



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10580.004506/2003-19
Recurso nº : 132.465
Acórdão nº : 303-33.986
Sessão de : 07 de dezembro de 2006
Recorrente : MEDICAR COMERCIAL DE PEÇAS E SERVIÇOS
LTDA.
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. PENDÊNCIAS JUNTO À PGFN. É requisito prévio para a aquisição do direito à opção ao SIMPLES a comprovação da regularidade das obrigações tributárias junto à Dívida Ativa da União e ao Instituto Nacional de Seguridade Social, ou a apresentação de prova inconteste de que eventuais débitos estejam com a exigibilidade suspensa.
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para incluir a empresa no Simples até 31/12/2003, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em: 09 MAR 2007

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

Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de opção retroativa ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, protocolizado pelo contribuinte em 30/05/2003, de acordo com os seguintes argumentos (fls. 01):

- i. a empresa foi instituída em 15 de agosto de 1985, exercendo atividade compatível com a opção pelo SIMPLES;
- ii. desde sua constituição todos os pagamentos foram efetuados de acordo com a sistemática do SIMPLES, em tempo hábil;
- iii. a partir de 1997, quando começou a vigorar o SIMPLES, todas as Declarações Anuais Simplificadas foram entregues até o exercício de 2002 (ano base de 2001), via internet, de forma que apenas em 2003, quando não foi aceita sua declaração, é que foi informado de que não constava como optante do SIMPLES;
- iv. orientada em atualizar os dados cadastrais do Simples, apresenta as declarações dos anos de 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001, solicitando sua regularização, com data retroativa à data de implantação do SIMPLES.

Anexa os documentos de fls. 02/42, entre os quais, Termo de Opção do SIMPLES, Contrato Social e Alterações, bem como declarações de PJ, 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001.

O pedido de Inclusão Retroativa no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES restou indeferido pela Delegacia da Receita Federal em Salvador/BA, em razão de seu entendimento de que é vedada à opção pelo Simples, as pessoas jurídicas que prestam serviços de manutenção e reparação de automóveis, (inciso XIII, art. 9º da Lei nº. 9.317/96), além de ter constatado que a empresa possui débito inscrito em Dívida Ativa da União (em 30/03/04, processo nº. 10580.200001/2004-64).

Inconformado com o Parecer SECAT nº. 433/2004, a contribuinte interpôs tempestiva impugnação, na qual aduz, em síntese, que:



Processo n° : 10580.004506/2003-19
Acórdão n° : 303-33.986

- i. a justificativa apresentada pela fiscalização da Receita Federal, de que exerce atividade, única e exclusivamente, de manutenção e conservação de veículos em geral, é totalmente falsa e não condiz com a verdade, pois, conforme consta de sua própria razão social, trata-se de “comércio de peças e serviços”, sendo a sua atividade principal e de maior faturamento a de “comércio de peças”, ou seja, de venda e comércio de peças de veículos;
- ii. conclui, portanto, que na condição de empresa de pequeno porte, pode permanecer no SIMPLES, pois sua atividade não está listada no artigo 9º, da Lei 9.317/97;
- iii. a notícia de que possui dívida inscrita, decorrente do processo nº. 10580.200001/2004-64, é na verdade, erro conjunto da SRF com a PFN, que não processaram, ou processaram o recolhimento de determinada competência sob código da receita diverso, ocasionando equívoco, de maneira que é descabida tal alegação;
- iv. entende ser empresa semelhante às demais, sob o aspecto de que todas as pessoas jurídicas que tenham processo administrativo, de qualquer espécie, não podem ter contra si retiradas vantagem ou direitos já assegurados, como é o caso em questão;
- v. ainda que devida sua exclusão, a mesma só pode lhe ser exigida a partir da data da ciência de tal decisão, jamais em data retroativa, como ilegalmente procedido;
- vi. por fim, é mister ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firme no sentido de que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício das atividades da empresa.

Diante de todo o exposto, a contribuinte requer por sua inclusão no SIMPLES, retroativa à 01/01/97, ou se tal pedido for negado, que seja julgada parcialmente procedente sua solicitação, para que se declare os exercícios anteriores à decisão prescritos, e os efeitos da exclusão se dêem a partir da data da ciência da decisão, e não retroativamente.

Anexa os documentos de fls. 61/68, entre os quais, Alteração do Contrato Social.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, esta indeferiu o pedido da contribuinte, sob o argumento de que a atividade desenvolvida pela empresa (comércio varejista de peças e acessórios para

Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

veículos, bem como manutenção e conservação de veículos em geral – fls. 03/09), vincula-se a profissões cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida, o que veda a opção ao Simples, nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317/96.

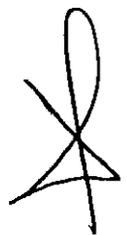
Sobre a questão da inscrição em Dívida Ativa, constatou o r. julgador monocrático, em consulta ao site da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 71), que existem restrições impeditivas à emissão de certidão negativa pela via eletrônica, o que, segundo seu entendimento, denota que a situação do contribuinte permanece pendente perante a Dívida Ativa da União, impedindo a possibilidade de adesão ao Simples.

Conforme AR de fls. 82, a contribuinte tomou conhecimento da decisão proferida em primeira instância, em 22/11/04, diante da qual interpôs tempestivo Recurso Voluntário - fls. 83/89, onde reitera os argumentos e pedidos apresentados em sua impugnação.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 95, última.

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.



Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Apurado estarem presentes e cumpridos os requisitos de admissibilidade, conheço 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 pedido de opção retroativa da recorrente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Notícia o contribuinte que desde a implantação do SIMPLES acreditava estar devidamente enquadrado no sistema, já que protocolizou “termo de opção”, em 14/03/97 (fls. 39), de maneira que apresentou Declarações Anuais Simplificadas, bem como procedeu ao recolhimentos dos tributos devidos sob a ótica de tal sistemática, dando se conta de sua irregularidade tão somente no momento da entrega da declaração PJ do ano de 2003.

Seu pleito é de que seja considerada sua opção, retroativamente, desde 1997.

De início, explanemos à respeito da possibilidade de opção retroativa ao Simples.

Tomemos como premissa que a Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, dispõe em seu artigo 8º, que a opção pelo sistema se daria mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC/MF.

Note-se que a Recorrente procedeu como se enquadrada estivesse, já que apresentou Declarações Simplificadas/PJ nos anos de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002 (fls. 10/24) e declara ter efetuado recolhimentos condizentes com a forma simplificada de tributação, desde 1997.

Neste contexto, a Secretaria da Receita Federal, por meio de Ato Declaratório Interpretativo, dispôs acerca da Retificação de Ofício da opção pelo Simples, por parte da autoridade fiscal, em casos em que restar comprovado ter ocorrido erro de fato, nos seguintes termos:

Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002

“Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.”

No caso, demonstra-se a ocorrência de erro de fato, tendo o contribuinte comprovado sua intenção em aderir ao Simples.

Desta feita, entendo que é direito do contribuinte seu ingresso retroativo no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, desde que respeitados os requisitos previstos em lei para sua opção.

Neste sentido, sua inclusão retroativa foi indeferida pelas decisões *a quo*, sob o fundamento de que suas atividades encontram-se dentre as vedadas à opção pelo referido sistema, assim como foi constatada pendência inscrita em Dívida Ativa da União, que seria outro impeditivo.

Analisando o primeiro ponto, pertinente às atividades desenvolvidas pela recorrente, temos que, com fundamento no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, estão vedadas à opção as pessoas jurídicas, que:

“XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;” (grifos acrescidos ao original)



Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

É de se reconhecer que a norma relaciona diversas profissões cujas características intrínsecas da prestação de serviço implicam o caráter pessoal da atividade. Ocorre que ao colacionar também os a elas assemelhados, outorga à pessoa jurídica a característica do profissional.

A interpretação da norma não pode cingir-se a uma mera interpretação gramatical, de modo que o vocábulo restrinja-se a atividade pessoal do profissional. Não poderia ser desta forma, mesmo porque o que visa à norma não é a profissão em si, mas a atividade de prestação de serviços que é desempenhada pela pessoa jurídica. Aliás, a pessoa jurídica é que é o objeto do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES.

Resta claro que o legislador elegeu a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica como excludente da concessão do tratamento privilegiado do SIMPLES. Tal classificação não considerou o porte econômico do contribuinte, mas sim a atividade exercida por ele. Portanto, indiferente os critérios quantitativos de faturamento ou receita da pessoa jurídica que tem como atividade uma das elencadas no dispositivo legal.

Observa-se que, de um lado, a norma relaciona as atividades excluídas do Sistema e adiciona a elas os *assemelhados*, ou seja, pelo conectivo lógico incluyente “ou” classifica na mesma situação aquelas pessoas jurídicas que tenham por objeto social assemelhado a uma das atividades econômicas eleitas pela norma.

Entendo oportuna a colocação feita pelo Eminentíssimo Conselheiro Antonio Carlos Bueno Ribeiro, em voto que lastreou o Acórdão nº. 202-12.036, de 12 de abril de 2000, ao asseverar que:

“o referencial para a exclusão do direito ao SIMPLES é a identificação ou semelhança da natureza de serviços prestados pela pessoa jurídica com o que é típico das profissões ali relacionadas, independentemente da qualificação ou habilitação legal dos profissionais que efetivamente prestam o serviço e a espécie de vínculo que mantenham com a pessoa jurídica. Igualmente correto o entendimento de que o exercício concomitante de outras atividades econômicas pela pessoa jurídica não a coloca a salvo do dispositivo em comento.”

Não obstante, ainda que possamos admitir que a interpretação das normas atinentes ao SIMPLES seja restritiva em relação à possibilidade de opção e extensiva em relação às atividades elencadas nas exclusões, não vejo, neste caso, como as disposições do art. 9º da Lei nº. 9.317/96, possam ser aplicadas.

Com efeito, consta como atividade da Recorrente em seu Contrato Social (fls. 03/05), o “comércio varejista de peças e acessórios para veículos, bem



Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

como a manutenção e conservação de veículos em geral”, e, ao contrário das r. decisões recorridas, tenho o particular entendimento de que não há semelhança entre as atividades de engenheiro e as de manutenção e conservação de veículos em geral. Ao menos, nos autos, não há qualquer elemento indicativo ou probatório de eventual semelhança.

Por outro lado, a Lei nº. 10.964, de 28 de outubro de 2004, dispõe em seu artigo 4º, que:

“Artigo 4º A partir de 1º de janeiro de 2004, ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, observado o disposto no art. 2º da Lei nº. 10.034, de 24 de outubro de 2000, as pessoas que se dediquem às seguintes atividades:

I – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;” grifei

Também o Ato Declaratório Executivo SRF nº. 8, de 18 de janeiro de 2005, dispôs:

“Ficam cancelados os Atos Declaratórios Executivos, emitidos pelas unidades descentralizadas da Secretaria da Receita Federal em 2004, para a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) em decorrência, exclusivamente, do disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, das pessoas jurídicas que exerçam as seguintes atividades:

I – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;

(...)”

Assim, no aspecto de sua atividade “comércio varejista de peças e acessórios para veículos, bem como manutenção e conservação de veículos em geral”, seria plenamente aceitável sua admissão no sistema.

Outro ponto a ser analisado, levantado pelas r. decisões *a quo*, seria a existência de pendências da empresa inscritas em dívida ativa da União, o que traria impedimento à opção, nos termos do inciso XV, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, *in verbis*:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:



Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

...

XV – que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;”

É pressuposto para a aquisição do direito à opção ao SIMPLES a inexistência de débito inscrito na Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, salvo quando, existindo, esteja com sua exigibilidade suspensa. No caso, a Secretaria da Receita Federal está no desempenho de suas funções administrativas vinculadas.

E a prova da quitação de obrigações tributárias, como tratado expressamente no Código Tributário Nacional, são as certidões negativas, disposto dos artigos 205 e 206:

“Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique a que de refere o pedido.

...

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de crédito não vencido, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”

Dispõe, ainda, o Código Tributário Nacional, com referência à suspensão da exigibilidade do crédito tributário:

“Art. 151. Suspende a exigibilidade do crédito tributário:

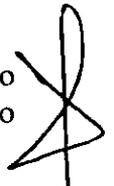
I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III- as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV- a concessão de medida liminar em mandado de segurança

Parágrafo Único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.”



Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

A relação entre a exigibilidade do débito tributário e a Certidão Negativa de Débitos, foi muito bem abordada nos ensinamentos de Gilberto de Ulhoa Couto, *in* “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, por J. M. de Carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, da Editora Borsoi, o qual com a clareza que lhe é peculiar, às folhas 102, dia o seguinte:

“... Quanto aos demais casos, a certidão negativa apenas traduz um estado momentâneo, atestando que, ao tempo, o contribuinte não tinha débito em **condição de exigibilidade.**” (*grifos nossos*)

O que caracteriza, assim, o estado do processo para a concessão de Certidão Negativa, é o elemento principal do crédito, a exigibilidade. Se o débito encontra-se garantido não há que se falar em exigibilidade.

Ocorre que, *in casu*, como apurado pelas r. decisões recorridas, e da análise dos extratos de fls. 43/45, e 47, denota-se que o contribuinte encontra-se em situação irregular, bem como, possui débitos inscritos em dívida ativa, o que restou confirmado pela tentativa de emissão de Certidão quanto à Dívida Ativa da União, juntada às fls. 71.

Ainda em busca de uma decisão justa, diligenciei junto ao site da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para verificar se ainda existem impedimentos à emissão via internet da referida Certidão, e obtive a seguinte informação:

“Resultado da Consulta

As informações disponíveis na Secretaria da Receita Federal - SRF e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN sobre o contribuinte 13.708.888/0001-63 são insuficientes para a emissão de certidão por meio da Internet. Para análise específica do caso, dirija-se à unidade da SRF e também da PGFN de seu domicílio. Caso o contribuinte possua Certificado Digital e-CPF ou e-CNPJ, poderá consultar sua situação fiscal na SRF por meio do Centro Virtual de Atendimento e-CAC.” *consulta realizada em 24 de novembro de 2006 – www.pgfn.fazenda.gov.br*

Concluo, pois, que perdura a irregularidade do contribuinte junto à PGFN.

No mais, a Recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento que refute tais constatações.

Observo, porém, que sua inclusão no cadastro da Dívida Ativa da União se deu apenas em 30/03/2004, conforme atesta o extrato de fls. 47. Portanto, é de se levar em consideração que até esta data não havia impedimentos à sua opção, já que a vedação à opção fala, expressamente, em “débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”. grifei.

Processo nº : 10580.004506/2003-19
Acórdão nº : 303-33.986

Nestes termos, entendo por válidos os recolhimentos e Declarações Anuais Simplificadas, apresentadas pelo contribuinte segundo a sistemática do SIMPLES, até o ano de 2003.

Finalmente, consigno que não há que se falar em efeitos de exclusão, já que estamos a tratar de pedido de inclusão retroativa, a qual o contribuinte não tem direito, desde sua inscrição na Dívida Ativa da União.

Por oportuno, ressalto que, regularizados os débitos, não há impedimento para que o contribuinte faça a opção em próximo exercício, momento em que serão novamente verificados os requisitos legais.

Diante desses argumentos, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 07 de dezembro de 2006.


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator