



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 11080.009909/00-71
SESSÃO DE : 03 de dezembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.591
RECURSO Nº : 127.548
RECORRENTE : RESTAURANTE D'ITALIANI LTDA.
RECORRIDA : DRJ/PORTO ALEGRE/RS

**SIMPLES – EXCLUSÃO – DÉBITO INSCRITO EM DÍVIDA
ATIVA. INSS – EXIGIBILIDADE NÃO SUSPENSA.**

Estando comprovado que à época em que se deu a exclusão do sistema simplificado de pagamento de tributos e contribuições a que se refere o art. 3º, da Lei nº 9.317/98 – SIMPLES, por meio de competente Ato Declaratório (Comunicado de Exclusão) regularmente emitido, a empresa contribuinte possuía débito inscrito junto ao INSS, inclusive ajuizado, cuja exigibilidade não estava suspensa, é de se manter a exclusão, em obediência ao disposto no art. 9º, inciso XV, da referida Lei.
NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luis Antonio Flora, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente) que davam provimento.

Brasília-DF, em 03 de dezembro de 2004

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Relator

18 MAR 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO, WALBER JOSÉ DA SILVA e LUIZ MAIDANA RICARDI (Suplente). Ausentes as Conselheiras ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO e SIMONE CRISTINA BISSOTO.

RECURSO Nº : 127.548
ACÓRDÃO Nº : 302-36.591
RECORRENTE : RESTAURANTE D'ITALIANI LTDA.
RECORRIDA : DRJ/PORTO ALEGRE/RS
RELATOR(A) : PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES

RELATÓRIO

A ora Recorrente foi excluída da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei nº 9.317/98, com a redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98, pelo ATO DECLARATÓRIO (Comunicação de Exclusão) nº 319.198, expedido em **02 de outubro de 2000**, (FLS. 04), em decorrência de "Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS".

Apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão em 29/11/2000 (fls. 01/03), pedindo o cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão, argumentando, em síntese:

- que existem 03 (três) débitos ajuizados pela Autarquia (INSS) contra a empresa;
- que quanto ao primeiro deles, de nº 35.107.217-0, não está com sua exigibilidade suspensa tendo em vista que não foi iniciada a fase de execução judicial da dívida;
- que quanto aos outros dois, de nºs. 32.432.128-7 e 32.432.129-5, já foram opostos embargos à execução, estando o débito garantido pela penhora e, portanto, com sua exigibilidade suspensa.
- que o legislador, ao redigir a Lei nº 9.317-96 não desejou excluir as empresas quando da mera inscrição em Dívida Ativas, já que enquanto pendente de decisão judicial definitiva, inexistia certeza quanto à existência do débito.
- invoca o art. 112 do CTN, que concede uma interpretação mais favorável, em caso de dúvida, no momento de cominar penalidade ou definir infrações.

Pela Decisão DRF/PA Nº 1602/2000 (fls. 15/18) a Autoridade de primeira instância indeferiu a solicitação, conforme Ementa que se transcreve:

"EMENTA. DÉBITO. DÍVIDA ATIVA. INSS. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica e/ou seus sócios que tenham débito inscrito em Dívida Ativa do INSS, cuja exigibilidade não

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.548
ACÓRDÃO Nº : 302-36.591

esteja suspensa. A suspensão da exigibilidade do débito, em fase de cobrança judicial, só ocorre com a efetivação da penhora em auto ou termo próprio.”

Em seus fundamentos, dentre outras coisas, o I Julgador monocrático argumentou:

“(…) Embora tenha afirmado em sua petição, que pelo menos dois débitos (nº 32.432.128-7 e nº 32.432.129-5) estariam com a sua exigibilidade suspensa, não instruem o processo as Certidões das Varas onde tramitam as respectivas ações ou as cópias dos embargos, ou ainda, as cópias dos Autos de Penhora, em que pese a requerente referir que anexara tal comprovação. Somente a luz de tais documentos se poderia corroborar a versão do contribuinte, de que, quanto a estes débitos, a exigibilidade estaria suspensa, porquanto já oferecidos (e aceitos) bens à penhora.

Quanto ao débito nº 35.107.217-9, o contribuinte alega que está ainda em fase administrativa, mas pela informação de folha 07, a ação de execução estaria com o mesmo tratamento das demais, já ajuizada. Logo, como o contribuinte admite a não suspensão de sua exigibilidade, tem-se o mesmo tratamento: não comprovada a penhora, está sujeito também à regra do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

Desta forma, fica evidente que, quando da edição do Ato Declaratório, o contribuinte se encontrava em situação prevista na lei como de vedação ao SIMPLES: havia inscrição em dívida ativa (com execução em andamento) e não havia a condição para suspensão da exigibilidade (aceitação de penhora). Logo, não havia a exceção prevista na norma de vedação, sendo correta a exclusão declarada.”

Da referida decisão o Contribuinte apelou para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em PORTO ALEGRE – RS (fls. 21/24), pleiteando a reforma da Decisão singular e o cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão.

Trouxe, em anexo, CERTIDÃO NARRATÓRIA, expedida pela Justiça Federal – 2ª. Vara das Execuções fiscais de Porto Alegre (fls. 25), que certifica o seguinte:

“...tramita perante este Juízo da 2ª. VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE PORTO ALEGRE a(s) Execução (execuções) Fiscal (fiscais) nº (s) 98.00.28725-6, movida(s) por INSS- Instituto Nacional do Seguro Social contra RESTAURANTE DITALIANI LTDA. (CGC 89.685.408/0001-58). Trata-se de ação (ações) que visa(m) à execução de débitos representados na(s) CDA(S) NºS. 32.432.128-7 e 32.432.129-5, no valor originário total de R\$

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.548
ACÓRDÃO Nº : 302-36.591

15.994,65 (quinze mil, novecentos e noventa e quatro reais e sessenta e cinco centavos). **CITAÇÃO:** em 05/03/99. **GARANTIA EM JUÍZO:** Não tendo havido o pagamento do débito, a execução foi garantida em 17/08/99 (com reforço de penhora em 07/12/2000). **DEPOSITÁRIO:** NESTOR BASSEGGIO (RG 3.005.883.313). **LEILÃO:** não há leilão, visto que foram opostos embargos sob o nº 1999.71.00.024222-6. Recebidos em 01/12/99, foi naquela data suspensa a execução fiscal. Certifico, por fim, que, impugnados em 15/09/2000, o processamento dos embargos aguarda seja intimada a parte embargante para que se manifeste sobre as razões de impugnação....”

Com relação à terceira dívida, correspondente à NFLD nº 35.107.217-9, argumentou, em síntese, o seguinte:

- Em que pese haver Execução Fiscal ajuizada, há que se levar em consideração a transitoriedade desta situação, bem como os prejuízos que certamente advirão ao contribuinte caso seja mantida a indevida exclusão;
- Isto porque ainda que não tenham sido oferecidos bens à penhora, tal só se deu em razão da demora do Judiciário em promover a intimação do contribuinte;
- Para o recorrente a exclusão do SIMPLES representa questão essencial à continuidade da microempresa, mormente no período de violenta crise financeira pela qual passam as empresas brasileiras, especialmente as de pequeno porte, não representando, todavia, nenhum prejuízo ao Fisco;
- Até a data mencionada, não houve a citação do contribuinte, embora ajuizado o Executivo Fiscal indicado;
- O recorrente pretende suspender a exigibilidade de quaisquer créditos que venha a ser-lhe cobrados, a fim de possibilitar sua manutenção no SIMPLES, bem como para assegurar seu direito de defesa.
- Entendimento diversos configura tratamento anti-isonômico, contrário à Ordem Constitucional, porquanto antes da válida citação, somente se poderia suspender a exigibilidade do crédito através do depósito do montante cobrado em Ação Ordinária própria, condição que não possuem todas as empresas. Como alternativa, possibilita o CPC, que oferece a alternativa de oferecimento de bens à penhora.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.548
ACÓRDÃO Nº : 302-36.591

- A recorrente não possui numerário disponível para o ajuizamento da competente Ação Anulatória, restando-lhe tão-somente o oferecimento de bens à penhora.

A DRJ em PORTO ALEGRE – RS, pelo Acórdão DRJ/POA Nº 1.433, de 06/09/2002, indeferiu a solicitação formulada na apelação supra, conforme Ementa que se transcreve: *verbis* (fls. 33)

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2000

Ementa: SIMPLES – EXCLUSÃO – Deve ser mantido o Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES se não demonstrada a regularização das pendências junto ao INSS.

Solicitação Indeferida.”

A fundamentação da Decisão singular prende-se ao fato de que na data da emissão do Ato Declaratório havia débito contra a Empresa, cuja exigibilidade não estava suspensa.

Cientificada da Decisão em 15/10/2002 (AR fls. 38), o Contribuinte ingressou com Recurso Voluntário em 13/11/2002, tempestivamente, como se comprova pelo protocolo/recibo às fls. 39.

Sua argumentação se funda na tese defendida em primeira instância, reforçando com a citação de jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), de Arestos cujas Ementas transcreve às fls. 43.

Trouxe ainda outros documentos em anexo, como a Certidão expedida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região (fls. 48), que a Recorrente esclarece tratar-se de um dos débitos objeto do Ato Declaratório, que já estava com sua exigibilidade suspensa.

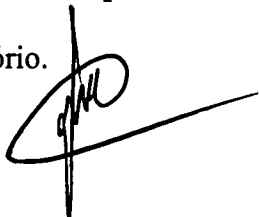
No que diz respeito ao débito remanescente, correspondente à citada NFLD nº 35.107.217-9, esclarece que foi ajuizada a Ação de Execução, na qual, quando efetivada a citação houve oferecimento de bens à penhora, garantindo o juízo e, portanto, suspendendo a exigibilidade do suposto e discutido débito, como noticiam os documentos de fls. 54/58.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.548
ACÓRDÃO Nº : 302-36.591

Vieram então os autos a este Conselho, tendo sido distribuídos, por sorteio, a este Relator, em sessão realizada no dia 12/08/2003, conforme noticia o documento de fls. 65, último deste processo.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'C' followed by a vertical line and a horizontal stroke.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.548
ACÓRDÃO Nº : 302-36.591

VOTO

Como já visto, o Recurso Voluntário é tempestivo, estando atendido, assim, o pressuposto regimental único necessários à sua admissibilidade, razão pela qual Dele conheço.

Com relação ao mérito, não vejo razões para reformar a R. Decisão de primeiro grau, proferida em boa e devida forma e dentro da estrita legalidade.

Com efeito, é certo que dos três (03) débitos para com o INSS objeto de inscrições em Dívida Ativa, como amplamente divulgado pela própria Recorrente, dois (02) deles já estavam com sua exigibilidade suspensa quando da expedição do referido Ato Declaratório.

A Certidão Narratória da Justiça Federal – 2ª Vara das Execuções Fiscais de Porto Alegre, acostada às fls. 25, indica que nos autos de execução de débitos representados nas CDAs nºs. 32.432.128-7 e 32.432.129-5, foram os mesmos garantidos em 17/08/99 (com reforço de penhora em 07/12/2000).

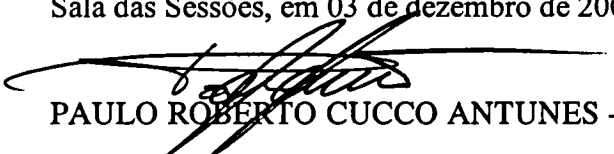
Portanto, quando da expedição do Ato Declaratório de Exclusão questionado (fls. 04), em 02/10/2000, tais débitos já estavam com sua exigibilidade suspensa, uma vez que garantidos desde 17/08/1999.

Não obstante, com relação ao terceiro débito, de nº 35.107.217-9, com foi reconhecido pelo próprio Contribuinte, à época da expedição do mesmo Ato Declaratório, tal dívida estava inscrita, porém sem suspensão da sua exigibilidade.

Forçoso se torna reconhecer, portanto, a aplicabilidade ao caso das disposições do art. 9º, inciso XV, da Lei nº 9.317, de 1996, comportando-se, deste modo, a sua exclusão do SIMPLES.

Em razão do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso, mantendo a Decisão atacada.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2004


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES - Relator