MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10835.721665/2012-33

Processo nº	10835.721665/2012-33
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1001-001.858 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**
Sessão de	07 de julho de 2020
Recorrente	ALPHALINE BRASIL LTDA - ME
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

Constatando-se que a decisão da DRJ fundamentou detidamente o acórdão com a legislação vigente, realizando a devida subsunção ao caso concreto, e chegando a uma decisão conclusiva, não há que se falar em hipótese nulidade.

SIMPLES NACIONAL. ADE. EXCLUSÃO. DÉBITOS CUJA EXIGIBILIDADE NÃO ESTEJA SUSPENSA.

Consoante o artigo 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123, de 2006, a existência de débitos para com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, é circunstância impeditiva para a permanência no Simples Nacional.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. SÚMULA Nº 2, CARF.

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

ARTIGO 17, INCISO V, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006 CONSTITUCIONALIDADE. RE 627.543 - TEMA 363. REPERCUSSÃO GERAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Tese de Repercussão Geral RE 627543, STF: "É constitucional o art. 17, V, da Lei Complementar 123/2006, que veda a adesão ao Simples Nacional à microempresa ou à empresa de pequeno porte 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."

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), André Severo Chaves, Andréa Machado Millan e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 12-64.239, da 3ª Turma da DRJ/RJ1, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, apresentada pela ora Recorrente, mantendo-se os efeitos da exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Transcreve-se, portanto, o relatório da supracitada DRJ, que resume o presente litígio:

> "Trata-se do Ato Declaratório Executivo-ADE DRF/PPE nº 632.208, de 03.09.2012, de exclusão do Simples Nacional a partir de 01.01.2013 (fls.13), com fulcro no art.17, inciso V, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e alínea "d" do inciso II do art.73, c/c inciso II do art.73, ambos da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN nº 94, de 2011, em face de débitos de exigibilidade não suspensa.
>
> 2 Conforme consulta a sistema próprio (Sivex) desta RFB, deram causa à exclusão 18 (dezoito) débitos do Simples Nacional (fls.33):
>
> (...)
>
> 3 Em Manifestação de Inconformidade recebida em 30.10.2012 (fls.2/9), o interessado diz que o ato de exclusão é nulo porque não contém "minuciosa descrição do procedimento". Alega cerceamento de defesa porque "não há relação dos débitos que ora se exigem", e, que, ante a isso, "foi impossível a impugnante realizar uma defesa ampla".
>
> 4 Afirma que os artigos 170 e 179 da Constituição prestigiam especificamente as microempresas e as empresas de pequeno porte, e que, "ainda que houvesse alguma irregularidade, o que se cogita apenas por argumentação, o contribuinte deveria primeiro ser orientado e, apenas não surtindo efeitos, penalizado". Pede a permanência no Simples Nacional.
>
> 5 Com a MI, vieram os documentos de fls.10/21. Às fls.27 consta a consulta-postagem na qual se lê que o ADE foi entregue em 28.09.2012. Nesta Turma, foram acostadas as consultas de fls.31/45. Relatados.

A seguir, a transcrição da ementa do acórdão proferido pelo órgão julgador de 1ª instância:

> ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
>
> Ano-calendário: 2013
>
> NULIDADE. INOCORRÊNCIA.
>
> Não provada violação às disposições do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, rejeitam-se as alegações de nulidade.
>
> ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Documento nato-digital

Ano-calendário: 2013

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA. DÉBITOS SIMPLES NACIONAL. PRAZO LEGAL PARA REGULARIZAÇÃO. INOBSERVÂNCIA.

Mantém-se o ato declaratório de exclusão se não elidido o fato que lhe deu causa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

No acórdão proferido pela DRJ, esta destacou as seguintes razões:

"7 O interessado alega que o ato de exclusão é nulo porque não contém descrição minuciosa do procedimento nem o rol dos débitos que lhe deram causa.

8 A Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, atribuiu competência ao Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN para tratar dos aspectos tributários do dito sistema:

> ***Art. 2º*** *O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:*
>
> *I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e (...)*

9 A mesma Lei dispõe que a opção pelo Simples Nacional implica aceitação do sistema de comunicação eletrônica, destinado, entre outras finalidades, a cientificar o sujeito passivo de quaisquer atos administrativos, aí incluídos os atos de exclusão:

> *Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.*
>
> *(...)*
>
> *§ 1ºA. A opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, destinado, dentre outras finalidades, a:*
>
> *I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais;*
>
> *II - encaminhar notificações e intimações; e*
>
> *III - expedir avisos em geral.*
>
> *§ 1 º B. O sistema de comunicação eletrônica de que trata o § 1ºA será regulamentado pelo CGSN, observando-se o seguinte:*
>
> *I - as comunicações serão feitas, por meio eletrônico, em portal próprio, dispensando-se a sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal;*
>
> *II - a comunicação feita na forma prevista no* ***caput*** *será considerada pessoal para todos os efeitos legais;*
>
> *III - a ciência por meio do sistema de que trata o § 1 º A com utilização de certificação digital ou de código de acesso possuirá os requisitos de validade;*
>
> *IV - considerar-se-á realizada a comunicação no dia em que o sujeito passivo efetivar a consulta eletrônica ao teor da comunicação; e*
>
> *V - na hipótese do inciso IV, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a comunicação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.*

Documento nato-digital

10 A mesma lei determina que as regras de exclusão do Simples Nacional e o modo de implementação serão reguladas pelo CGSN:

> ***Art. 28.*** *A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.*
>
> *Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.*

11 - Assim autorizado, o CGSN edita atos regulamentares, entre os quais, a Resolução CGSN nº 94, de 29 de dezembro de 2011, que dispõe que as comunicações são feitas por meio eletrônico e estão disponíveis no Portal do Simples Nacional:

> *Art. 110. A opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, a ser disponibilizado no Portal do Simples Nacional, destinado, dentre outras finalidades, a: (Lei Complementar n º 123, de 2006, art. 16, §§ 1 º A a 1 º D)*
>
> *I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais; II encaminhar notificações e intimações; e III expedir avisos em geral.*
>
> *§ 1º Quando disponível, o sistema de comunicação eletrônica de que trata o caput observará o seguinte: (Lei Complementar n º 123, de 2006, art. 16, § 1º B)*
>
> *I - **as comunicações serão feitas, por meio eletrônico, no Portal do Simples Nacional, dispensando-se a sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal;***
>
> *II - a comunicação feita na forma prevista no caput deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais;*
>
> *III - a ciência por meio do sistema de que trata o caput deste artigo com utilização de certificação digital ou de código de acesso possuirá os requisitos de validade;*

12 Pois bem. Conforme consulta postagem às fls.27, o interessado tomou ciência do ADE em 22.09.2012.

13 O corpo do ADE (fls.13) contém o endereço eletrônico, bem como o passo a passo de acesso, no Portal do Simples Nacional, ao rol dos débitos:

Nome Empresarial: ALPHALINE BRASIL LTDA
CNPJ: 02.554.602/0001-16

Parágrafo único. A relação dos débitos deverá ser consultada no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, na internet, no endereço eletrônico <http://www.receita.fazenda.gov.br>, nos itens "Empresa", "Simples Nacional", "Exclusão 2012", "ADE de Exclusão 2012 – Consulta Débitos".

14 Nos termos do art. 59, do Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972, que rege o processo administrativo fiscal, nulos são os atos proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

15 O ADE foi lavrado por autoridade competente. A explicitação dos débitos se deu nos moldes do determinado em lei complementar, regularmente votada e aprovada pelo Poder Legislativo. Do ato de exclusão, o interessado tomou ciência regular, tendo-lhe sido assegurado prazo legal para defesa.

16 Prova da inocorrência da nulidade alegada tem-se no próprio ato de contestação, que, além de apresentado dentro do prazo legal, revela que o interessado conhecia a causa da exclusão: débitos de exigibilidade não suspensa, cujo rol, segundo determinação da lei, estava disponível no Portal do Simples Nacional.

17 Desse modo, não provada violação ao citado art.59 do Decreto nº 70.235, de 1972, as alegações de nulidade e de cerceamento de defesa devem ser rejeitadas.

18 Passa-se, agora, ao mérito da exclusão.

19 A Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006, dispõe que a existência de débito (com o INSS ou com as Fazendas Públicas) cuja exigibilidade não estiver

Documento nato-digital

suspensa é uma das situações que proíbe a permanência ou o ingresso no Simples Nacional:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: (...)

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; (grifos nossos)

20 Quando da ocorrência da sobredita situação, a mesma lei determina que a exclusão do Simples Nacional é obrigatória:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

II obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; (...) grifos nossos

21 Nesse caso, a mencionada Lei Complementar nº 123, de 2006, prescreve que a exclusão produzirá efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente à ciência do ato de exclusão:

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:(...)

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subseqüente ao da ciência da comunicação da exclusão. (grifos nossos)

22 É ainda a Lei Complementar nº 123, de 2006, que preceitua que, se dentro de 30 (trinta) dias da ciência do ato de exclusão, os débitos forem regularizados, será permitida a permanência da pessoa jurídica no Simples Nacional:

Art.31 (...)

§ 2o Na hipótese dos incisos V e XVI do caput do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão. (grifos nossos)

23 De acordo com a consulta-postagem às fls.27, o interessado tomou ciência da exclusão em 28.09.2012. Pela sobredita norma de lei, então, o interessado teria até o dia 30.10.2012 para regularizar os débitos que deram causa à sua exclusão do Simples Nacional.

24 Como se vê, portanto, a legislação confere, sim, ao interessado, prazo para regularização da pendência, que, se não resolvida, dará causa à exclusão, como foi o caso.

25 Não há, nos autos, prova de regularização, dentro do citado prazo de lei, dos débitos que deram causa à exclusão. Em consulta de 05.11.2012, às fls.28, vê-se que não havia pedidos de parcelamento sob o CNPJ do interessado.

26 De fato, de acordo com as "Informações de Apoio para Emissão de Certidão", às fls.34/35, todos os débitos que deram causa ao ato de exclusão permanecem sem pagamento e sem suspensão da exigibilidade.

27 Ante a isso, o ADE deve ser mantido. É o meu voto."

Documento nato-digital

Cientificado da decisão de primeira instância em 02/04/2014 (Aviso de Recebimento à e-Fl. 56), inconformada, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 28/04/2014 (e-Fls. 58 a 66).

Em sede de recurso, a Recorrente alega, em síntese:

i. Em sede preliminar, que a decisão recorrida é nula, por não ter abordados todos os pontos da Impugnação, e por não ter analisado os argumentos no que se refere ao tratamento diferenciado para as microempresas;

ii. No mérito, argui questões constitucionais acerca norma tributária, alegando que "o contribuinte deveria primeiro ser orientado e apenas não surtindo efeitos, penalizado".

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto nº 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

Preliminarmente – Da Arguição de Nulidade da Decisão de 1ª Instância

Inicialmente, verifica-se que a Recorrente argui a suposta nulidade da decisão de 1ª instância, por não ter abordado todos os pontos abordados na Impugnação.

Quanto ao tema da nulidade, o Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal, prevê as seguintes hipóteses:

> "Art. 59. São nulos:
>
> I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
>
> II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.
>
> § 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.
>
> § 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo."

Documento nato-digital

Pela prescrição legal, não vislumbro na decisão de 1ª instância qualquer nulidade, vez que o ato fora proferido por autoridade competente, e sem qualquer preterição ao direito de defesa da contribuinte.

Ao contrário do alegado, o acórdão da DRJ fundamentou detidamente com a legislação vigente relativa ao Simples Nacional, realizando a devido subsunção ao caso concreto, e chegando a uma decisão conclusiva.

Ademais, conforme teor do Art. 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil, uma decisão somente é considerada não fundamentada quando não aborda todos os argumentos **capazes de infirmar uma conclusão** adotada pelo julgador, o que não aconteceu no presente caso.

Quando ao argumento de que a DRJ não se manifestou quanto aos aspectos constitucionais do tratamento diferenciado às microempresas, ressalta-se que a autoridade administrativa judicante está adstrita ao exame da legalidade, não sendo possível realizar o controle de constitucionalidade da norma tributária, atribuição esta que compete ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, o CARF já sumulou entendimento:

> **Súmula CARF nº 2**
>
> O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade suscitada.

Do Mérito

Tem-se que a controvérsia do presente caso reside na exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL (LC nº 123/06), por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/PPE nº 632208, de 03.09.2010, em razão da constatação de débitos para com a Fazenda Pública.

Como fundamento legal, enquadrou o ADE na vedação prevista no inciso V, do Art. 17, da LC nº 123/2006, "in verbis":

> "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 nº 167, de 2019)

Documento nato-digital

> (...)
>
> 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**;"

Ainda, quanto aos efeitos, o ADE determinou que se dariam a partir de 01.01.2013, em conformidade com o que dispõe o inciso IV do art. 31 da mesma legislação:

> "Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:
>
> I - na hipótese do inciso I do **caput** do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de (...)
>
> IV - na hipótese do inciso V do **caput** do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subseqüente ao da ciência da comunicação da exclusão;"

Analisando-se a peça recursal, verifica-se que a Recorrente não contesta os fatos que ocasionaram a exclusão, qual seja, a existência de débitos exigíveis para com a Fazenda Pública Federal, e que não foram regularizados no prazo de 30 (trinta) dias. Razão pela qual entendo preclusa esta matéria.

Até mesmo porque, conforme consulta realizada pela DRJ, pelo sistema Sivex (e-Fl. 33), os mesmos débitos que ocasionaram o ato de exclusão não foram regularizados dentro do prazo previsto no Art. 31, §2º, da LC nº 123/2006, "in verbis":

> "Art. 31. (...)
>
> § 2º Na hipótese dos incisos V e XVI do **caput** do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional **mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão**."

Constata-se, portanto, que a Recorrente limita-se a arguir a inconstitucionalidade do Art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006, argumentando com questões subjetivas e principiológicas.

Quanto a este ponto, ressalta-se a impossibilidade dos órgãos judicantes da administração pública pronunciarem-se sobre eventual inconstitucionalidade de norma tributária, conforme entendimento cristalizado pela Súmula nº 2, CARF, transcrita no tópico anterior.

Por outro lado, importante mencionar que a hipótese excludente em litígio já fora objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário nº

Documento nato-digital

627.543/RS (Tema nº 363), sob o regime de repercussão geral, que entendeu pela constitucionalidade do inciso V, do Art. 17, da LC nº 123/2006, conforme tese a seguir consolidada:

> **"RE 627543** - É constitucional o art. 17, V, da Lei Complementar 123/2006, que veda a adesão ao Simples Nacional à microempresa ou à empresa de pequeno porte 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."

Dessa forma, entendo que a decisão da DRJ não merece reforma, vez que embasada pela legislação, vigente à época dos fatos, que dispõe sobre normas de permanência ao Simples Nacional.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves