MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	:	10435.000100/2001-79
Recurso nº	:	124.799
Acórdão nº	:	302-37.104
Sessão de	:	20 de outubro de 2005
Recorrente	:	P. F. DA SILVA NETO - ME
Recorrida	:	DRJ/RECIFE/PE

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES
EXCLUSÃO POR PENDÊNCIAS JUNTO À PGFN.
Estão vedadas de optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que tenham débitos inscritos em Dívida Ativa da União ou do Instituto Naciónal do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa (Lei nº 9.319/1996, art. 9º, inciso XV)
RECURSO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente

ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO
Relatora

Formalizado em: 12 DEZ 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Luis Antonio Flora, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Daniele Strohmeyer Gomes, Paulo Roberto Cucco Antunes, Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente) e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente). Ausentes os Conselheiros Corintho Oliveira Machado, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior e a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

tmc

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A interessada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, sob a alegação de "Pendências da Empresa e/ou Sócios junto à PGFN, conforme Ato Declaratório nº 259.725, de 02 de outubro de 2000 (fl. 04).

DA SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO

Por intermédio da petição de fl. 01, dirigida à DRF em Caruaru/PE, a contribuinte solicitou sua re-inclusão no SIMPLES, expondo que:

- É um simples micro empresário sem condições de escolaridade e financeira, razão pela qual não tem como acompanhar as constantes alterações que ocorrem na área tributária, bem como em outras legislações que regem a vida do empresário.

- Que foi excluído do SIMPLES exatamente por desconhecer a legislação e por não ter sido melhor orientado por aqueles que atendem os contribuintes naquela DRF.

- Isto porque, o art. 3º da IN SRF nº 75, de 17/06/92, estabelece que "*O requerimento do parcelamento implica no reconhecimento do contribuinte de que, quando do deferimento do pedido, deverá apresentar o formulário TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E PARCELAMENTO, em anexo VI, devidamente assinado pelo contribuinte ou seu mandatário, tendo como fiadores e principais pagadores os proprietários, sócios ou administradores da empresa.*"

- Ocorre que foi aceito como fiador e principal pagador em débito de outra empresa, CARUARU DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA. (CGC nº 11.293.610/002-47), Processo nº 10435.000746/94-93, da qual nunca fez parte, conforme Certidão da JUCEPE que anexa (fl. 03).

- Requer, pelo exposto: (a) seja o titular da firma individual P. F. da Silva Neto – ME excluído como fiador naquele processo; (b) seja reconduzido ao SIMPLES; e (c) seja solicitada à PGFN a devolução do Processo nº 10435.000746/93, para análise.

DA DECISÃO DA DRF

A petição do sujeito passivo foi indeferida, com base na existência de débito do Sr. Pedro Ferreira da Silva Neto (titular da empresa) na PGFN, conforme doc. de fl. 10, e pela não apresentação da competente Certidão Negativa de Débito emitida por aquele órgão, ou Certidão Positiva com efeito de Negativa.

Salientou-se, ademais, quanto à alegação de que o contribuinte não poderia ser fiador do processo de parcelamento nº 10435.000746/94-93, de interesse da empresa Caruaru Distribuidora de Calçados Ltda., não caber, "no momento, por parte do Delegado da Receita Federal em Caruaru – PE, qualquer análise do caso, visto que o débito constante do referido processo encontra-se inscrito em Dívida Ativa da União".

Destaco-se, outrossim, "que nos termos do art. 204, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), a dívida regularmente inscrita na Dívida Ativa da União goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída".

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada do Despacho Decisório proferido em 04/04/2001 (fl. 22), a interessada apresentou, em 04/05/2001, tempestivamente, a Manifestação de Inconformidade de fls. 24/25, acompanhada dos documentos de fls. 26 a 31, alegando que: (a) inconformada com a decisão proferida, impetrou defesa junto à PGFN, a fim de tentar ilidir a cobrança judicial que ora se apresenta; (b) esperando solução favorável, apresenta à DRJ Recife sua manifestação de inconformidade, para que seja suspenso "qualquer ato que venha a ferir os interesses da requerente", até o julgamento por parte da PGFN da defesa impetrada.

Sua defesa junto à PGFN consta às fls. 26/29.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 20 de julho de 2001, o Delegado da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE manteve a exclusão da empresa do Simples, nos termos da DECISÃO DRJ/RCE Nº 1.574 (fls. 35/37), assim ementada:

"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples
Ano-calendário: 2000

Ementa: EXCLUSÃO DO REGIME
Não podem optar ou permanecer no SIMPLES as pessoas jurídicas e/ou sócios que tenham débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA."

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da decisão de primeira instância em 10/08/2001 (AR à fl. 39), a interessada apresentou, em 05/09/2001, tempestivamente, o recurso de fls. 41/44, acompanhado dos documentos de fls. 45/89, alegando, em síntese, que:

- Sua exclusão do SIMPLES teria decorrido do fato de ter a pessoa física do titular da firma (Pedro Ferreira da Silva Neto) sido inscrita, por iniciativa da SRF, em Dívida Ativa da União, pela PGFN.

- A referida inscrição originou-se de inquestionável equívoco, do qual a participação da DRF em Caruaru/PE foi de evidente relevância.

- Isto porque, em 19/12/1994, a pessoa jurídica Caruaru Distribuidora de Calçados Ltda. foi absurdamente autuada pela fiscalização daquela Delegacia, com a aplicação de multa de 300% sobre o valor das vendas apuradas desacobertadas de documentação fiscal, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.846/94. Esta norma, de tão absurda, foi revogada pelo art. 82, alínea "m", da Lei nº 9.532/97. Este tipo de autuação sempre foi reconhecida como eivada de ilegalidade, sendo que a doutrina e a jurisprudência sempre se posicionaram contra ela, conforme Acórdãos do Conselho de Contribuintes ora transcritos.

- Todavia, naquele caso, o contribuinte, sem ter a competência e o recurso financeiro para se assessorar de profissional hábil, optou pelo parcelamento do referido débito, à época equivalente a 22.718,70 UFIR.

- Na formalização do mesmo, foi exigida da empresa a assinatura de Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento, nos termos da IN SRF nº 75/92, com a participação de dois "fiadores" (um dos quais o ora Recorrente), sobre os quais a SRF não apresentou qualquer contestação.

- Referidas pessoas físicas não tinham qualquer participação na sociedade autuada, razão pela qual não poderiam ser fiadores do

pretenso débito fiscal, conforme dispõe o art. 3º da supracitada IN.

- Assim, o referido Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento é ato jurídico sem qualquer validade, pois firmado em desacordo com a forma prescrita por aquele ato administrativo (art. 82, Código Civil).

- E mais, sendo a empresa autuada de reduzido porte, não poderia honrar com o compromisso de liquidar a dívida objeto do parcelamento. Logo nas primeiras parcelas verificou a firma esta impossibilidade.

- O resultado dessa inadimplência foi a remessa do Processo Fiscal nº 10435.000746/94-93 à PGFN para inscrição da dívida. Dessa remessa constou o Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento, no qual constava como um dos "fiadores" o ora Recorrente que, insiste-se, não tinha legalmente qualquer relação com a empresa tida como devedora.

- Quando da inscrição, a PGFN não reparou o equívoco cometido pela SRF, ratificando-o, e o nome do Requerente também foi inscrito.

- Posteriormente, em 02/10/2000, a firma P. F. da Silva Neto – ME foi excluída do SIMPLES, sob a justificativa de que seu titular estava inscrito em Dívida Ativa.

- Diante disso, é oportuno e legítimo ser reconhecido por esse E. Conselho de Contribuintes o direito da empresa recorrente de ser re-incluída naquele Sistema Simplificado de Tributação, pois os equívocos ocorridos foram de responsabilidade exclusiva da DRF em Caruaru/PE, primeiramente, e da PGFN, num segundo momento.

- A DRF não retificou o seu erro, quando da primeira defesa apresentada pela ora Recorrente. A DRJ em Recife/PE também nada fez para repará-lo, apenas sugerindo que o Interessado buscasse o Poder Judiciário, como dando um atestado de que o contencioso administrativo federal é uma grande inutilidade.

- O que se observa é um desinteresse total em resolver o problema.

- Não pode o Poder Público desconsiderar que o ato de exclusão de um contribuinte do SIMPLES é uma medida extrema e punitiva, estando sujeito ao princípio da estrita legalidade, sob pena de sua nulidade.

- Requer, por fim, que seja determinada sua re-inclusão naquele Sistema, haja vista que não deu causa para sua exclusão, devendo prevalecer, no caso, o princípio da verdade material.

Foram os autos encaminhados ao E. Segundo Conselho de Contribuintes (fl. 91), sendo remetidos a este Terceiro Conselho por força do disposto no art. 5º da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002 (fl. 92).

O processo foi distribuído, primeiramente, ao I. Conselheiro Dr. Henrique Prado Megda, em 20/08/2002, sendo re-distribuídos a esta Conselheira, na forma regimental, em 05/07/2005, numerado até as fls. 93 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Colegiado.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Relatora

Trata o presente processo de exclusão de empresa do Sistema Integrado do Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Quanto ao motivo da exclusão, a Lei nº 9.317/1996, em seu art. 9º, incisos XV e XVI, estabelece que, *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 de Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa.*** *(G.N.)*
>
> *(...)."*

Comprovado está, nos autos, que o titular da empresa excluída daquele Sistema Simplificado de Tributação estava inscrito em Dívida Ativa da União, quando da emissão do Ato Declaratório guerreado.

Tal fato, inclusive, é por ele reconhecido, embora apresente combativas justificativas de que sua inscrição decorreu de erro cometido exclusivamente pela DRF em Caruaru/PE, num primeiro momento, e da PGFN, posteriormente. Acrescenta que o equívoco ocorrido foi mantido em primeira instância administrativa de julgamento, que apenas sugeriu que o Interessado buscasse "o Poder Judiciário, como dando um atestado de que o contencioso administrativo federal é uma grande inutilidade".

Um dos principais argumentos de sua defesa é que o Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento é ato jurídico sem qualquer validade, pois foi firmado em desacordo com a forma prescrita na IN SRF nº 75, de 17/06/1992, cujo art. 3º determinava, *verbis*:

"Art. 3º. O requerimento do parcelamento implica no conhecimento do contribuinte de que, quando do deferimento do pedido, deverá apresentar o formulário Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento, em anexo VI, devidamente assinado pelo contribuinte ou seu mandatário, tendo como fiadores e principais pagadores os proprietários, sócios ou administradores da empresa".

Na hipótese dos autos, não há qualquer dúvida de que o Recorrente assinou aquele Termo como fiador.

Este fato, evidentemente, trouxe conseqüências para o titular da empresa P. F. da Silva Neto – ME, bem como para a própria pessoa jurídica (exclusão do SIMPLES), mas permite que algumas considerações sejam feitas, no que se refere a figura da fiança, no Direito Comercial.

- A garantia do cumprimento de uma obrigação, em reforço do vínculo originário, pode ser oferecida pelo próprio devedor ou por terceiro. Neste segundo caso, diz-se que há *garantia pessoal*, diferentemente de quando o próprio devedor vincula um bem ao pagamento da dívida (*garantia real*).

- Assim, a garantia pessoal (*in personam*) deriva do contrato de fiança e o terceiro assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não fizer.

- Na fiança, o fiador se obriga pelo afiançado, comprometendo-se a satisfazer a obrigação, no todo ou em parte, caso o devedor principal não a cumpra.

- A fiança produz obrigações apenas para o fiador, sendo um contrato unilateral, gratuito e acessório. Alguns autores sustentam a existência de um dever de diligência por parte do credor, no sentido de procurar obter o pagamento do devedor principal. Tal providência, evidentemente, mostra-se correta, mas este comportamento não passa de uma condição para o exercício de seu direito contra o fiador, nunca uma obrigação.

- Na fiança, a responsabilidade é subsidiária, salvo estipulação em contrário, o que não implica em que o fiador deixe de ser chamado para o cumprimento da obrigação.

- A fiança é dada para garantir contratos e, na hipótese dos autos, houve um "contrato" de parcelamento entre o afiançado e a SRF, que foi o próprio parcelamento.

Assim, o disposto no art. 3º da IN SRF nº 75, de 17/06/1992, não foi desrespeitado, seja pela DRF em Caruaru/PE, seja pela D. Procuradoria da Fazenda Nacional. Isto porque, embora os principais pagadores devam ser os proprietários, sócios ou administradores da empresa requerente do parcelamento, os fiadores também se comprometem a satisfazer a obrigação, no caso de os devedores principais não a cumprirem.

E mais, no recurso interposto o Interessado afirma que a empresa afiançada era de reduzido porte e que não poderia honrar seu compromisso de liquidar a dívida através do parcelamento.

Ora, conhecedor desta situação, não deveria ter se prestado a oferecer fiança.

Acrescente-se, outrossim, que o próprio Recorrente trouxe aos autos, junto com a defesa, documentos que indicam que aquela empresa afiançada não se tratava de microempresa ou empresa de pequeno porte (fl. 61).

Por oportuno, a fiança era tratada pelos artigos 256 a 263 do antigo Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

Em sua defesa recursal, o titular da empresa P.F. da Silva Neto – ME se esforça em procurar demonstrar que a empresa Caruaru Distribuidora de Calçados Ltda. foi absurdamente autuada, pelos motivos que expôs. Seus argumentos, contudo, dizem respeito a outro processo administrativo, que não este em julgamento, razão pela qual não podem nem devem ser conhecidos por este Colegiado.

Entretanto, e apenas por amor ao debate, é incabível afirmar que a multa aplicada àquela empresa, CNPJ 11.293.610/001-47, por vendas apuradas a descoberto de documentação fiscal, foi absurda e ilegal, pois ela estava prevista no art. 3º da Lei nº 8.846/94, vigente à época dos fatos, só tendo sido revogada em 1997 (três anos após), pela Lei nº 9.532.

Acrescente-se, ainda, que não cabe às esferas administrativas de julgamento se pronunciarem sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos administrativos, pois esta é matéria da competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme previsto em nossa Carta Magna.

Por fim, o único documento hábil a justificar a regular situação do titular da pessoa jurídica P. F. da Silva Neto – ME, perante a PGFN, a Certidão Negativa emitida por aquele órgão, ou a Certidão Positiva com efeito de Negativa, não foi acostado aos autos, por todas as razões expostas pelo Recorrente.

A despeito de sua afirmação de que não existe interesse na solução de seu problema e de que teria sido passado "um atestado de que o contencioso administrativo é uma grande inutilidade", a sede adequada e competente para sua

defesa, quanto aos fatos ligados à fiança que prestou à pessoa jurídica Caruaru Distribuidora de Calçados Ltda., é, efetivamente, o Poder Judiciário.

Comprovado está, nos autos, que, quando de sua exclusão, a empresa, efetivamente, não poderia ser optante daquela sistemática simplificada de tributação.

Pelo exposto e considerando que a lei de regência do SIMPLES é taxativa, não podendo nem devendo ser afastada, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005

ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora