2.º C C | PUBLICADO NO D. O. U. 22 / 09 / 2000 Rubrica

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.000507/99-15
Acórdão : 202-12.241

Sessão : 07 de junho de 2000
Recurso : 112.974
Recorrente : S.Q. INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS TECNO MECÂNICOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

SIMPLES – EXCLUSÃO – O ato administrativo que declara a exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES deve estar amparado por prova inconteste de que o débito junto à União ou junto ao INSS, da empresa ou de seu sócio, esteja inscrito, realmente, na Dívida Ativa. Inteligência do art. 9°, incisos XV e XVI, da Lei n° 9.317/96. **Recurso a que se dá provimento.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: S.Q. INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS TECNO MECÂNICOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 07 de junho de 2000

Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente

Luiz Roberto Domingo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Helvio Escovedo Barcellos, Maria Teresa Martínez López, Ricardo Leite Rodrigues, Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Oswaldo Tancredo de Oliveira e Adolfo Montelo.
Imp/cf

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.000507/99-15
Acórdão : 202-12.241

Recurso : 112.974
Recorrente : S.Q. INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS TECNO MECÂNICOS LTDA.

RELATÓRIO

A Recorrente acima identificada foi excluída do SIMPLES, através do Ato Declaratório nº 133.199/99, por constar pendências junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, com base no art. 9º da Lei nº 9.713/96.

Nas razões de impugnação, alega a Recorrente, em sua defesa, que:

(i) é restritivo ao seu direito de ampla defesa o ato declaratório, pois não discrimina os débitos pendentes do INSS que motivaram a exclusão; e

(ii) tem débitos pendentes junto ao INSS, objeto de execução fiscal, cuja exigibilidade encontra-se suspensa, por estarem garantidos por penhora, devendo ser aplicada a norma contida no art. 206 do Código Tributário Nacional.

Confirmada a exclusão pela autoridade administrativa da repartição de origem, a Recorrente foi intimada, em 21/05/99, a apresentar impugnação à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, o que fez em 10/06/99, alegando os mesmos argumentos trazidos inicialmente, colacionando aos autos cópias das execuções fiscais e dos autos de penhora que garantem o débito exeqüendo.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, esta proferiu decisão, não acolhendo a impugnação, cuja ementa é a seguinte:

"**SIMPLES**

Pendências junto ao INSS. Opção.
As pessoas jurídicas que tenham pendências próprias e/ou de sócio que participe com mais de 10% do capital social, junto ao INSS, estão impedidas de optar pelo SIMPLES.

IMPUGNAÇÃO NÃO ACOLHIDA".

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.000507/99-15
Acórdão : 202-12.241

Ainda inconformada com a decisão singular, da qual foi intimada em 21.09.99, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, em 21.10.99, alegando os mesmos aspectos anteriormente abordados, requerendo a reforma da decisão exarada pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento e o retorno da empresa à sua forma de apuração e pagamento de impostos pelo SIMPLES.

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.000507/99-15
Acórdão : 202-12.241

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR LUIZ ROBERTO DOMINGO

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à exclusão da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com fundamento nos incisos XV e XVI do artigo 9º da Lei nº 9.732/98, que vedam a opção à 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 do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;".*

Com efeito, a exclusão do contribuinte que tenha optado pelo SIMPLES, dar-se-á se e quando haja prova do débito inscrito na Dívida Ativa da União ou do INSS, a qual será declarada por ato administrativo, na forma da legislação de competência.

De plano, é de se reconhecer que o ato declaratório de exclusão do contribuinte do SIMPLES é um ato administrativo de caráter declaratório da ocorrência do fato impeditivo de permanência no Sistema e desconstitutivo de uma relação jurídica administrativa de condições especiais de apuração e recolhimento de tributos e contribuições federais.

Sendo ato administrativo, é privativo da autoridade administrativa, que tem o poder de aplicar o direito e reduzir a norma geral e abstrata em norma individual e concreta. É, portanto, mais que um poder, é um ato de dever de aplicar a norma, de forma vinculada e obrigatória. Podemos notar que, independentemente de qualquer norma específica para o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, o ato administrativo é vinculado, ou seja, deve ser realizado segundo os ditames normativos legais, tanto no que tange às norma de competência que possibilitam o exercício da fiscalização, como no que tange às normas jurídicas atinentes ao SIMPLES, que estabelecem os limites e os sujeitos passivos que estão autorizados a optar pelo Sistema.

Bem tratou a matéria o Eminete Conselheiro Antonio Carlos Bueno Ribeiro, nos autos do Recurso nº 113.101, apreciado por esta Câmara há pouco, cujos argumentos colaciono como razão de decidir:

Processo : 10855.000507/99-15
Acórdão : 202-12.241

> "De imediato, constata-se a inadequação ou, no mínimo, imprecisão do motivo ali explicitado (*"pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS"*) com o tipo legal da norma de exclusão (*"débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa"*).
>
> Ademais, o exame dos elementos de prova carreado aos autos são todos no sentido da existência de débitos e falha no conta corrente relativamente ao INSS, não havendo indicação com precisão da ocorrência de débito inscrito na dívida ativa, cuja exigibilidade não esteja suspensa, isto sim causa legal impeditiva ou excludente da opção pelo SIMPLES, sendo insuficiente para isso a simples anotação de descumprimento de parcelamento, sem esclarecer a natureza dos débitos parcelados.
>
> Por outro lado, em se tratando de um ato administrativo vinculado, no qual a observância do critério da legalidade é estrita, impondo o estabelecimento de nexos entre o resultado do ato e a norma jurídica, não é admissível que a administração, na presença de indícios de uma possível ocorrência de fato impeditivo à opção pelo SIMPLES, de pronto determine a exclusão do Contribuinte, transferindo-lhe o ônus de provar a inexistência do que se suspeita."

No caso em tela, no entanto, apesar de a autoridade fiscal, gestora do Sistema, não ter trazidos subsídios de fundamento para seu ato administrativo, não persiste dúvida acerca da existência de débitos por parte da Recorrente, uma vez que ela mesma subsidiou o processo com as devidas provas das execuções fiscais promovidas pelo INSS.

Ocorre, no entanto, que é o caso de dar consecução ao primado do art. 206 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

> "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**."

A interpretação deste artigo não está adstrita às condições de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional, uma vez que estas se remetem à exigibilidade administrativa.

Na questão posta, a suspensão da exigibilidade deve ser colocada no âmbito da análise do processo judicial de execução do crédito, ou seja, a penhora ou o depósito do valor

exigido suspende sua executabilidade, por conter, exatamente, um dos requisito da executabilidade do crédito, qual seja, a exigibilidade. Nessa condição é que se torna possível dar andamento aos embargos do devedor, até seu termo final, sem que seja impelido a cumprir a obrigação em lide.

Por essa esteira caminhou a Medida Provisória que instituiu o CADIN, vez que estabelece condições que se apresente prova de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme o art. 7º, § 2º, da Medida Provisória nº 1.320, de 09.02.96, e versões subseqüentes, o que, de plano, possibilita o provimento do processo em tela.

Dispõem os arts. 6º e 7º o seguinte:

"Art. 6º - É obrigatória a consulta prévia ao CADIN, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta para:

...

II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;

...

Art. 7º - A existência de registro no CADIN há mais de quinze dias constitui fator impeditivo a celebração de qualquer dos atos previstos no artigo anterior.

§ 1º - em caso de relevância e urgência e nas condições que estabelecerem, o Ministro da Fazenda e o Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontre o órgão ou entidade credora poderão suspender, em ato conjunto, o impedimento de que trata este artigo.

§ 2º Não se aplica o disposto no *caput* deste artigo quando o devedor comprove que:

a) ajuizada ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou seu valor, tenha oferecido garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;

b) esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei." *(grifos acrescidos ao origial)*

Resumidamente, tais dispositivos normativos obrigam a Administração a, antes de conceder benefícios ou assinar contratos, consultar o CADIN (art.6º) e ser verificada a inscrição, deve requerer a outra parte da relação jurídica que **demonstre efetivamente que o**

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10855.000507/99-15
Acórdão : 202-12.241

débito ali inscrito (art. 7°, § 2°) está em discussão judicial, devidamente garantida (art. 7°, § 2°, "a"), ou que a exigibilidade esteja suspensa (art. 7°, § 2°, "b").

O § 2° do art. 7° é claro: "***não se aplica o disposto no caput deste artigo***", ou seja, a Administração Pública não estará impedida de praticar o ato administrativo em favor da pessoa jurídica, "***quando o devedor comprove***", através de documentos ou certidões, que: "***a) ajuizada ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou seu valor, tenha oferecido garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;***" ou "***b) esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.***".

Estando comprovado pelos documentos trazidos aos autos que as dívidas que a Recorrente mantém perante o INSS são objeto de discussão judicial, estando garantidas por penhora, não há que ser sujeita à exclusão, sob pena de se estar fazendo-o em represália ao seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, no âmbito do devido processo legal.

Diante desses argumentos, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, ~~em 07 de~~ junho de 2000

LUIZ ROBERTO DOMINGO