



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

**Processo n°** 10820.001095/2003-30  
**Recurso n°** 137.707  
**Assunto** Solicitação de Diligência  
**Resolução n°** 303-01.398  
**Data** 30 de janeiro de 2008  
**Recorrente** ANTÔNIO ROBERTO PICCININ BIRIGUI - ME  
**Recorrida** DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

**R E S O L U Ç Ã O N° 303-01.398**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem, nos termos do voto do relator.

  
ANELISE DAUDT PRIETO  
Presidente

  
NILTON LUIZ BARTOLI  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Luis Marcelo Guerra de Castro, Celso Lopes Pereira Neto, Nanci Gama e Tarásio Campelo Borges.

## RELATÓRIO

Trata-se do pedido de inclusão do contribuinte no SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte), que foi excluído conforme Ato Declaratório Executivo – ADE nº 346.154, emitido em 29/09/2000, com efeitos a partir de 1º/11/2000, fundamentado na existência de Dívida Ativa da União em nome do titular (fls. 42, 82/84 e 106/109).

À fl. 01, em requerimento protocolizado em 28/05/2003, o contribuinte pede que seja incluído no SIMPLES, desde a opção, em 24/03/97, afirmando que sempre teve intenção de optar pelo SIMPLES, pois entregava suas declarações como tal, efetuara os devidos recolhimentos (fls. 09/28) e entende que seu objeto social se enquadra nas hipóteses de inclusão ao SIMPLES.

Anexo ao pedido os documentos de fls. 02/29.

Às fls. 110/113, no Parecer SACAT- Seção de Controle e Acompanhamento Tributário consta, em resumo, que:

- a requerente efetuou, validamente, a opção ao Simples, a partir de 1º/01/97;
- foi excluída do Simples em 29/09/2000, com efeitos a partir de 1º/11/2000, em razão de débito inscrito em Dívida Ativa;
- não foi informada da exclusão, conforme se verifica na cópia do Aviso de Recebimento – AR constante à fl. 86, em que consta que este foi devolvido ao remetente, tampouco foi localizado edital destinado a dar-lhe ciência;
- concluiu-se que a empresa teve ciência da exclusão do Simples em 28/05/03, data da apresentação de fl. 01, estando, portanto, tempestiva a impugnação apresentada;
- em nome do titular da pessoa jurídica consta inscrição, efetuada em 13/03/97, regularizada em maio de 2005 e extinta em dezembro do mesmo ano – fls. 106/109;
- a contribuinte deverá regularizar sua situação cadastral e fiscal, promovendo a entrega de declarações e a realização de recolhimentos por outra forma de tributação, desde 1º/11/2000.

Face às razões expostas no Parecer, o Despacho Decisório de fls. 112 indeferiu o pedido de inclusão formulado à fl. 01.

Ciente da decisão, o contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 117/120, na qual alega, em suma, que:

Sempre teve intenção de optar pelo Simples, efetuando seus recolhimentos através deste regime;

Nem a empresa nem seu proprietário foram cientificados da exclusão, como se verifica através da cópia do Aviso de Recebimento, onde consta que fora devolvida ao remetente, assim como, também não foi localizado Edital destinado a dar ciência, sendo assim, violou-se o Princípio do Devido Processo Legal, o qual se divide em Ampla Defesa e Contraditório;

A atitude de cercear a atividade de contribuintes cujos sócios se encontrem em débito com a Fazenda Pública ou que participem do quadro societário de empresa detentoras de débitos fiscais, além de ferir o Princípio da Livre Atividade Econômica, ofende também ao Instituto que prescreve que não se confundem pessoa jurídica com pessoa física que participe do quadro societário desta;

A Fazenda Pública tem instrumentos adequados para a cobrança de seus débitos, tais como Medida Cautelar Fiscal ou mesmo a Ação de Execução Fiscal, não sendo necessária à utilização deste mecanismo, que na sua concepção é abusivo e constrangedor, não amparados por qualquer norma.

Por fim, destaca que a exclusão não merece ser acolhida, sendo que o pedido de inclusão merece e deve ser acolhido.

Anexos os documentos de fls. 121/133, entre os quais, Declarações Simplificadas.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto (SP), esta deferiu em parte a solicitação constante à fl. 01, nos termos da seguinte ementa:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples  
Ano-calendário: 1997  
SIMPLES. PEDIDO DE INCLUSÃO RETROATIVA. DÉBITO EM DIVIDA ATIVA.  
A existência de débito inscrito na dívida ativa da União ou do INSS, em nome da empresa ou de seus sócios, é hipótese impeditiva do enquadramento da pessoa jurídica no Simples.  
Solicitação Deferida em Parte”

Ciente da decisão proferida às fls. 136/141, o contribuinte apresentou tempestivamente o Recurso Voluntário às fls. 144/146, no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta os seguintes:

Em sua decisão, a DRF deferiu em parte a solicitação, dando provimento ao pedido da empresa como optante do Simples apenas no período de 24/03/97 a 07/03 e a partir de 01/01/06, deixando de reconhecer no período de 2003 a 2006, alegando que a empresa estava impedida de optar pelo Simples até maio de 2005, pois havia débito inscrito em dívida ativa da União em nome do titular da empresa;

Razão não lhe assiste, tendo em vista que a empresa apresentou a documentação e recolheu os tributos como optante do Simples, e a Receita aceitou, inclusive concedeu parcelamento, o qual foi honrado;

A utilização de cadastro para cercear a atividade de contribuintes cujos sócios se encontrem em débito para com a Fazenda Pública ou que participem do quadro societário de empresas detentoras de débitos fiscais, além de ferir o Princípio da Livre Atividade Econômica, ofende também o instituto que prescreve que não se confundem a pessoa jurídica com a pessoa física que participe da sociedade;

Em momento algum se confunde a pessoa jurídica ficcional, criação do direito, com as pessoas naturais de seus sócios, gerentes, administradores, diretores, representantes legais, apesar destes agirem em nome daquela, não havendo controvérsia na doutrina e nem tampouco na jurisprudência quanto às considerações dantes expostas;

A Fazenda deve agir em consonância com o Poder Judiciário que reconhece a inconstitucionalidade do procedimento adotado;

Em 2005 houve o parcelamento e a quitação do débito inscrito em dívida ativa em nome do sócio;

Não se poder afirmar que o contribuinte tomou ciência da exclusão na petição de fl. 01, pois o processo de exclusão já estava finalizado, havia sido julgado sem que a empresa ou seu representante legal fossem citados, não havendo então o direito de ampla defesa e ao contraditório, sendo nulo o Ato Declaratório de Exclusão, assim como, a decisão recorrida, já que se baseia em um processo nulo

Diante do exposto, requer o acolhimento o provimento do recurso em foco e sua inclusão na opção Simples “desde a data de sua opção até hoje”.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 06/11/2007, em um único volume, constando numeração até a fl. 149, 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 n.º. 314, de 25/08/99.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Apurado estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se a pedido de inclusão no Simples face à exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, motivada pela existência de débito inscrito em Dívida Ativa da União junto à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Ressalte-se que 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.

E, com efeito, dispunha o art. Art. 9º da Lei n.º 9.713/96:

“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;”

No mesmo sentido, a vigente Lei Complementar nº 123/2006:

“ Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

V- que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;”

Note-se, porém, que do conjunto probatório trazido aos autos, não se encontra presente o Ato Declaratório de Exclusão, desta forma, em observância ao Princípio da Verdade Material, entendo por converter o julgamento em diligência à repartição de origem para que seja juntado o Ato Declaratório de Exclusão 364.154, emitido em 29/09/2000 (fls. 85 e 110).

Cumprida tal exigência tornem os autos a julgamento.

Sala das Sessões, em 30 de janeiro de 2008.

  
NILTON LUIZ BARTOLI - Relator