



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.727708/2015-67
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.192 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente NUTRIWAY COMERCIO DE NUTRICAÇÃO ESPORTIVA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DÉBITO SEM EXIGIBILIDADE SUSPensa

Nos termos do art. 17, V da LC nº 123, de 2006, é cabível a exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional quando possuir débitos com a Fazenda Pública sem exigibilidade suspensa. A exclusão se confirma mais ainda quando o contribuinte confessa a existência dos débitos e, no seu recurso voluntário, limita-se a suscitar matéria de constitucionalidade da legislação de regência, o que é vedado ao colegiado administrativo se manifestar, nos termos da Súmula CARF nº 2. Recurso improvido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, vencidos os Conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Fabiana Okchstein Kelbert que não conheciam do recurso.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão da 2ª Turma da DRJ/CGE, que julgou improcedente manifestação de inconformidade oferecida pela contribuinte.

O caso versa sobre exclusão de opção pelo Simples Nacional motivada por débito tributário sem exigibilidade suspensa perante a Fazenda Pública, nos termos do art. 17, V, da LC n.º 123, de 2006. Conforme o Ato Declaratório Executivo DRF/BSB n.º 1308294, de 1 de setembro de 2015 (ADE) de fls. 26, a recorrente foi excluída do regime especial em razão de débitos referentes a 2011, 2012, 2014 e 2015.

Em sua manifestação de inconformidade de fls. 2, a recorrente não refutou a existência dos débitos e, ao contrário, os confessou, alegando que não foi orientada por seu contador para parcela-los. Além disso, caso a exclusão se confirmasse, passaria por inúmeras dificuldades financeiras, se tivesse que pagar os tributos pelo regime comum.

A DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade, sustentando que a contribuinte confessou a existência dos débitos, os quais foram inclusive confirmados pelos sistemas da RFB, o que tornou certo e incontroverso o ADE.

A empresa interpôs o recurso voluntário de fls., sustentando que a exclusão da empresa do regime simplificado violaria o princípio constitucional de vedação ao confisco e proteção à capacidade contributiva, bem como ofensa ao direito fundamental à propriedade e à livre concorrência, previstas nos arts. 150, IV, 5º XXII e 170, IV, todos da Constituição Federal. Cita doutrinas jurídicas e jurisprudências para apoiar sua tese.

O processo foi distribuído para minha relatoria e este é o relatório.

Voto

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

1. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso é tempestivo. Além disso, a matéria que constitui o seu objeto está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme arts. 2º, inciso I, e 7º, *caput* e §1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Sobre a regularidade da representação processual, desde a manifestação de inconformidade a recorrente se defende por meio de procurador devidamente constituído.

Assim, o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

2. MÉRITO

Conforme se observa do relatório, não há controvérsia nestes autos. Isso porque a empresa recorrente não nega a existência dos débitos sem exigibilidade suspensa. Ao contrário, afirmou na manifestação de inconformidade que por má orientação de seu contador não parcelou os débitos então existentes. Isso acarretou sua exclusão conforme o ADE. No recurso voluntário, de forma elíptica, não nega a existência dos débitos, tanto assim que discorre sobre eventuais violações às cláusulas constitucionais de vedação ao confisco, ofensa ao direito de propriedade e à livre concorrência.

A exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional se deu com fundamento no art. 17, V da LC n.º 123, de 2006, que dispõe:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte: (Redação dada pela Lei Complementar n.º 167, de 2019)

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Assim, a empresa que possui débitos com a Fazenda Pública não poderá ser mantida no regime favorecido, razão pela qual o ADE em questão é válido e procedente.

Por outro lado, as matérias suscitadas pela recorrente no recurso voluntário tem por fundamento a constitucionalidade do art. 17, V da LC n.º 123, de 2006. Isso porque, conforme alega na peça recursal, o dispositivo ofenderia o direito à propriedade (CF., art. 5º, XXII), configuraria violação à proibição de confisco (CF., art. 150, IV) e atentaria contra a livre concorrência (CF., art. 170, IV).

A súmula CARF n.º 2 impede que este órgão julgador se pronuncie sobre matéria relacionada à constitucionalidade das leis.

Súmula CARF n.º 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A pretensão da empresa no seu recurso voluntário é que este órgão julgador aprecie se o art. 17, V da LC n.º 123, de 2006 atenta contra os dispositivos constitucionais citados pela contribuinte. Qualquer juízo feito por este órgão sobre esse tipo de pleito, implicaria, necessariamente, em exercer controle de constitucionalidade da norma por este órgão recursal.

Assim, não há o que prover no presente recurso voluntário.

Observe, no entanto, que nesta Turma recursal há controvérsias se neste tipo de discussão, em que no recurso voluntário a recorrente alega tão somente matéria relativa à constitucionalidade de lei, se é caso de se conhecer ou não do recurso voluntário. A tese que defende o não conhecimento do recurso, em síntese, sustenta que o teor da Súmula n.º 2 do CARF afastaria a competência do órgão, razão pela qual o recurso careceria de um dos seus requisitos de admissibilidade, qual seja, a necessidade de ser dirigido a um órgão competente. O outro entendimento – e que tem prevalecido pela maioria – argumenta que a súmula não exclui a competência do Conselho para efeito de preencher os requisitos de admissibilidade do recurso, devendo o apelo ser conhecido, porém improvido em razão da súmula.

Sobre o assunto, peço vênia para tecer algumas considerações com o fim de contribuir com o debate.

Registre-se, primeiramente, que na teoria do processo a competência não é um requisito de admissibilidade do recurso. Nesse sentido, explica Fabrício Castagna Lunardi: “os requisitos de admissibilidade dos recursos são os seguintes: legitimidade para recorrer, cabimento, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, preparo, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer”.¹ E isso é assim em paralelismo aos requisitos da petição inicial, que não será indeferida (o que equivale a não admitir o recurso) por vício de competência (CPC, art. 330).²

Por outro lado, não é demais relembrar, que a súmula CARF nº 2 possui o seguinte verbete: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Conforme se observa do texto da súmula, a falta de competência reconhecida ao CARF dá-se para impedir que os seus órgãos fracionários analisem a constitucionalidade das leis para pronunciar sua eventual ofensa à Constituição Federal. Isso porque, a interpretação a que se chegou neste órgão administrativo é que compete ao poder judiciário manifestar-se sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária por meio dos conhecidos instrumentos de controle abstrato ou difuso. Ao órgão administrativo, dentre outras atribuições, cabe interpretar a lei tributária a fim de verificar sua incidência sobre os casos concretos, sua relação com a teoria do direito, com os princípios tributários ou com outras leis.

Eventual pronunciamento sobre afronta direta da lei tributária perante a Constituição Federal não é competência do CARF, exatamente porque a ordem jurídica nacional atribuiu essa função ao Poder Judiciário. Essa conclusão decorre da interpretação lógica e sistemática do art. 102, I “a” da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Tratando-se do controle difuso de constitucionalidade, o art. 5º, XXXV da Constituição estabelece o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹ LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva/Série IDP, 2016, p. 554.

² Conforme Cassio Scarpinella Bueno, o juízo de admissibilidade exercido pelos tribunais possui nítido paralelo com as condições da ação e com os pressupostos processuais. Cf. Curso sistematizado de direito processual civil. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 62, v. 5.

A interpretação que se extrai deste dispositivo é que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, ainda que se trate de, por exemplo, violação aos postulados da proporcionalidade ou da razoabilidade das leis, ofensa a princípios constitucionais etc. dependeria de pronunciamento do Poder Judiciário, seja pelo juiz singular ou pelos tribunais estaduais.

Fixadas essa premissas, o teor da súmula nº 2 do CARF se destina a orientar os seus membros do Conselho a não exercerem os controles de constitucionalidade da lei tributária, porquanto essa função está reservada ao Poder Judiciário. Isso não significa que o órgão julgador não possua competência para conhecer do recurso voluntário em que a matéria contra a qual se insurge o recorrente seja eventual inconstitucionalidade de lei. Até porque, para chegar a esse juízo, o órgão precisa apreciar tal alegação para, em seguida, aplicar a súmula. Se não conhecer do recurso, não há condições lógicas de aplicar a súmula em questão, exatamente porque, o não conhecimento de um recurso implica em não se analisar as matérias nele alegadas por ausência de requisitos processuais para sua admissibilidade.

Apenas a título de exemplo, é possível que no debate perante a turma sobre a alegação sustentada no recurso, conclua-se que não é o caso de se aplicar a súmula e para isso ocorrer será necessário admitir o recurso. Da mesma forma que, ainda a título de exemplo, a primeira instância poderá ter entendido que o caso não era de inconstitucionalidade de lei e, na segunda instância, o entendimento é o de que deva ser aplicada a súmula CARF nº 2. Daí porque o recurso precisa ser admitido para se analisar se é ou não o caso de aplicação da súmula.

É bem verdade que se pode suscitar uma tese intermediária, em que o recurso poderia ser admitido – por que preenche os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade – porém, a matéria concernente à constitucionalidade “não seria conhecida” em razão da súmula. A teoria do processo, em geral, não distingue as expressões “não admitir o recurso” de “não conhecer do recurso”. Esta última ganhou força no jargão forense para popularizar o instituto do juízo de admissibilidade dos recursos. Tanto se trata de um jargão que o verbo “conhecer”, sabidamente transitivo-direto, recebeu a preposição “de”, transformando-o em verbo transitivo-indireto. Isso demonstra que “não conhecer do recurso” e “ não admiti-lo” dão o mesmo resultado prático, que é não receber o recurso para ser julgado no mérito. Nesse sentido é a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno, quando esclarece:

Por isso, a doutrina sempre ensinou – e nada no CPC de 2015 infirma a necessidade de continuar ensinando – a necessária distinção entre o juízo de *admissibilidade* dos recursos, que se ocupa com aquelas questões que levará, de acordo com o jargão forense, ao *conhecimento* ou ao *não conhecimento* do recurso, e o juízo de *mérito* que, somente quando ultrapassado aquele outro juízo, a ele prévio, analisará se o pedido do recorrente deve, ou não, ser acolhido ou, no jargão forense, se ao recurso dever ser *dado* ou *negado provimento*. [grifos do autor]³

Assim, não existe uma distinção conceitual ou prática entre o “conhecimento do recurso” e sua “admissibilidade”. Daí por que, não resolve o problema a tese em que, nos casos como o ora em análise, o recurso “poderia ser admitido”, mas, no tocante a matéria referente à constitucionalidade, “não seria conhecido”. Por conseguinte, se o recurso não deve ser conhecido, igualmente, não pode ser admitido e vice-versa.

Quanto ao argumento da competência institucional do CARF, deve-se observar que o art. 25 do Decreto nº 70.235, de 1972 define a competência do órgão com base na matéria

³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 791

tributária em questão. Isso não se confunde com a aplicação de súmulas do próprio Conselho que eventualmente se refiram à competência do órgão. As súmulas são o resultado de interpretações sucessivas de matérias jurídicas em um determinado sentido. Portanto, são instrumentos de interpretação do direito. Aplicar uma súmula implica necessariamente em se resolver um problema jurídico, seja este de ordem processual ou de direito material.

Acresça-se, que as súmulas do CARF vinculam os seus membros (conselheiros) e não as partes. Nesse sentido, o art. 45, VI do RICARF prevê até a perda do mandato do conselheiro que deixar de observar enunciado de súmula. Isso reforça o entendimento de que a súmula é instrumento de solução da controvérsia visando a uniformidade de soluções sobre os casos que exigem sua aplicação. Nesse sentido, é dever dos conselheiros obedecerem as súmulas como instrumento de sua função institucional, mas não serão as súmulas um dever a ser observado pelo contribuinte. Até porque, este tem a faculdade de pleitear direitos que sejam contrários às súmulas, cabendo ao julgador decidir a questão com base na respectiva súmula.

Ao definir de forma ampla a competência do CARF, o art. 25 do Decreto n.º 70.235, de 1972, prevê o seguinte:

Art.25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001) (Vide Decreto n.º 2.562, de 1998)

II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.(Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

Por se tratar de norma geral, essa regra não poderá ser interpretada isoladamente, devendo ser complementada por outras mais específicas, a fim de evitar dúvidas. Assim, o RICARF especifica quais são as matérias de competência do órgão para efeito de se definir sua respectiva competência recursal. Os arts. 2º ao 4º do RICARF Anexo II estabelecem as competências das Seções do CARF, de modo que essa norma complementa o art. 25 do mencionado decreto.

Portanto, se o tributo estiver no elenco definido nos artigos do RICARF, os litígios de segunda instância administrativa poderão ser decididos pelo órgão. No caso dos autos, o contribuinte quer ver afastada norma referente à sua exclusão do regime especial do Simples Nacional, o que está previsto no art. 2º, V do Anexo II do RICARF.

Definido que a matéria é de competência do CARF, o ponto controvertido é saber se os membros do colegiado poderão, depois de admitido o recurso, pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de lei que veicula norma referente a tributo federal, conforme suscitado pelo contribuinte. A partir deste ponto incide a súmula CARF n.º 2 para limitar a atuação dos seus conselheiros, mas não para alterar a disposição legal contida no art. 25 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Embora do ponto de vista prático não haja muita diferença entre admitir o recurso para negar-lhe provimento em razão de limitação ao poder de decidir do órgão recursal, não se pode, por esse motivo, confundir a análise do direito material aplicável com a competência do órgão recursal. Isso porque, implicaria, por via difusa, em se alterar o art. 25, II do Decreto n.º 70.235, de 1972, para incluir hipótese de incompetência do CARF não prevista em lei.

Dessa forma, o conceito de competência a que se refere a súmula CARF nº 2 não deve ser interpretado como pressuposto processual de conhecimento dos recursos administrativos, mas uma limitação à atuação dos membros e órgãos do Conselho sobre o direito material aplicável.

Vale à propósito, um paralelo com o processo judicial, em que a regra do art. 932, III e IV do CPC de 2015, dando respaldo aos precedentes, distingue que cabe ao relator despachar previamente quando for caso de “não admitir” a peça recursal. Mas deverá negar provimento ao recurso que contrariar súmulas e entendimentos dos tribunais. Veja-se:

Art. 932. Incumbe ao relator:

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Conforme se observa, para aplicar entendimentos jurídicos veiculados por súmulas, no processo judicial, a técnica processual estabelece que o relator deve conhecer do recurso para, em seguida, a ele negar provimento. No processo em questão, algo semelhante ocorreu, ou seja, a matéria suscitada pela recorrente contraria a súmula nº 2 do CARF, pois este órgão recursal não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, razão pela qual o recurso deve ser admitido por preencher os demais requisitos processuais e, no mérito, não ser provido.

A questão carrega uma certa dose de polêmica e lembra a tentativa de se resolver o problema da “quadratura do círculo”. Isso porque, em termos práticos, negar provimento mediante a aplicação da súmula nº 2 ou não conhecer do recurso, leva ao mesmo resultado. A diferença sutil é que, com a primeira solução, o processo é utilizado para atingir um determinado fim jurídico, no caso, a aplicação de uma norma administrativa (súmula) que obsta qualquer possibilidade de um membro do CARF exercer controle de constitucionalidade de lei. No segundo caso, o processo seria usado como fim em si mesmo, excluindo da parte o direito de receber uma resposta sobre a matéria que suscitou.

No caso da súmula CARF nº 2, conhecer do recurso para aplicar a súmula implica em resolver a matéria jurídica por meio da interpretação dos fatos e das alegações suscitadas pelas partes em face do enunciado da súmula; não conhecer do recurso em razão da súmula, impede que esta incida sobre a questão jurídica para resolvê-la.

Essas considerações adicionais são, portanto, realizadas mais com o objetivo de ampliar os debates do que para proferir alguma espécie de palavra final sobre o tema, o que, à toda evidência, não saberia fazê-lo e nem é minha atribuição.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso e voto em negar provimento, mantendo-se integralmente a decisão da DRJ.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes