



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

Processo nº 13875.000098/2003-17
Recurso nº 139.001 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.637
Sessão de 11 de setembro de 2008
Recorrente SANTA RITA FLORESTAL LTDA.
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS
E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE
PEQUENO PORTO - SIMPLES**

ANO-CALENDÁRIO: 1998

SIMPLES - NULIDADE - CITAÇÃO POR EDITAL.

A intimação por edital deve ser precedida, comprovadamente, de todos os meios possíveis tendentes à localização e intimação pessoal ou por via postal do contribuinte, e estes restarem improfícuos.

SIMPLES - NULIDADE - VÍCIO DE FORMA.

SÚMULA 3ºCC 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.”

PROCESSO ANULADO

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 e do processo *ab initio*, nos termos do voto do relator.

ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator


Arol

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de pedido de inclusão ao Sistema Integrado de Pagamento dos Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, com data retroativa a 01/01/98, apresentada pelo contribuinte às fls.01.

Instrui o referido pedido, os seguintes documentos: CNPJ (fls.02), Contrato Social (fls. 03/06), Alteração Contratual (fls.07/11); Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica – FCPJ (fls.12/13); Cédula de Identidade e CPF/MF do sócio (fls.16/17).

Encaminhado o pedido para o Serviço de Controle de Acompanhamento Tributário – SECAT, este indeferiu o pleito do contribuinte (fls.58/59), fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

O contribuinte foi excluído do Simples em 01/01/98, em razão de possui débitos junto a PGFN;

conforme consultas aos sistemas PGFN/CIDA (fls.24/26 e 33/35) e SIVEX (fls.54), foi constatado a existência de débitos inscritos na dívida ativa da União, hipótese vedada pelo artigo 9º, inciso XV da Lei nº 9.317/96, à opção pelo regime simplificado, acarretando sua exclusão do Simples a partir de 01/11/2000;

o contribuinte foi cientificado em 10/11/2000 do Ato Declaratório de Exclusão – ADE, nº 358082, através de edital afixado na DRJ em Sorocaba (fls.52/53);

conforme consulta de fls.56, desde agosto/98 o contribuinte vem declarando e recolhendo seus tributos como se optante do Simples fosse;

a empresa ainda possui em aberto os débitos inscritos junto à PGFN relativos aos processos nºs 10855-231019/98-40 e 10855-231020/98-29, além de outros débitos inscritos também junto à PGFN em 30/04/99, 06/08/99 e 28/03/2002 (fls.27/30, 29/32, 36/37, 40/43 e 46/51).

O contribuinte foi cientificado do indeferimento de seu pedido (AR – fls.62), apresentando tempestivamente sua manifestação de inconformidade (fls.66/77), na qual em síntese alega:

em 23/01/1998, solicitou o enquadramento no Simples através do FCPJ protocolado junto a Agência da Receita Federal de Itapeva-SP, e ao enviar a DIRPJ 2003/2002, surpreendeu-se com a informação de sua exclusão;

afirma não possuir débitos junto ao INSS, PGFN e Receita Federal;

a decisão que indeferiu o pedido de inclusão retroativa no Simples é nula, visto que a Secretaria da Receita Federal – SRF excluiu o contribuinte através de ato unilateral;

a ilegalidade é flagrante na medida em que a SRF não reconhece como válidos os recolhimentos dos tributos feitos na época própria;

os débitos fiscais foram pagos e aceitos pela PGFN, contudo, esta não efetuou a baixa destes, constando em seu sistema, até hoje, valores em abertos que foram devidamente recolhidos há mais de 3 anos;

a alegação de haver débitos não condiz com a realidade, pois desde a época da opção pelo Simples, o contribuinte pagou e cumpriu com suas obrigações tributárias;

os Princípios Constitucionais elencados no artigo 37, caput, da CF, quais sejam: Legalidade, Publicidade, Impessoalidade, Moralidade e Eficiência, não foram respeitados pela administração pública;

a SRF/DRF deixa de aplicar os Princípios Administrativos da Legalidade, Publicidade e Eficiência;

necessário se faz o levantamento de informações a fim de que seja reconhecido os pagamentos efetuados;

a inclusão retroativa deve ser imediata, visto que inexistindo débitos à época, não há razão para a exclusão, além do que, ausente foi a informação do ato que determinou a exclusão, podendo a manutenção da decisão recorrida resultar em grande prejuízo à empresa;

discorre sobre o Princípio da Função Social, no qual a propriedade não é só um direito do proprietário, mas também um dever, direcionado ao bem comum;

o ato unilateral da administração pública de excluir o contribuinte do Simples fere Princípios Constitucionais, abalando suas atividades fiscais, comerciais e financeiras;

a apresentação das DIRPJ dentro do regime Simples, além dos recolhimentos (docs. anexos), comprovam a presença da boa-fé do contribuinte;

a boa-fé tem por escopo proteger a parte mais fraca da relação, que no presente caso, é o contribuinte;

o processo deve se revestir de ética, resultando em lealdade e boa-fé, levando a decisão mais próxima da verdade real;

cita a Lei de Recuperação Empresarial, enfatizando que a sobrevivência das empresas depende de uma proteção maior à parte mais fraca;

o Fisco também deve revestir-se dos ideais supramencionados, não só fiscalizando e arrecadando, mas propiciando aos contribuintes condições para tanto;

a utilização de má-fé do contribuinte deve ser afastada, pois esta tem que ser provada, o que não acontece no presente caso.

Por fim, requer a procedência do pedido de inclusão com data retroativa. Outrossim, requer que seja declarada como ato ilegal, a mencionada decisão de indeferimento, bem como, haja a expedição de ofício ao órgão competente para levantamento dos pagamentos efetuados à época.

Anexa aos autos as DARF's/2002 (fls.78/79) e as Declarações Anuais Simplificadas dos anos-calendário 1999 a 2005 (fls.80/134).

Desta forma, os autos foram remetidos para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ em Ribeirão Preto, a qual deu procedência parcial a manifestação de inconformidade do contribuinte, indeferindo o pedido de inclusão no Simples com efeito retroativo, e admitindo os efeitos da exclusão a partir de junho de 2003, face sua notificação ter sido realizada por edital, dificultando a fixação precisa da data dos efeitos de sua exclusão, nos termos da seguinte ementa:

"ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTO - SIMPLES

Ano-Calendário: 1998

SIMPLES: PEDIDO DE INCLUSÃO RETROATIVA. DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA.

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

INTIMAÇÃO POR EDITAL.

A intimação por edital, prevista no inciso III do art. 23, do Decreto nº 70235/72, só pode ser utilizada quando resultarem improfícuos os meios elencados no inciso I e II do mesmo dispositivo legal.

Solicitação Deferida em Parte"

Inconformado com a decisão proferida, o contribuinte interpôs tempestivo (AR – fls.147) Recurso Voluntário às fls.148/161, no qual reitera os argumentos de sua peça impugnatória e acrescenta em suas alegações que o edital de intimação deve ser declarado nulo, na medida em que o órgão competente não cumpriu o disposto nos incisos I e II do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

"Far-se-á a intimação:

I – Pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II – Por via postal ou telegráfica, com prova de recebimento;

(...)"

Aduz ainda que, a ausência da intimação do ADE não se justifica, visto que todas as intimações, citações e notificações sempre foram feitas e recebidas no endereço desta, verificando assim, clara afronta ao princípio da ampla defesa e contraditório.

Diante do exposto, o contribuinte requer a nulidade da decisão de 1ª instância, para que seja deferido o pedido de Inclusão no Simples com data retroativa. Outrossim, requer a declaração de nulidade da decisão de indeferimento, por inobservância dos princípios constitucionais, bem como a expedição de ofício aos órgãos competentes, objetivando o levantamento dos pagamentos efetuados.

Instrui o Recurso Voluntário os seguintes documentos: Notificação endereçada à empresa (fls.162); Guias de Arrecadação Estadual - períodos 2002 a 2005 (fls.163/200 e 207); Cópia da impugnação feita em processo de Embargos à Execução Fiscal e respectiva notificação (fls.203/206); Cópia de petição em processo de Execução Fiscal juntando parcelas quitadas junto à PGFN (fls.208/241).

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 18/06/2008, em dois volumes, numerado até a fl. 242, penúltima.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de/25/08/99.

É o relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Apurado estarem presentes e cumpridos os requisitos de admissibilidade, conhecimento do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Eg. Conselho de Contribuintes.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se a exclusão da Recorrente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

De acordo com o relatado, o presente feito decorre, preliminarmente, da nulidade do Ato Declaratório nº 358062, e no mérito, à exclusão, pelo fato de incorrer em vedação legal, qual seja, possuir débitos junto à PGFN.

Nesse sentido, alega o contribuinte que não foi notificado da exclusão, restando prejudicado seu direito ao contraditório e ampla defesa. Todavia a decisão recorrida reconhece que não foi observado o disposto no art. 23 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, porém considera o contribuinte cientificado da exclusão na data em que apresentou sua petição de fl. 01, ou seja, em 23/05/2003.

Nessa esteira, para que a notificação seja considerada válida, esta deverá atender ao disposto no art. 23 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações havidas pela Lei nº 9.532/97, o qual estatui:

"Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar.

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

*a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou
b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.*

§ 1º Quando resultar improíbido um dos meios previstos no caput

deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local." (g.n.)

Segundo os ditames da norma acima, verifica-se de plano, que não existe qualquer hierarquia entre as três formas de se intimar o contribuinte (de forma pessoal, postal ou magnética). Em outras palavras, a Fiscalização poderá adotar qualquer uma das três modalidades, sem preferência de ordem. Contudo, é notório que a intimação por edital dar-se-á somente quando forem esgotados todos os outros meios de intimação.

Conforme se depreende dos documentos constantes nos autos, realmente houve a citação por edital em 10/11/2000, porém não há qualquer indício que ouve a tentativa de citação postal ou pessoal para que assim houvesse a citação por edital.

Tenho o particular entendimento que a citação é fundamental para que se instaure o processo, conforme preceitua o artigo 214 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu."

Assim, entendo que supri-la contraria o princípio do contraditório e da ampla defesa, ou seja, em preterição de direito de defesa, caracterizando em nulidade, conforme o disposto no art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/1972, transscrito abaixo:

"Art. 59. São nulos:

(...)

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa." (g.n)

Quanto a este ponto, a jurisprudência deste Conselho tem-se firmado favoravelmente à tese esposada pelos Peticionários, qual seja, que a citação por edital só será considerada quando restar improfícua todos os outros meios determinados em lei. Vejamos:

Número do Recurso: 140539

Câmara: SEGUNDA CÂMARA

Número do Processo: 10935.002914/2003-79

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPF

Recorrente: FÁTIMA REGINA FERREIRA CANTO BOTELHO

Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Data da Sessão: 16/08/2006 00:00:00

Relator: Naury Fragoso Tanaka

Decisão: Acórdão 102-47824

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CIÊNCIA POR

EDITAL - Até a vigência da Lei 11.196/2005, somente era cabível a intimação do lançamento por edital quando restasse improfícua tanto a ciência pessoal quanto a postal. Verificado nos autos que a

fiscalização não esgotou os meios ordinários de ciência, é nulo o edital.

Número do Recurso: 129743

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10166.016813/99-78

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: SIMPLES - EXCLUSÃO

Recorrida/Interessado: DRJ-BRASILIA/DF

Data da Sessão: 20/10/2005 10:00:00

Relator: IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES

Decisão: Acórdão 301-32198

Resultado: APU - ANULADO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Decisão: Por unanimidade de votos, anulou-se o processo ab initio.

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. A intimação do contribuinte por edital somente poderá ser utilizada caso resultem improfícuos os demais meios de intimação previstos pela lei.
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.NULIDADE. São nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade.
PROCESSO ANULADO AB INITIO.

Assim, considero que a citação por edital não comprovou a intimação da Recorrente, dada a inobservância da forma prescrita em norma para a sua expedição e a não comprovação de qualquer outra tentativa da autoridade administrativa de localizar o contribuinte.

E mais.

Traz o mencionado processo uma outra nulidade.

A exclusão do contribuinte se deu por meio de Comunicação de Exclusão, emitido pela Delegacia da Receita Federal em Sorocaba, que trouxe como motivo “Pendências da Empresa e/ou Sócios junto a PGFN”, constante às fls. 52/53.

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;

9


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/Comunicação de Exclusão 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 funda.¹

E da simples análise do Ato Declaratório do caso em questão, constante às fls. 52/53, 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.

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

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 os fundamentos legais 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.

Por oportuno, cabe destacar arresto da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, nº 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.
PROCESSO ANULADO "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.

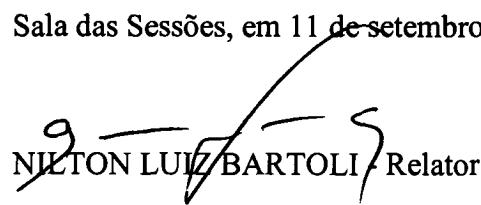
No mais, tal questão já se encontra assentada no âmbito deste Conselho, através da Súmula 3ºCC nº 2:

“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.”

Diante do exposto, julgo pela ANULAÇÃO DO PROCESSO, “*ab initio*”, por ausência de formalidades legais essenciais, para declarar nulo o Ato Declaratório que excluiu o contribuinte do Simples, bem como, a forma como procedeu sua intimação.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de setembro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI Relator