



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10730.010865/2010-73
Recurso n°
Resolução n° **1801-000.195 – 3ª Câmara / 1ª Turma Especial**
Data 06 de março de 2013
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA - PER/DCOMP
Recorrente FRENZI 100 CALÇADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento na realização de diligência, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria de Lourdes Ramirez, Ana Clarissa Masuko dos Santos, Carmen Ferreira Saraiva, João Carlos de Figueiredo Neto e Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Ana de Barros Fernandes.

RELATÓRIO

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) foi excluída de ofício mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/NIT/ES n° 431.775, de 01.09.2010, com efeitos a partir de 01.01.2011, por possuir débitos de Simples Nacional com exigibilidade não suspensa, fl. 23 (art. 17 da Lei Complementar n° 123, de 14 de

dezembro de 2006 e alínea “d” do inciso II do art. 3º e inciso I do art. 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007).

Os débitos que motivaram a emissão do ato de exclusão estão ali identificados e são: (a) de julho de 2007 no valor de R\$4.888,95, (b) de agosto de 2007 no valor de R\$3.470,94, (c) de setembro de 2007 no valor de R\$4.866,34, (d) de outubro de 2007 no valor de R\$6.630,64, (e) de novembro de 2007 no valor de R\$4.200,18, (f) de dezembro de 2007 no valor de R\$10.727,60, (g) de janeiro de 2008 no valor de R\$8.845,98, (h) de fevereiro de 2008 no valor de R\$3.160,30, (i) de março de 2008 no valor de R\$5.978,03, (j) de abril de 2008 no valor de R\$3.665,50, (k) de maio de 2008 no valor de R\$5.182,55, (l) de junho de 2008 no valor de R\$4.160,23, (m) de julho de 2008 no valor de R\$4.546,66, (n) de agosto de 2008 no valor de R\$4.884,11, (o) de setembro de 2008 no valor de R\$3.562,37, (p) de outubro de 2008 no valor de R\$4.645,29, (q) de novembro de 2008 no valor de R\$4.501,20, e (r) de dezembro de 2008 no valor de R\$25.358,43.

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação, fls. 01-14, com as alegações abaixo sintetizadas.

No que se refere à inaplicabilidade das normas tributárias constantes no ato de exclusão e considerando a interpretação restritiva e o princípio da legalidade, argui que as disposições da legislação do Simples Nacional pertinentes à exclusão não lhe aplicam, uma vez que já é optante por preencher todos os requisitos legais (inciso V do art 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, inciso II do art 3º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, e inciso XVI do art 12 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007).

Diz que não se sustenta a indicação no ato administrativo de normas infralegais, em especial aquelas que tratam das hipóteses de exclusão, uma vez extrapola a competência regulamentar atribuída pela Constituição Federal ao Poder Executivo. Enfatiza que estas espécies normativas não podem inovar no ordenamento jurídico para restringir direitos.

Alega que a Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe apenas sobre vedação ao ingresso na sistemática, sendo silente em relação às hipóteses de exclusão por atraso no recolhimento de tributo. Entende que, por esta razão deve permanecer no Simples Nacional, já que a interpretação restritiva deve ser adotada. Esclarece que a previsão de que se possa regularizar os débitos pendentes no prazo de 30 dias para afastar a exclusão, constitui uma forma de o Erário auto-executar o crédito, o que não é possível no nosso ordenamento jurídico.

Atinente ao tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte previsto no inciso IX do art 170 e art. 179 da Constituição Federal, defende que fora desse regime a contituidade do exercício da atividade econômica é inviável. Informa que aderiu ao Parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009.

Em relação ao princípio da capacidade contributiva, procura demonstrar que o ato administrativo o afasta (§1º do art. 145 da Constituição Federal), haja vista que sua exclusão implica o aumento da carga tributária.

Sobre a Lei nº 11.941, de 2009 e a Lei Complementar nº 123, de 2006, não há restrição que os recolhimentos unificados oriundos do Simples Nacional sejam incluídos no parcelamento.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Seja conhecida e provida a presente Manifestação de Inconformidade para o fim de reformar a decisão proferida pela nobre Autoridade Fiscal através de Ato Declaratório Executivo (ADE) para que a Manifestante seja mantida no regime tributário dos optantes pelo "Simples Nacional", considerando os seguintes aspectos:

i) Inaplicabilidade das Normas Tributárias Constantes do ADE, Considerando a Interpretação Restritiva e o Princípio da Legalidade;

ii) O ato de exclusão da Impugnante do Simples Nacional implica em violação do devido processo legal, posto que constitui meio de auto-execução do crédito fiscal pendente;

iii) A observância ao princípio constitucional do tratamento diferenciado as empresas de pequeno porte (art. 179 da CF);

iv) A exclusão do "Simples" importa em modificação do regime fiscal especial para o de carga tributária mais onerosa, o que fere de morte o princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145 §1º da CF);

v) A inexistência de vedação a inclusão dos débitos oriundos do "Simples" no programa de Parcelamento da Lei 11.941/09, o que inclusive já foi requerido pela ora Manifestante, conforme documentação anexada.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 7ª TURMA/DRJ/RJO I/RJ nº 12-35.546, de 09.02-2011, fls. 36-42: "Manifestação de Inconformidade Improcedente".

Restou ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Não é possível cancelar o ADE quando o contribuinte não comprova quitação dos débitos que deram origem ao mesmo e nem demonstra que os débitos encontram-se com a exigibilidade suspensa.

Notificada em 23.03.2012, fl. 46, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 20.04.2012, fls. 47-50, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera todos os argumentos apresentados na impugnação.

Acrescenta que

Trata-se de recurso interposto contra respeitável Acórdão proferido pela Delegacia de Julgamento que ao analisar Manifestação de Inconformidade ofertada pela ora Recorrente entendeu por manter o Ato Declaratório Executivo que determina a exclusão da Recorrente do regime tributário do Simples Nacional sustentando os seguintes pontos:

1) A exclusão fora feita na forma da lei e a Autoridade Administrativa não dispõe de competência legal para examinar a constitucionalidade/legalidade de leis inseridas no ordenamento jurídico nacional;

2) Que os débitos que deram origem ao ADE não foram regularizados.

Eminentes Autoridades julgadoras, a argumentação quanto à falta de competência da administração pública para examinar a constitucionalidade/legalidade de leis, data máxima vénia não é este o foco da tese defensiva que a Recorrente propõe. Diferentemente do que afirmou a douta autoridade julgadora, a proposição lançada pela Recorrente não implica qualquer tipo de elucubração sobre a constitucionalidade ou legalidade de leis. Na verdade o que a Recorrente procurou chamar atenção é que o agente da administração pública em todas as esferas de atuação, inclusive no âmbito dos procedimentos administrativos fiscais, está sujeito ao basilar princípio da legalidade. Analisando as hipóteses de exclusão do "Simples Nacional" tipificadas na LC 123/06 no Capítulo IV, Seção VIII em rol taxativo, temos que a Recorrente não incidiu em qualquer uma delas. Sendo assim, descabe à autoridade administrativa, vinculada estritamente à letra da lei, qualquer tipo de tentativa de preencher lacunas ou de inovar no ordenamento jurídico pátrio trazendo a baila novas causas de exclusão com base interpretação extensiva da norma fundada em Resolução Administrativa. Com efeito, o art. 17, V da aludida Lei Complementar, produção legislativa de rigoroso procedimento, está inserida no Capítulo que trata exclusiva e taxativamente de vedações ao INGRESSO no "Simples Nacional", não servindo, portanto, como supedâneo para se admitir a exclusão da Recorrente do regime tributário simplificado. Daí porque entende a Recorrente que não há base legal que sustente a manutenção do ADE que, extrapolando a competência do órgão do Poder Executivo, determinou a exclusão da empresa do "Simples Nacional".

E mais. No que pertine ao item 2 da fundamentação articulada no acórdão guerreado, melhor sorte não resta ao Fisco. Registre-se que quanto aos débitos que geraram o ADE, a Recorrente propôs a inclusão do mesmo no parcelamento ordinário, o que inclusive demonstra a sua boa-fé e intenção de saldar o débito. Considerando que a Lei Complementar 123/06 em suas hipóteses de exclusão não tipifica a existência de débito, tem-se que o acórdão guerreado merece reforma, dada a sua ilegalidade.

Conclui

Ante o exposto, requer seja conhecido e provido o presente Recurso para reformar o duto Acórdão da Delegacia de Julgamento, desconstituindo-se o ADE para efeito de manutenção da Recorrente no regime tributário do Simples Nacional.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

É o Relatório.

VOTO

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

A Recorrente se insurge contra a exclusão.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) é regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irrevogável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet. Verificada a falta da comunicação obrigatória, a exclusão de ofício é formalizada mediante termo emitido pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. Os seus efeitos podem ser retroativos, conforme o caso. Não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional a pessoa jurídica 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. Excepcionalmente é permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contado a partir da ciência da comunicação da exclusão.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais que constituem pressupostos essenciais de sua existência e de sua validade¹.

Analisando a situação fática, tem-se que o Ato Declaratório Executivo DRF/NIT/ES nº 431.775, de 01.09.2010, fl. 23, tem como motivo a existência de débitos com a Fazenda Pública Federal com exigibilidade não suspensa, que deve estar inequivocamente comprovado pela autoridade administrativa. Restou evidenciado que a Recorrente, sem opor qualquer argumento ao contrário, tem os seguintes débitos: (a) de julho de 2007 no valor de R\$4.888,95, (b) de agosto de 2007 no valor de R\$3.470,94, (c) de setembro de 2007 no valor de R\$4.866,34, (d) de outubro de 2007 no valor de R\$6.630,64, (e) de novembro de 2007 no valor de R\$4.200,18, (f) de dezembro de 2007 no valor de R\$10.727,60, (g) de janeiro de 2008 no valor de R\$8.845,98, (h) de fevereiro de 2008 no valor de R\$3.160,30, (i) de março de 2008

¹ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, e Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

no valor de R\$5.978,03, (j) de abril de 2008 no valor de R\$3.665,50, (k) de maio de 2008 no valor de R\$5.182,55, (l) de junho de 2008 no valor de R\$4.160,23, (m) de julho de 2008 no valor de R\$4.546,66, (n) de agosto de 2008 no valor de R\$4.884,11, (o) de setembro de 2008 no valor de R\$3.562,37, (p) de outubro de 2008 no valor de R\$4.645,29, (q) de novembro de 2008 no valor de R\$4.501,20, e (r) de dezembro de 2008 no valor de R\$25.358,43, fl. 23.

No presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar². Cabe à Recorrente produzir o conjunto probatório nos autos de suas alegações, inclusive quando se tratar de parcelamento dos dados declarados³.

A Recorrente instrui os autos com o Recibo da Declaração da Totalidade dos Débitos no Parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009, enviado em 19.06.2010, fls. 22, ou seja, em data anterior à emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/NIT/ES nº 431.775, de 01.09.2010, fl. 23. Não constam, todavia, os documentos comprobatórios que corroborem sua afirmativa de que esses débitos específicos foram pagos e/ou parcelados.

Em face desta questão e com a observância do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, voto pela conversão do julgamento na realização de diligência para que a autoridade preparadora da Unidade da Secretaria Receita Federal do Brasil (RFB) de origem:

I) intimar a Recorrente a juntar aos autos as cópias da comprovação do regular parcelamento dos débitos acima identificados com a Fazenda Pública Federal com exigibilidade suspensa ou já extintos, nos termos do art. 151 e art. 156 do Código Tributário Nacional;

II) cotejar as informações apresentadas pela Recorrente com os dados constantes nos registros internos da RFB para aferir a verossimilhança.

A autoridade fiscal designada ao cumprimento da diligência solicitada deverá elaborar o Relatório Fiscal sobre os fatos apurados, em especial relativamente à existência de débitos com a Fazenda Pública Federal com exigibilidade suspensa e/ou extintos, que deve estar inequivocamente comprovado pela autoridade administrativa: (a) de julho de 2007 no valor de R\$4.888,95, (b) de agosto de 2007 no valor de R\$3.470,94, (c) de setembro de 2007 no valor de R\$4.866,34, (d) de outubro de 2007 no valor de R\$6.630,64, (e) de novembro de 2007 no valor de R\$4.200,18, (f) de dezembro de 2007 no valor de R\$10.727,60, (g) de janeiro de 2008 no valor de R\$8.845,98, (h) de fevereiro de 2008 no valor de R\$3.160,30, (i) de março de 2008 no valor de R\$5.978,03, (j) de abril de 2008 no valor de R\$3.665,50, (k) de maio de 2008 no valor de R\$5.182,55, (l) de junho de 2008 no valor de R\$4.160,23, (m) de julho de 2008 no valor de R\$4.546,66, (n) de agosto de 2008 no valor de R\$4.884,11, (o) de setembro de 2008 no valor de R\$3.562,37, (p) de outubro de 2008 no valor de R\$4.645,29, (q) de novembro de 2008 no valor de R\$4.501,20, e (r) de dezembro de 2008 no valor de R\$25.358,43, fl. 23.

A Recorrente deve ser cientificada dos procedimentos referentes às diligências efetuadas e do Relatório Fiscal para que, desejando, se manifeste a respeito dessas questões

² Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

³ Fundamentação legal: § 1º do art. 147 do Código Tributário Nacional e art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Processo nº 10730.010865/2010-73
Resolução n.º **1801-000.195**

S1-C1T1
Fl. 75

com o objetivo de lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes⁴.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

CÓPIA

⁴ Fundamentação legal: inciso LV do art. 5º da Constituição da República.