



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10830.001285/99-81
SESSÃO DE : 15 de setembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463
RECURSO Nº : 127.053
RECORRENTE : P. W. ENLONAMENTOS E SERVIÇOS GERAIS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES

Pendências (débitos) de empresa junto ao INSS, objeto de ação ordinária anulatória de débito fiscal com pedido de tutela antecipada, anterior ao Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES. Processo judicial em curso, mantida a tutela antecipada inexistência de débitos inscritos na Dívida Ativa da União.

Recurso Voluntário provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Brasília-DF, em 15 de setembro de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

JOSÉ LENCE CARLUCI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO e VALMAR FONSECA DE MENEZES.

RECURSO Nº : 127.053
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463
RECORRENTE : P. W. ENLONAMENTOS E SERVIÇOS GERAIS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : JOSÉ LENCE CARLUCI

RELATÓRIO

Trata o processo de Solicitação de Revisão de Exclusão da Opção pelo SIMPLES em função da expedição do Ato Declaratório n.º 126.527/99, relativo à comunicação de exclusão dessa sistemática, em virtude de pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS.

2. Em 18/02/1999, alegou a contribuinte (fls. 01/14), acompanhada dos documentos de fls. 15/83:

2.1. em preliminar, a nulidade do ato declaratório em vista de não apontar com clareza o evento que a está excluindo do Simples, uma vez que tanto poderia ocorrer débito em aberto, débito inscrito em dívida ativa ou qualquer irregularidade relacionada com obrigações acessórias (art. 2º da IN SRF nº 54, de 22/06/98). E, segundo incisos XV e XVI do art. 9º da Lei nº 9.317, 05 de dezembro de 1996, transcritos, a exclusão daquela sistemática somente ocorreria em relação a empresas que tivessem débito inscrito em dívida ativa, não sendo válido um comunicado que não aponta a data e o número da inscrição. Seria obrigação do Fisco informar isso no ato administrativo, pois, caso contrário, não se estaria garantindo o contraditório e a ampla defesa assegurados pelo art. 15 da mencionada lei, criando-se um ônus ao contribuinte, qual seja, provar que não tinha débitos à época dos fatos;

2.2. nessa mesma linha de raciocínio, o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, o qual trata especificamente do processo administrativo fiscal, dispõe que o Auto de Infração conterá, dentre outras informações, a descrição dos fatos e a disposição legal infringida. Todavia, no presente caso, mesmo não se tratando desse instrumento, o ato administrativo não apontou o evento e a norma violada. De qualquer forma, não tinha qualquer débito inscrito em dívida ativa junto ao INSS, quando da opção pelo SIMPLES. A pendência que teria, diz respeito ao seu desenquadramento do SIMPLES pela própria autarquia, originando a Notificação

RECURSO Nº : 127.053
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463

Fiscal de Lançamento de Débitos (NFLD) nº 32.467.413-9, tendo ajuizado ação anulatória de débito fiscal nº 98.0605419-9, em curso junto ao Juízo Federal da 3ª Vara em Campinas;

2.3. que estando a questão *sub judice* e enquanto perdurar tal situação, não poderá sofrer qualquer sanção administrativa, uma vez que o ato declaratório não se referiu a atividade econômica e, sim, a pendências junto ao INSS, não havendo, no seu entender, débitos inscritos em dívida ativa quando da opção pelo SIMPLES. Seguindo esse raciocínio, não há correspondência entre o evento discriminado no ato administrativo e o disposto no art. 9º, incisos XV e XVI da Lei nº 9.317/96;

2.4. no mérito, cita os art. 150, inciso II, 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal, bem como o art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), procurando demonstrar que as empresas de pequeno porte não podem ser excluídas do sistema SIMPLES pela atividade que desenvolvem, mas, sim, pela receita anual que auferem.

3. Tal pleito foi indeferido pela DRF (fls. 88/89), sob o argumento de que apesar da contribuinte aduzir vários raciocínios, não apresentou documentos que pudessem comprovar sua regularidade perante o INSS.

4. Comunicada do indeferimento em 25/06/1999, a contribuinte impugnou o despacho denegatório em 14/07/1999 (fl. 94/102), acompanhada dos documentos de fls. 174 a 210, argumentando que:

4.1. foi indeferido seu pedido pela Decisão nº 352/99 (fls. 88/89), por não existir nos autos nenhum documento do INSS comprovando a sua regularidade fiscal. No entanto se fosse apenas documental, a autoridade de primeira instância deveria, então, aguardar o desfecho do processo judicial, visto que a causa de sua exclusão está *sub judice*, o que leva a pensar que os motivos constantes daquela decisão não são condizentes com os princípios do contraditório e da ampla defesa, ou seja, não foi enfrentada a impugnação inicialmente interposta em manifesta violação às disposições da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e no Decreto nº 70.235/72;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.053
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463

- 4.2. o art. 3º da Lei nº 9.732, de 14 de dezembro de 1998, que alterou o art. 15 da Lei nº 9.317/96, veio assegurar o contraditório e a ampla defesa, sendo que não é qualquer débito que pode excluir uma empresa do sistema SIMPLES e, sim, somente aqueles inscritos na dívida ativa da União, conforme rezam os incisos XV e XVI do art. 9º da Lei nº 9.317/96, sendo, portanto, inválido o ato declaratório, uma vez que não apontou a data e o número de inscrição dos débitos, haja vista que podem ocorrer vários tipos, conforme IN SRF nº 54/98. Acrescente-se que a decisão nº 352/99 deixou de analisar os argumentos no sentido de que não tinha débitos quando da opção pelo SIMPLES e nenhum inscrito em dívida ativa da União, tanto em relação ao INSS e à PGFN;
- 4.3. a única pendência que teria junto ao INSS, segundo o ato administrativo, seria aquela relativa ao desenquadramento do SIMPLES, ou seja, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos (NFLD) nº 32.467.413-9, tendo ajuizado ação anulatória de débito fiscal processo nº 98.0605419-9, em curso na Justiça Federal da 3ª Vara em Campinas e como não mencionou nada a respeito da atividade econômica, lícito é concluir que realmente se refere a pendências;
- 4.4. nessa linha de raciocínio, pendências se referem a débitos inscritos em dívida ativa quando da opção pelo SIMPLES, coisa que na verdade não possui, pois os débitos, como dito acima, são frutos do seu desenquadramento que foi posterior a opção, restando evidente não haver qualquer correspondência entre o fato alegado no comunicado de exclusão com o disposto no art. 9º, incisos XV e XVI, da Lei nº 9.317/96;
- 4.5. para provar o alegado, requer seja intimado o seu procurador, que a esta subscreve, através de carta registrada no endereço constante no rodapé do presente recurso, para efeito de sustentação oral;
5. Em 29/11/1999, a autoridade julgadora entendendo não ter ficado claro no presente processo, quais os débitos que haviam excluído a contribuinte do SIMPLES, devido a insistência da interessada em suas impugnações de aqueles que existiam não eram inscritos em dívida ativa, foram os autos encaminhados à DRF/Campinas para que fosse intimado o INSS a fim de obter as informações de quais pendências haviam motivado a emissão do ato declaratório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº . : 127.053
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463

6. Em resposta ao ofício nº 353, de 31 de maio de 2000 (fl. 108), o INSS informou através do ofício nº 259/2000 (fls 110/120), que havia falta de recolhimento em 01/01/1994 por ter sido a data do início de suas atividades, devendo esse fato ser comprovado junto ao Plantão Fiscal daquele órgão. Também constava na Procuradoria Regional de Mogi Guaçu a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 32.467.413-9 do período de 01/97 a 01/98, referente a cota empresarial, pró-labore dos sócios-gerentes, seguro de acidentes do trabalho (SAT) e contribuições de terceiros, na fase de embargos do devedor, lavrada em 04/03/1998, portanto após a opção pelo SIMPLES.

7. Em 11/09/2000, a interessada vem aos autos (fls 124/125), afirmando ser sua atividade enlonamento de carga de caminhões admitida pelo sistema SIMPLES.

8. A autoridade julgadora, em 27/12/2000, determinou a volta do processo à DRF/Campinas para que o INSS complementasse as informações fornecidas por ocasião de seu ofício 259/2000.

9. Em 20/08/2001, o INSS complementou as informações solicitadas por meio de seu ofício nº 365/2001, o qual se encontra às fl. 130.

10. A DRJ/Campinas decidiu pelo indeferimento da solicitação pois entende que no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, as pessoas jurídicas com débitos inscritos em Dívida Ativa da União, em nome próprio ou de seus sócios, cuja exigibilidade não esteja suspensa, estão vedadas de optar pelo SIMPLES.

Tempestivamente recorre a este Conselho em que reitera os argumentos da impugnação.

É o relatório.

RECURSO Nº : 127.053
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463

VOTO

Conforme consta no relatório acima, os fatos relevantes para a decisão da presente lide podem ser assim resumidos:

- a contribuinte foi excluída do SIMPLES através do Ato Declaratório de fl. 22, genérico, consistente em “pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS”, datado de 09/01/99;
- em data anterior à sua exclusão havia entrado com uma ação ordinária anulatória de débito fiscal com pedido de tutela antecipada, visando desconstituir o crédito tributário junto ao INSS lançado pela NFLD nº32.467.413-9 (fls. 25/52);
- a antecipação de tutela foi negada na primeira instância tendo sido reconsiderada pelo juiz singular em face da decisão do agravo de instrumento, para suspender até final julgamento os efeitos da NFLD referida (fls. 148/150);
- face a insistência da contribuinte em sua manifestação de inconformidade quanto ao A.D. de Exclusão e posteriormente na impugnação contra o indeferimento da SRS junto à DRJ, esta solicitou em diligência à DRF esclarecimentos quanto à natureza das pendências junto ao INSS;
- através do Ofício de fls. 110/111 informa o INSS que consta a NFLD, a qual foi objeto de embargos do devedor;
- novo pedido de diligência da DRJ à DRF/Campinas para que o INSS complemente as informações prestadas no Ofício nº 259/2000 (fls. 110/111, quanto às pendências da empresa que motivaram sua exclusão do SIMPLES, esclarecendo qual a natureza e origem dos débitos previdenciários;
- as pendências junto ao INSS que motivaram sua exclusão do SIMPLES foram finalmente esclarecidas pelo Ofício nº 21.435.2/365/2001, do INSS, à fl. 130, em resposta ao Ofício ARF MGU/ 13840/306/01, nos seguintes termos:

“Esclarecemos que não foi aceita a opção para o SIMPLES, face às vedações do artigo 9º, inciso II, letra “f”, da Lei nº 9.317/96,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.053
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463

por tratar-se de empresa de prestação de serviços, com cessão de mão-de-obra.”

Esclarece, ainda, que os débitos previdenciários constantes da NFLD não foram decorrentes de vedação da atividade da empresa, e, sim, relativos à parte patronal, de terceiros e pró-labore sobre as folhas de pagamento.

a DRJ/Campinas em seu Acórdão, não se manifestou acerca dos esclarecimentos finais prestados pelo INSS que, afinal definiu a causa determinante que vinha sendo guerreada pela contribuinte desde o A. D. de Exclusão e, o indeferimento da SRS, qual seja, a existência de débito inscrito em Dívida Ativa da União cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Assim, penso estarem reunidos no sumário acima todos os ingredientes necessários à elucidação da presente lide.

Em primeiro lugar, se o Órgão Julgador de Primeira Instância considerasse o resultado das diligências por ele determinadas, a meu ver poderia:

- aceitar que a causa determinante da exclusão do SIMPLES é o exercício de atividade vedada e, nesse caso, determinar a anulação do A. D. de Exclusão, propiciando à recorrente o pleno exercício de seu direito de defesa face a essa motivação; ou,
- decidir o feito, em face da inequívoca constatação de que há um débito, anterior à sua exclusão do SIMPLES decorrente de NFLD INSS.

Decidiu a DRJ pela segunda alternativa, que foi aquela guerreada pela contribuinte, cujas provas constam nos autos, inclusive com demonstrativos dos débitos previdenciários.

Neste caso, vejo duas fortes razões para discordar do v. Acórdão recorrido:

- o referido débito conforme consta na ementa, não está inscrito em Dívida Ativa da União, eis que ainda não transitou em julgado a Ação Judicial já mencionada, conforme provas nos autos;
- a exigibilidade do referido débito se encontra suspensa por medida judicial (antecipação de tutela mantida).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.053
ACÓRDÃO Nº : 301-31.463

À vista do acima exposto, até por medida de economia processual voto pelo provimento do recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 15 de setembro de 2004


JOSÉ LENCE CARLUCI - Relator