



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 11610.002339/2001-78
Recurso nº : 134.424
Sessão de : 19 de outubro de 2006
Recorrente : LUMINÁRIAS REKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO
LTDA. EPP.
Recorrida : DRJ-SÃO PAULO/SP

R E S O L U Ç Ã O Nº 302-1.318

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem, argüida pelo Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes, nos termos do voto do relator designado. Vencidos os Conselheiros Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, relatora, Corinto Oliveira Machado e Mércia Helena Trajano D'Amorim.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente


LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES
Relator Designado

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Luis Antonio Flora. Ausentes a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº :
Resolução nº : 302-

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A interessada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, sob a alegação de “Pendências da Empresa e/ou Sócios junto ao INSS” e “Pendências da Empresa e/ou Sócios junto à PGFN”, conforme Ato Declaratório nº 402.267, datado de 02 de outubro de 2000 (fls. 32).

DA SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO

À fl. 22 encontra-se o formulário de Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS, considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP, pela existência de débitos inscritos no INSS e na PGFN, cuja exigibilidade não estava suspensa, contrariando o disposto no art. 9º, XV, da Lei nº 9.317/96.

O contribuinte instruiu sua SRS com a petição de fls. 24 a 31, expondo os argumentos que leio em sessão, para o mais completo conhecimento de meus I. Pares.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada do resultado da SRS em 18 de junho de 2001 (AR à fl. 23), a interessada apresentou, por advogado regularmente constituído (instrumento à fl. 08), em 11 de julho de 2001, a Manifestação de Inconformidade de fls. 01 a 05, alegando, em síntese, que:

- Alguns dos supostos débitos são objeto de parcelamento e, portanto, estão com a exigibilidade suspensa, conforme inciso VI do art. 151 do CTN, enquanto outros estão sob discussão judicial, pendente de decisão definitiva e trânsito em julgado.
- Embora o ato unilateral consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa instrua a execução fiscal, em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, o contribuinte pode se defender da cobrança que, em inúmeras vezes, são indevidas.
- Com isso, o Ato Declaratório de Exclusão não pode considerar como definitivo, algo pendente de manifestação judicial.

Processo nº :
Resolução nº : 302-

- Importante observar as cópias das penhoras em anexo que garantem as respectivas execuções fiscais, em obediência ao devido processo legal estabelecido pela Lei nº 6.830/80, que visa proteger o recebimento dos créditos pela Fazenda Pública. Mesmo que eventuais cobranças sejam indevidas, o contribuinte tem de se submeter à constrição judicial da penhora para que possa exercer seu direito de defesa.
- Além de todo amparo legal que protege a Fazenda Pública, não pode a mesma utilizar outros meios, como a exclusão do SIMPLES, para pressionar o contribuinte a quitar suposto débito que pende de decisão judicial definitiva. Isto fere a Constituição Federal, posto que tal não encontra respaldo no sistema constitucional tributário, além de ferir o devido processo legal, ao utilizar a pendência fiscal para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo.
- Em matéria fiscal não é admissível indícios ou presunções. Portanto, necessária uma apuração mais aprofundada para se constatar ou não as pendências, o que possibilitará ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa.
- Além disso, o ato declaratório está vinculado à lei, de forma que o mesmo não é ato discricionário, mas vinculado, devendo ser fundamentado.
- A exclusão pretendida caracteriza-se como verdadeira “Sanção Política”, totalmente ilegal, constituindo evidente desvio de finalidade, posto que a legislação tributária, assim como a processual, prevê procedimentos próprios para constituição, inscrição e cobrança do crédito tributário.
- Além da afronta ao contraditório e ampla defesa e ao devido processo legal, a contribuinte também encontra respaldo em outros princípios constitucionais, para manter-se no SIMPLES, como o da igualdade (art. 150, II, CF/88), do tratamento jurídico diferenciado (art. 170, incisos IV e IX e art. 179, ambos da CF/88) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/88).
- Cita-se, ainda, o disposto no art. 37 da Carta Magna.
- Nos termos do art. 179, deve ser atribuído tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, o qual depende da condição de pequena ou microempresa, não havendo qualquer limitação no tocante à existência de “pendências fiscais”.
- O Fisco tem assegurado o direito de cobrar seus créditos por meio de ação executiva, disciplinada pela Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80). *WLL*

Processo nº :
Resolução nº : 302-

- As pequenas e microempresas merecem tratamento diferenciado porque , além de serem as verdadeiras geradoras de empregos no País, são as que mais sofrem com a política econômica adotada pelo Governo Federal. A limitação quanto à existência de pendências inviabilizaria a recuperação das pequenas empresas em dificuldades, levando ao fechamento das mesmas e, conseqüentemente, à diminuição da arrecadação de tributos e ao aumento do desemprego.
- Além disso, a requerente encontra-se em situação equivalente a outros contribuintes participantes do SIMPLES. A dívida da empresa está sendo usada como diferencial para discriminar e aumentar sua carga tributária, servindo como instrumento de sanção política.
- Ademais, somente através do processo legalmente estabelecido, tanto administrativo quanto judicial, pode ser o contribuinte privado de seus bens, de forma que qualquer ato de coação estatal contra o contribuinte, não previsto no sistema constitucional vigente, é inconstitucional.
- Também está sendo contrariado o disposto no art. 5º, LIV, da CF/88, posto que a Administração Tributária não pode se utilizar de ato declaratório como instrumento de coação.
- No âmbito da relação jurídico-tributária, os questionamentos intentados na esfera administrativa em oposição à pretensão do Poder Tributante têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, CTN).
- A exclusão pretendida chegará ao ponto de inviabilizar o próprio fundamento da empresa, com o que restará violado o princípio da liberdade de iniciativa, posto que a requerente estará discriminada e não gozará dos benefícios que a lei lhe confere, simplesmente por possuir pendências fiscais pendentes de pronunciamento judicial definitivo e do conseqüente trânsito em julgado.
- Requer seja julgada procedente sua manifestação de inconformidade, declarando-se nulo o ato declaratório em questão.

Foram os autos encaminhados à DRJ/São Paulo, em prosseguimento.

DAS PROVIDÊNCIAS REQUERIDAS PELA DRJ EM SÃO PAULO

A fim de que o processo fosse devidamente instruído, a DRJ em São Paulo solicitou que fossem juntados ao mesmo: (a) a cópia do Contrato Social da Empresa; (b) a Certidão Negativa de Débitos do INSS; e (c) a cópia do protocolo do pedido de parcelamento nº 36624.000938/2001-67 formalizado junto ao INSS.

Processo nº :
Resolução nº : 302-

Solicitou, ainda, que após as providências acima, os autos fossem encaminhados à PGFN, para que a mesma se manifestasse quanto às alegações da requerente de que os débitos estão com a exigibilidade suspensa (fl. 45).

À fl. 46 consta a Intimação do contribuinte para apresentar os documentos solicitados. A ciência da mesma se deu em 24/05/2005 (fl. 46-v).

Em 17/06/2005, o interessado, por seu Advogado, juntou os documentos solicitados (fls. 48 a 83).

Os autos não foram remetidos à PGFN, para sua manifestação (grifei).

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 24 de novembro de 2005, os I. Membros da 7ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, por unanimidade de votos, indeferiram a solicitação do Interessado, nos termos do ACÓRDÃO DRJ/SPOI Nº 8.378 (fls. 86 a 93), cuja ementa apresenta o seguinte teor:

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

Ano-calendário: 2000

Ementa: **SIMPLES. EXCLUSÃO. PENDÊNCIAS JUNTO À PGFN E AO INSS.** Há que ser considerada procedente a exclusão de ofício do Simples, formalizada por meio de ato declaratório, tendo em vista que, à época, restou comprovada a existência de débito inscrito na Dívida Ativa da União.

INCONSTITUCIONALIDADE. A autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal, e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua legalidade, constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade.

CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCABIMENTO. Descabe a alegação de ocorrência de cerceamento do direito de defesa quando a impugnação apresentada pela contribuinte enfrenta as infrações a ela imputadas.

Solicitação Indeferida.”

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada do Acórdão prolatado em 29/12/2005 (AR à fl. 95-v), a Interessada, por seu Advogado, protocolizou, em 20/01/2006, tempestivamente, o recurso de fls. 96 a 103, instruído com os documentos de fls. 104 a 117, repisando os argumentos apresentados em sua impugnação e acrescentando que, em síntese:

Processo nº :
Resolução nº : 302-

- O Acórdão recorrido destacou: (a) que consta às fls. 35/36 uma relação de processos referentes aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União, à época, ainda pendentes; (b) que de acordo com o Demonstrativo de Débitos Inscritos em Dívida Ativa existiam duas inscrições (processos nºs. 13808.238231/97-83 e 13808.238233/97-17) em ajuizamento (fls. 35 e 36), cujos débitos foram inscritos em 04/07/97; (c) que já existiam à época do desenquadramento do SIMPLES, datado de 02/10/2000, débitos inscritos (fls. 35/36); e (d) que o contribuinte apresentou cópia do Pedido de Parcelamento (fls. 49/50) em 25/08/2003, ou seja, em período posterior à sua exclusão do SIMPLES.
- Primeiramente, cumpre esclarecer que a recorrente protocolou petição no presente processo administrativo em 15/08/2001, juntando parcelamento efetivado em data anterior a 25/08/2003.
- A Lei nº 10.684/2003 que instituiu o regime de parcelamento especial, permitiu o parcelamento de débitos com vencimento até 28/02/2003, inclusive às empresas já optantes pelo SIMPLES.
- É importante enfatizar que a legislação federal autorizou o parcelamento especial de débitos tributários para empresas que possuíam débitos mas estavam enquadradas no SIMPLES, sendo que esse parcelamento foi criado para permitir que as empresas em débito regularizassem sua situação fiscal e continuassem no SIMPLES. Se não fosse assim, o legislador não teria usado a expressão "... optantes pelo SIMPLES ...", mas, sim, "que vierem a optar pelo SIMPLES" ou "que vierem a se enquadrar no SIMPLES".
- Ou seja, o parcelamento da Lei nº 10.684/2003 foi criado, entre outros, para **empresas com débitos e optantes pelo Simples**. (grifo original)
- Assim, qualquer ato de exclusão motivado por pendência fiscal, seja de que data for, perde o sentido de ser e torna-se nulo caso a empresa se enquadre corretamente no parcelamento especial. Em outras palavras, apenas se a empresa não cumprir as regras do parcelamento e for excluída do mesmo é que permitirá a emissão de um novo ato declaratório de exclusão por motivo de pendência fiscal, pois enquanto estiver em andamento o parcelamento, não haverá motivo legal para exclusão do SIMPLES.
- É esse o caso deste processo: a empresa é optante pelo SIMPLES desde 31/03/1997; regularizou sua situação fiscal através do parcelamento especial amparada na Lei nº 10.684/2003; teve suas inscrições que motivaram o ato de exclusão suspensas em razão da lei; e continua ativa no parcelamento.

Processo nº :
Resolução nº : 302-

- Deste modo, o motivo da emissão do ato declaratório não existe mais, com base no disposto nos artigos 105, 106 e 112 do CTN.
- A manutenção da exclusão do SIMPLES, no presente caso, além de contrariar a Lei 10.684/2003, a própria Lei do SIMPLES e o CTN, contraria, ainda, diversos dispositivos constitucionais, especialmente no caso em que os débitos estão com parcelamento em andamento, estando com sua exigibilidade suspensa, conforme art. 151, VI, do CTN.
- Em matéria fiscal não é admissível indícios ou presunções.
- O ato declaratório de exclusão está vinculado à lei, de forma que não é um ato discricionário, mas vinculado.
- A Recorrente está sendo compelida a recolher pendências que já estão parceladas, para que não seja excluída do SIMPLES.
- Além do que, mesmo que não houvesse o parcelamento, a exclusão seria indevida por ferir a CF/88, em especial o devido processo legal e os princípios da igualdade, do tratamento jurídico diferenciado e da capacidade contributiva.
- O ato de Exclusão caracteriza-se como verdadeira sanção política, totalmente ilegal, constituindo evidente desvio de finalidade.
- Não se pode esquecer, também, que a teor do art. 151, III, do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário.
- Requer, finalizando, o provimento de seu recurso, reformando-se o Acórdão recorrido.

Após a apresentação do recurso voluntário, foi juntado a este processo, por apensação, o Processo nº 13807.000741/2003-16, que trata de Pedido de Inclusão no Simples (a partir de 01/01/2003), protocolizado em 29 de janeiro de 2003, pela empresa Luminárias Reka Indústria e Comércio Ltda.

Nesse pedido, a Interessada informa que “não foi possível enquadrar a empresa no Simples, pois a mesma está com pendências na PFN, como foi constatado em 24/01/2003, após a tentativa de enquadramento através da Internet, e posteriormente através de pesquisa realizada junto à PFN, onde foram constatadas 6 (seis) pendências, referente aos processos nºs (...)”. Informa, ainda, que “no dia 28/01/2003 fez o parcelamento destas pendências e o devido recolhimento da primeira parcela do parcelamento, em seguida foi feita a entrada na Certidão Positiva com efeitos de Negativa da Dívida Ativa.”

EMULA

Processo nº :
Resolução nº : 302-

Foram os autos encaminhados a este Terceiro Conselho de Contribuintes, para julgamento.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até a fl.121 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Colegiado, além do processo em apenso de fls. 01 a 50.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "M. L. A. F. L. B.", written in a cursive style.

Processo nº :
Resolução nº : 302-

VOTO

Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes, Relator Designado

Como se verifica dos autos, a recorrente aduz terem sido parcelados os débitos que ensejaram a exclusão do SIMPLES daquela.

Da análise dos autos não é possível verificar se a recorrente ainda se encontra adimplente no parcelamento realizado, motivo pelo qual se faz necessário baixar em diligência o presente processo, com vistas a elucidar esta situação.

Diante do exposto, VOTO PELA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA À REPARTIÇÃO DE ORIGEM, para que a autoridade fiscalizadora:

1) verifique e informe a situação dos débitos que ensejaram a exclusão do SIMPLES da recorrente;

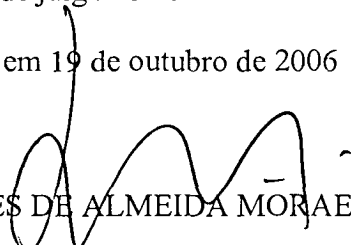
2) verifique e informe a situação dos parcelamentos realizados pela recorrente;

3) informe a este Conselho o número da inscrição no parcelamento PAES (número da conta PAES) realizado pela recorrente, para que possamos também verificar, à época do novo julgamento, a regularidade fiscal da recorrente através do site da Secretaria da Receita Federal;

4) Deve ainda a repetição de origem diligenciar para informar a este Conselho o número de funcionários da recorrente e o seu faturamento no período objeto deste processo.

Realizada a diligência, deverá ser dado vista ao recorrente para se manifestar, querendo, pelo prazo de 30 dias, e, após, devem ser encaminhados os autos para este Conselho, para fins de julgamento.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006


LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES – Relator Designado