



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

Processo nº 13890.000625/2002-14
Recurso nº 135.294 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.523
Sessão de 21 de maio de 2008
Recorrente PEDRO VALENTE ME.
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: 2000

SIMPLES. INCLUSÃO. NULIDADE. SÚMULA 2 do 3º CC.
EXCLUSÃO INDEVIDA

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. Súmula nº 2 do 3º CC.

PROCESSO ANULADO *AB INITIO*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anular o processo *ab initio*. Súmula nº 2.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "OTACÍLIO DANTAS CARTAXO".
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente

A handwritten signature in black ink, appearing to read "JOÃO LUIZ FRECONAZZI".
JOÃO LUIZ FRECONAZZI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Cardozo Miranda, Luciano França Sousa (Suplente) e José Fernandes do Nascimento (Suplente). Ausentes as Conselheiras Valdete Aparecida Marinheiro, Susy Gomes Hoffmann e Irene Souza da Trindade Torres.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o Acórdão DRJ/RPO n.º 10.784, de 23 de fevereiro de 2006, da 5.^a Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP (fls. 66/), que, por unanimidade de votos, indeferiu solicitação de inclusão no SIMPLES, por entender que a pessoa jurídica, cujo sócio que participe do seu capital com mais de 10% esteja inscrito em dívida ativa da União, sem que a exigibilidade esteja suspensa, não pode exercer a opção pelo SIMPLES.

Transcrevo a seguir, parte do Relatório da autoridade julgadora de primeira instância:

"A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório nº 346.926 emitido em 09/09/2000 pelo Sr. Delegado da Receita Federal em Piracicaba, foi excluída a partir de 01/11/2000 do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 e alterações posteriores, em virtude de pendências da empresa e/ou sócios com a PGFN. Isto é o que se depreende da pesquisa no Sistema Sivex (fl. 31). À fl. 32 consta a existência de um débito inscrito em dívida ativa da União, em 18/06/1996, em nome do sócio Pedro Valente.

Em 27/09/2002 a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fl.01) contra o ato declaratório alegando, em síntese, que não recebeu qualquer notificação sobre a exclusão do Simples e que somente tomou conhecimento da exclusão em setembro de 2002 quando solicitou uma certidão negativa de débitos. Acrescentou que acredita que a exclusão tenha sido em virtude de falta de recolhimento do Simples nos meses de outubro a dezembro de 1997, pois não exerce qualquer atividade impeditiva, nem possui débito com a Previdência Social, razão pela qual solicita sua permanência no Simples com data retroativa à data da exclusão (01/11/2000), tendo em vista que já providenciou os pagamentos dos referidos débitos.

A Delegacia da Receita Federal em Piracicaba, por meio do despacho decisório de fls. 38/41, indeferiu a solicitação da interessada ao argumento de que a interessada foi cientificada do ato declaratório, por meio do edital nº 013/2000 (fls. 35/37) e não tomou qualquer medida tempestiva contra o ato de exclusão e, além disso, existe 01 (uma) inscrição de débito em dívida ativa, em nome do sócio Pedro Valente, datada em 18/06/1996, que se encontra na situação ativa ajuizada, fato que impede sua opção e permanência no Simples.

À fl. 49 consta despacho datado em 04/04/2005 informando que a contribuinte tomou ciência do despacho decisório de fls. 38/41 em 23/02/2005 (AR de fl. 46) e que havia transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias sem a apresentação da manifestação de inconformidade.

À fl. 50 consta manifestação de inconformidade, datada em 17/03/2005, sem o carimbo de recepção do órgão, na qual a contribuinte reitera a alegação de que não recebeu notificação da exclusão, nem tomou conhecimento do edital, e acrescenta que o débito inscrito em dívida ativa, objeto da exclusão do Simples, se encontra pendente de julgamento como prova a Certidão de Objeto e Pé (Processo nº 587/96), datada em 14/03/2005, anexada à fl. 53.

Esta Turma de Julgamento, por meio da Resolução de fls. 55/56, baixou o processo em diligência para que a repartição de origem confirmasse ou não a perda do prazo para apresentação da manifestação de inconformidade.

Em atendimento, a repartição de origem informou que os documentos juntados às fls. 59/61 indicam que a postagem da manifestação de inconformidade se deu em 17/03/2005 e o recebimento pela Delegacia de Julgamento se deu em 18/03/2005 e que, portanto, não houve a perda de prazo.

A autoridade julgadora de primeira instância julgou improcedente o pedido e indeferiu a solicitação de inclusão no SIMPLES, em razão de sócio participante da sociedade possuir débito inscrito em dívida ativa da União.

Inconformada, a querelante interpôs recurso voluntário alegando em síntese que o crédito tributário objeto de execução fiscal encontra-se com exigibilidade suspensa, fazendo prova a Certidão de Objeto e Pé do Processo nº 587/96, cópia às fls.53.

Alega, ainda, que consoante disposições da Lei de Execuções Fiscais, para que o devedor possa embargar a execução deve, *a priori*, oferecer garantia do crédito tributário, o que permite supor que houve suspensão da exigibilidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Luiz Fregonazzi, Relator

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

O indeferimento do pedido deu-se em virtude da constatação de débito inscrito em dívida ativa da União em nome de sócio com participação no capital da pessoa jurídica. Ocorrendo tal situação, há vedação inserta na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, art. 9º, XV e XVI, *in 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;

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. (grifo nosso)

PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Todavia, anoto que as supostas dívidas do sócio não foram especificadas.

Do exame do Comunicado de Exclusão, coletivo, de fls 35 e seguintes, verifica-se que o motivo da exclusão, código n.º 3, foi especificado como “*pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN*”.

Dessa forma, a contribuinte não foi informada por ocasião da publicação do Edital n.º 013/2000, dos atos praticados ou situação jurídica que motivaram sua exclusão do Simples.

Apenas foram registrados como motivos de exclusão pendências da empresa ou sócios junto à PGFN.

O cerceamento do direito de defesa leva à anulação *ab initio* do processo administrativo fiscal nos termos do Decreto n.º 70.235/72, artigo 59, II, *verbis*:

Art.59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Muito embora não se cuide aqui de processo de determinação e exigência de crédito tributário fiscal, é interessante notar que a legislação tributária em geral não admite ofensa ao direito à ampla defesa.

Outrossim, consoante expressa disposição contida no artigo 2.º, caput e VII, da Lei n.º 9.784/99, os referidos princípios e a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão deve ser observada pela administração pública, verbis:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

(...)

A Lei n.º 5.172/66 – CTN, em seu artigo 97, V, estatui que somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, verbis:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a combinação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Portanto, caso o ato de exclusão seja interpretado como uma penalidade, há ainda expressa vedação à exclusão sem que a conduta delituosa se amolde à hipótese que requer a sanção.

Sob essa ótica, a teor do disposto no artigo 14 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, o ato de exclusão é uma sanção administrativa:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

Portanto, a penalidade somente poderá ser aplicada verificada alguma das hipóteses descritas no artigo 9.º da Lei nº 9.317/96, retrotranscrito, observada a necessária

publicidade e especificação dos critérios que motivaram a exclusão. No caso em tela, não houve especificação dos supostos créditos inscritos em dívida ativa. Sequer se sabe quais as supostas pendências que motivaram a exclusão.

Não se verificando na genérica Comunicação de Exclusão a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (artigo 2.º, VII, da Lei nº 9.784/99), é nulo o ato declaratório de exclusão do Simples, pois que limita-se 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 (Súmula n.º 2 do 3º CC).

Por todo o exposto, suscito de ofício a preliminar de cerceamento do direito de defesa, para considerar nulo ab initio o processo, em atenção à Súmula n.º 2 desse Egrégio Terceiro Conselho de Contribuintes.

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de maio de 2008

JOÃO LUIZ FREGONAZZI - Relator