



## Justiça extingue ação de execução fiscal contra empresa

O juiz **Fábio Mendes Ferreira**, de Presidente Venceslau (SP), extinguiu processo de execução fiscal movido pelo INSS contra uma instituição de ensino. O INSS alega que a empresa optou, indevidamente, pelo “Simples”. Segundo o INSS, a instituição estaria impedida de optar pelo “Simples” com base na vedação contida no artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

A empresa foi defendida pelo advogado **Carlos Augusto Farão**, do escritório JPPM Advogados Associados que fica em Presidente Prudente (SP). O advogado argumentou que o INSS era incompetente para autuar a empresa nos moldes como agiu porque “não havia o Ato Declaratório de Exclusão”. A competência para determinar a exclusão seria exclusivamente da Secretaria da Receita Federal.

Em sua decisão, o juiz afirmou que o INSS não tem “poderes para realizar o ato administrativo enumerado na certidão da dívida ativa”.

De acordo com o advogado, a decisão deve abrir precedentes para outras empresas, também de outros ramos, que estão na mesma situação.

### Veja a decisão

Feito nº 191/98 – 1º e 2º Apenso – 1ª Vara

Vistos.

**Dirce Vieira Pero**, qualificada nos autos, impetrou Embargos à Execução em face do **Instituto Nacional do Seguro Social**, tendo em vista Execução Fiscal ajuizada pelo embargado-credor, constante da certidão de dívida ativa acostada a fls. 05/11 (autos principais), cujos componentes relacionam-se com o período de 02/97 a 02/98 e refere-se a contribuições previdenciárias não recolhidas, relativas à contribuição da empresa, do seguro acidente de trabalho, ao Incra, Sebrae e Sesc.

Alegou a embargante que o INSS sustentou que a empresa era optante indevidamente pelo **Simples**, motivo pelo qual foi lavrado o procedimento próprio e expedida a certidão de dívida ativa. Aduz a embargante, em preliminar, que o título embasador da execução fiscal é nulo de plena natureza, pois o Instituto Nacional do Seguro Social não é o órgão competente para efetuar a fiscalização, arrecadação e tampouco o cancelamento da opção pelo **Simples**, afirmando, ainda, que a autuação é relativa ao período de fevereiro de 1997 a 1998 e somente em 1999 foi excluída do **Simples** por ato da Secretaria da Receita Federal, questão a qual está sob júdice.

No mérito bateu na elevada multa punitiva imposta e na taxa de juros aplicada indevidamente, bem como sustentou a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei 9.317/96 que restringiu o rol das micro e pequenas empresas daquele regime de tributação (fls. 02/29).

Com a inicial vieram os documentos de fls. 30/41.



A seu tempo o embargado impugnou os embargos alegando, em preliminar, a intempestividade dos embargos e, no mérito, pugnou pela legalidade do ato administrativo que deu origem a emissão da certidão de dívida ativa. Sustentou que a empresa da embargante não pode ser beneficiada pelo **Simples**, haja vista que atua no ramo de ensino, o qual possui vedação expressa, a teor do artigo 9º da Lei 9.317/96. Juntou documentos (fls.53/157).

Réplica a fls. 161/167.

Anoto ainda que a empresa Escoteco Sociedade Civil Ltda ajuizou embargos à execução em separado, mas o pedido contido naquele está totalmente abrangido pelos embargos opostos pela sócia-embargante, de modo que ambos se dão objeto da mesma sentença.

### **É o Relatório.**

Fundamento e Decido.

Anoto de início que a execução fiscal foi ajuizada em face da empresa Escoteco Sociedade Civil Ltda e em 09 de junho de 2001, foi efetuada pensara em bens da sociedade civil, intimando-se o representante legal da mesma, Lúcio César Pero, do prazo para oferecimento de embargos (fls. 79vº).

Pela decisão de fls. 223 foi incluído no pólo passivo da execução os representantes legais da empresa Escoteco Sociedade Civil Ltda, decisão da qual foi tirado o recurso pertinente (fls.229/250).

Citação daqueles representantes está colacionada a fls. 284, sendo lavrado o termo de penhora de fls. 331 e seu aditamento (fls. 397), intimando-se pessoalmente a executada Dirce Vieira Pero em 21 de rr(arco dc 2001 (fls. 352) do prazo para oferecimento da defesa.

A seu turno os presentes embargos foram interpostos em 29 de março de 2001, ex vi de fls. 02 destes autos, de modo que tempestivos, pois não se trata de Simples reforço de penhora, mas de inclusão no pólo passivo da embargante e conseqüente penhora de bens próprios.

Por proêmio, ressalto que sobre a execução fiscal ajuizada foram tirados dois embargos, o primeiro ofertado pela empresa Escoteco Sociedade Civil Ltda e o segundo pela sócia da firma Dirce Vieira Pero. Ocorre que o segundo embargo possui pedido mais abrangente que o primeiro, de modo que, nos termos do artigo 104 do Código de Processo Civil passo a sentenciá-los conjuntamente, pois de continência se trata.

Superada esta fase analiso que os argumentos alinhavados na inicial e na impugnação estão a demonstrar a desnecessidade de dilação probatória. O caso comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 17, parágrafo único, da Lei 6.830/80.

A matéria versada nos presentes embargos refere-se a cobrança de contribuições previdenciárias relativas ao Fundo de Previdência e Assistência Social e a Terceiros, não recolhidos no momento temporal carreto, relativa à contribuição da empresa, do seguro acidente de trabalho, Incra, Sebrae e Sesc.



A empresa embargante sustenta que, à época dos fatos, era optante pelo **Simples**, motivo pelo qual indevida a cobrança efetuada. Alegou ainda que a certidão de dívida ativa foi lavrada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o qual o excluiu, indevidamente, daquele sistema tributário.

Mas, antes de adentrar ao *meritum causae* convém ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 179, regulou tratamento diferenciado, simplificado e favorecido de tributação, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte. Os requisitos para tal enquadramento estão disciplinados no artigo 2º e as vedações à opção estão elencadas no artigo 9º da Lei 9.317/96.

Por sua vez o artigo 3º, da Lei explicitada, estipula sobre quais impostos e contribuições recaem a unificação, sendo certo que aqueles cobrados nestes autos estão amparados no parágrafo 1º, letra “f” do artigo citado.

Conforme se depreende dos documentos de fls. 89/168 dos autos da execução, a empresa fez a opção pelo **Simples**, mas diante da vedação contida no artigo 9º da Lei 9.317/96, pois desenvolve atividades relacionadas à educação e cultura, o Instituto Nacional do Seguro Social emitiu a notificação fiscal de lançamento de débito – NFLD (fls. 91), confeccionou o relatório fiscal competente (fls. 107/109) e, após esgotadas as vias administrativas (fls.116/119; 147/149; 153/160 e 162/163- autos da execução), lançou o montante do débito na Certidão coligida à execução.

Destarte, apesar de as partes estarem debatendo sobre a legalidade da inclusão do embargante no referido regime fiscal, no entendimento deste Magistrado, a questão não pode chegar a tal *desideratum*, haja vista que para isto seria necessário superar a legalidade do ato administrativo praticado e, neste diapasão, deparamos com ato nulo, efetuado por autoridade incompetente para assim proceder.

Com efeito, o lançamento fiscal realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social encontra-se eivado de nulidade, tendo em vista sua incompetência para tal mister.

Conforme relatado acima o **Simples** é composto de uma gama de tributos, alguns de competência da União propriamente dito e outros da seguridade social, de modo que a Lei 9.317/96, regulando a matéria e delimitando totalmente seu campo normativo, estipulou competência uma para a Secretaria da Receita Federal operacionalizar todo o sistema de inclusão, exclusão e arrecadação, ficando, pois, vedado ao Instituto embargado, sob o pretexto de eventual ilegalidade, imiscuir em tal seara, pois restrito ao ente citado.

Analisemos a Lei sob luzes.



Os artigos 12 e seguintes da Lei 9.317/96 fixam a forma de exclusão da empresa do regime tributário do **Simples**, sendo certo que compete, exclusivamente, à Secretaria da Receita Federal, após comunicação do Instituto Nacional do Seguro Social, efetuar a exclusão, para, ao depois, realizar o procedimento próprio de apuração de eventuais tributos não recolhidos, atentando-se para o período prescricional. Neste sentido estipulam os parágrafos 3º e 4º do artigo 17 da lei citada: “*Parágrafo 3º – A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.*”

Parágrafo 4º – Os órgãos do Instituto Nacional do Seguro Social ou de qualquer entidade conveniente cavarão representar à Secretaria da Receita Federal se, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, constatarem hipótese de exclusão obrigatória do Simples, em conformidade com o disposto no inciso II do artigo 13º.

Ora, no caso vertente o INSS transbordou de sua competência ao efetuar os lançamentos tributários contidos na Certidão, tendo em vista que aplicou diretamente a exclusão do embargante do sistema tributário, lançando tributos, sem obedecer ao comando legal explicitado.

Neste sentido já decidiu nossos Tribunais:

*“Tributário – opção pelo **Simples**. Aceitação pela Receita Federal. Irresignação manifestada pelo INSS – De acordo com o art. 17 da Lei 9.327/96. Incumbe à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização, e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o **Simples**. Diante disso, se a Receita Federal, em decisão acertada, ou não, aceitou a opção da empresa pelo SIMPIES, não cabe ao INSS rediscutir a questão.” (TRF 4ª Região – RS – Processo 1998.04.01.009483-3, Relatora Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar – 25.11.1998 – DJ p. 402).*

Ainda,

*“Interesse em recorrer. Ausência. Tributário. **Simples**. Aceitação pela Receita Federal. E presas de agência de viagens e Turismo. Certidão Negativa de débito. Artigo 206 CTN. Parcelamento do débito. A sentença denegou a sucumbência da autarquia e portanto não há interesse recursal. Compete à Receita Federal regulamentar o regime do **Simples**, nos termos do disposto no artigo 17 da Lei 9.317/96. O INSS não tem competência para excluir ou incluir empresas do Sistema do **Simples** através de Instruções Normativas que excedem daquilo que está cometido na norma legal (art. 9º, inciso V, da Lei 9.317/96). Apelação do impetrante provida e apelação do INSS não conhecida”. (TRF 4ª Região – Relatora Juíza Maria Isabel Pezzi Klein – DJU 24.01.2001. p. 202 – Processo 2000.04.01.039214.2 – PR).*

Assim, diante da incompetência do Instituto Nacional do Seguro Social em lavrar a notificação de débito sem ter sido o embargante excluído do regime albergado pelo **Simples**, os embargos são procedentes, não havendo falar-se na competência residual prevista na Lei 8.212/91.

Ressalte-se que a empresa executada somente foi excluída do regime tributário do **Simples** pela decisão



da Secretaria da Receita Federal em 09 de janeiro de 1999 (fls. 31), o que vem a corroborar a fundamentação acima.

Apenas *ad argumentandum tantum* verifica-se que o embargante, por desenvolver atividade voltada para a educação e cultura, inclusive com expressivo número de professores contratados, não poderia ter sido ao beneficiado do regime tributário focado, não havendo falar-se em retroatividade da Lei 10.034/2000, e tampouco em inconstitucionalidade do artigo 9º da lei 9.317/96, haja vista que compete à lei ordinária regulamentar a Constituição Federal.

Aliás, neste sentido é a Lei citada, a qual, procurando obedecer aos objetivos da instituição de tal regime tributário, selecionou a abrangência do **Simples** pelos critérios enumerados, os quais, repita-se, não apresentam nenhuma eiva de inconstitucionalidade.

De outra banda, o fato de a empresa executada não poder beneficiar-se do **Simples**, por si só, não atribui ao INSS poderes para realizar o ato administrativo enumerado na certidão da dívida ativa.

Ainda apenas como argumentação ressalto que a multa moratória e os juros legais encontram-se dentro da permissibilidade legal, conforme as normas elencadas no bojo da certidão da dívida ativa.

Ante o exposto, **Julgo Procedentes** os presentes embargos interpostos por **Escoteco Sociedade Civil Ltda e Dirce Vieira Pero** na execução fiscal que lhes move o **Instituto Nacional do Seguro Social** e, por consequência, **Julgo Extinto** o processo de execução lastreado pela Certidão de Dívida Ativa de fls. 05/11.

**Vencido**, o embargado arcará com a verba honorária, a qual fixo em 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito, verba essa que não guarda nenhuma relação com os honorários do processo de execução. Custas e despesas processuais indevidas na espécie.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R. e Intimem-se.

Presidente Venceslau, 25 de agosto de 2001.

**Fábio Mendes Ferreira**

Juiz Substituto

**Date Created**

31/10/2001