prevista no artigo 50 da Lei 9.784/99.

Muito embora se possa presumir que o fundamento legal sejam os incisos XV e XVI, do artigo 9º da Lei 9.317/96, não há menção no ato quanto ao dispositivo legal infringido e não há que se admitir no caso a presunção, mesmo porque, como saber qual dos incisos fora infringido e de que forma fora infringido.

Ressalte-se, ainda, que não consta do ato de exclusão informação conclusiva no sentido de a que se referem, efetivamente, os débitos junto à PGFN.

Impossível, pois, reconhecer que o fato descrito no Ato Declaratório tenha acarretado em subsunção à norma do artigo 9º da Lei 9.317/96.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª. edição. Malheiros Editores. São Paulo: 1998. p. 177.

Por oportuno, cabe destacar aresto da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, n.º 301-32977, proferido pelo Conselheiro José Luiz Novo Rossari, em 11/07/2006:

“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 da empresa ou de sócios perante a PGFN, nem sua inscrição em Dívida Ativa, limitando-se a consignar a existência de pendências junto a esse órgão.

PROCESSOANULADO AB INITIO”

Conclui-se, portanto, que houve vício de forma na execução do Ato Declaratório, posto que houve omissão de formalidade indispensável à existência ou seriedade do ato, o que o torna um ato nulo, tendo em vista que nasceu “afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo.” (MEIRELLES, Hely Lopes. o. citada).

Tendo nascido o ato nulo, não produz qualquer efeito válido entre as partes, já que o ato é ilegítimo ou ilegal e não se exigem direitos contrários à lei.

Dessa forma, pode o julgador desde logo extinguir o processo sem apreciação do mérito, haja vista que encontrou um defeito insanável nas questões preliminares de formação na relação processual, qual seja a inobservância do artigo 50, inciso I, da Lei 9.784/99, uma vez que o Ato Declaratório que motivou a exclusão do contribuinte da sistemática Simples, não se encontra devidamente motivado, com a descrição dos fatos e fundamentos legais que lhe conferem origem.

Além do que, nos termos do artigo 59, do Decreto 70.235/72, são nulos os despachos e decisões que tenham sido proferidos com preterição do direito de defesa, o que se aplica ao presente, já que o vício de forma verificado no Ato Declaratório impossibilita a defesa adequada ao contribuinte.

Agir de outra maneira, frente a um vício insanável, importaria subverter a missão do processo e a função do julgador.

No mais, tal questão já se encontra assentada no âmbito deste Conselho, através da Súmula 3ºCC n.º 2:

“É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.”

Diante do exposto, julgo pela ANULAÇÃO DO PROCESSO, “*ab initio*”, por



ausência de formalidade legal essencial, para declarar nulo o Ato Declaratório constante dos autos, juntado às fls.21.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de julho de 2007


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator