



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

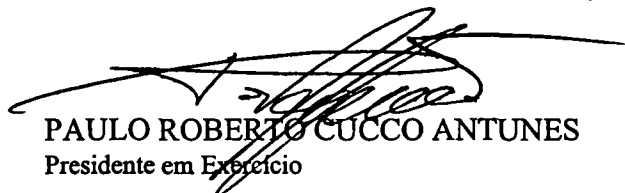
Processo n° : 10880.032388/99-34
Recurso n° : 127.901
Acórdão n° : 302-36.894
Sessão de : 16 de junho de 2005
Recorrente(s) : PENHA ROYALE PÃES E DOCES LTDA. - EPP
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

SIMPLES. PENDÊNCIAS DA EMPRESA E/OU SÓCIOS JUNTO AO INSS. 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 as pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS, ou seja que tenha débito inscrito no INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, limitando-se a consignar a existência de pendências 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 Chieregatto, Corintho 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 : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de Decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP.

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 ao INSS, conforme Ato Declaratório nº 150.687, de 09/01/1999 (fl. 19).

Cientificada da exclusão, a interessada apresentou em 03/02/99 (fl. 17), a Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS de fl. 17 e verso, considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP, uma vez que o contribuinte não apresentou a documentação comprobatória de inexistência de pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e/ou PGFN.

Cientificada do resultado da SRS por meio de correspondência postada em 19/10/99 (fl.18/verso), a requerente apresentou, em 11/11/99 (fl. 01), tempestivamente, por seu sócio, a Manifestação de Inconformidade de fl. 01 e documentos de fls.02/14, alegando que após levantamento do valor devido ao INSS, no que se refere à parte da empresa, está no aguardo da atualização do instituto para que possa ingressar com o pedido de parcelamento junto àquele órgão ou fazer opção pelo REFIS. Argumenta, também, que a sua permanência no SIMPLES é essencial para o funcionamento de sua empresa, dado o momento de dificuldade econômica que atravessa.

Em 21/02/2000, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP exarou Decisão DRJ/SPO nº 574 (fls. 23 a 25), cuja ementa dispõe, *verbis*:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES

Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que tenham débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

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, do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

Mtzê

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

E que por ocasião da Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à opção do SIMPLES, o contribuinte não apresentou a certidão negativa do INSS, cuja pendência motivou a sua exclusão do referido sistema.

Conclui que em que pese as dificuldades financeiras e burocráticas alegadas pelo impugnante, é necessário que seja providenciada a certidão negativa junto ao INSS, a fim de que o mesmo possa fazer prova de quitação dos débitos relativos a esse instituto. Assim, somente com a apresentação da certidão negativa, poderá o contribuinte eliminar a condição impeditiva para opção pelo SIMPLES.

Cientificada da decisão de primeira instância em 06/03/2003 (fl. 27), a interessada apresentou em 21/03/2003 (fl. 28), o recurso de fl.28, acompanhado dos documentos de fls. 29/36.

O recurso contém a seguinte razão, em síntese:

- a empresa solicita a reconsideração da Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão que foi indeferida pela falta de apresentação da Certidão Negativa de Débitos do INSS, a qual anexa neste momento.

O processo foi redistribuído a esta Conselheira, numerado até a fl. 40 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

MM

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

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 ao INSS.

A empresa apresenta Certidão Negativa de Débito de nº 019422003-21005050 em 21/03/2003 com validade de 60 dias da data de sua emissão e cuja finalidade é bem abrangente, abarcando as previstas na Lei de nº 8.212/91 e alterações.

Tendo em vista que a empresa foi excluída em 01/99, cujo Ato não exprimia que pendências a empresa estava com seu débito inscrito, ficando dessa forma, impossível saber a que débito se refere, bem como fica difícil saber a vinculação da Certidão ora apresentada com a pendência declarada.

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

MTe

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

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 150.687 anexado à fl. 19 tem caráter abrangente, de forma a tão-somente discriminar como motivo de exclusão a existência de “Pendências da empresa e/ou Sócios junto ao INSS”. 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 no INSS.

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 ao INSS.

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*.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2005



MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Relatora

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

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.

Sucedem 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*

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

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.

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

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.

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

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

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.

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.

Processo nº : 10880.032388/99-34
Acórdão nº : 302-36.894

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 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