



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10930.004831/2010-93
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.533 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 5 de agosto de 2020
Recorrente RECHE & GONCALVES LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. DÉBITO. EXCLUSÃO.

É excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica em débito com a Fazenda Pública Federal, salvo comprovação tempestiva da suspensão da exigibilidade do débito motivador da exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(Assinado Digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(Assinado Digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela Delegacia Regional de Julgamento, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

O processo decorre de Manifestação de Inconformidade (fls. 03/14 – será sempre utilizada a numeração dos autos em meio digital) contra o Ato Declaratório Executivo DRF/LON nº 428755, de 01/09/2010 (fl. 15), que excluiu a interessada do

Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2011, por possuir débitos desse Regime Especial, com exigibilidade não suspensa (Lei complementar n.º 123, de 2006, art. 17, V, e alínea “d” do inciso II do art. 3.º c/c o inciso I do art. 5.º da Resolução CGSN n.º 15/2007).

2. Regularmente cientificada em 28/09/2010 (AR à fl. 49), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 18/10/2010, alegando, em síntese, que:

a) O art. 17, V, da LC 123/2006 é inconstitucional, pois, determina que o empresário que se encontrar em débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, e cuja exigibilidade não esteja suspensa, conforme preconiza o art. 151, I a VI do CTN, não poderá ingressar ou permanecer nesta condição favorecida, diferenciada e simplificada que a Constituição Federal reservou às empresas de pequeno porte. Na mesma linha, os arts. 3.º, II, “d”, e 5.º, I, da Resolução CGSN n.º 15/2007;

b) A LC n.º 123/2006 trouxe, ainda, outro dispositivo inconstitucional, que é o art. 29, IX e X. Tal qual exigir-se que o microempresário não possa estar inadimplente com seus tributos, é exigir dele sempre uma saúde financeira dentro dos padrões estabelecidos pelo citado dispositivo. Alega, também, que a existência de débitos não está prevista no citado art. 29, como causa de exclusão de ofício do Simples Nacional, tendo o ato de exclusão violado o princípio da legalidade;

c) O legislador infraconstitucional violou, ainda, o princípio da capacidade contributiva, ignorando o próprio espírito da CF, destinado ao empreendimento das microempresas e empresas de pequeno porte – o de dar a elas condições de se desenvolver e crescer, cumprindo com sua função social;

d) A empresa quer valer-se da faculdade de efetuar o parcelamento de seus débitos, no entanto, foi surpreendida com a informação de que, deste benefício, estão excluídas as empresas vinculadas ao Simples Nacional. Essa medida contraria frontalmente a Constituição Federal, eis que transforma o tratamento favorecido assegurado em seu art. 170, em prejudicial às empresas de pequeno porte, ainda mais considerando que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei – PLP n.º 591/2010, que contempla o parcelamento de tais débitos em condições favorecidas;

e) Os fundamentos elencados no ADE, como suporte legal para adoção da medida, não dizem respeito a esta empresa, integrante do Simples Nacional ou à medida tomada, razão pela qual requer a suspensão da exclusão em face do não cabimento da medida e, ainda, com base no Decreto n.º 70.235, de 1972, e art. 151 do CTN;

f) Conclui, requerendo a revogação, anulação do ADE DRF/LON n.º 428755, de 01/09/2010, desde a sua emissão, bem como sua manutenção na forma de tributação do Simples Nacional, concedendo parcelamento à Contribuinte.

Em sessão de 26 de junho de 2012 (e-fls. 51) a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL
Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. DÉBITO. EXCLUSÃO.

É excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica em débito com a Fazenda Pública Federal, salvo comprovação tempestiva da suspensão da exigibilidade do débito motivador da exclusão.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância, o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário (e-fls.60), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito a seguir sintetizados.

Repisa os argumentos apresentados na sua impugnação, ou seja:

1. Que o ADE foi lavrado com fase na legislação referente às hipóteses de impedimento à opção;
2. Que o ADE deveria fundamentar-se na legislação referente à exclusão: Seção VIII – Exclusão do Simples da LC 123/2006, incabível assim o artigo 31, § 2º da LC 123/2006;
3. Reitera o pedido de suspensão do ato de exclusão em função do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, o recurso deve ser indeferido.

A recorrente não contesta a exigibilidade dos débitos indicados no Ato Declaratório de Executivo de e-fls. 15, apenas afirma que a legislação aplicável deveria ser a referente à exclusão do Simples Nacional e não os artigos da LC 123/2006 referentes ao impedimento de opção.

Vejamos:

O artigo 17 da Lei Complementar 123/2006 afirma que a pessoa jurídica que possuir débitos com exigibilidade não suspensa **não poderá recolher** na forma do Simples Nacional. Há que se lembrar que o Simples Nacional é um sistema de recolhimento simplificado de tributos.

A recorrente estava admitida no Simples Nacional. No momento em que alguns débitos seus estavam com exigibilidade não suspensa, não possuía mais a condição legal de recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional.

Da mesma forma, se uma empresa deseja aderir ao Simples Nacional mas possui débitos com exigibilidade não suspensa não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do 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;

Portanto, não há nenhuma nulidade aparente no ato declaratório executivo combatido e no caso presente, e verificando-se que o recorrente reitera perante este colegiado os argumentos de defesa apresentados na impugnação, ao amparo do parágrafo 3º do artigo 57¹, Anexo II, do RICARF, com a redação dada Portaria MF nº 329, de 2017, e por concordar plenamente com os argumentos do voto do Relator, com a devida

¹ Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017) (grifei)

licença, adoto-o, por seus próprios fundamentos, como razão de decidir no presente julgado, motivo pelo qual cito trechos do Acórdão recorrido, verbis:

4. *“A manifestação de inconformidade foi apresentada com observância do prazo estipulado no art. 15 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, e dela se toma conhecimento.*

5. *Em sua defesa, a Contribuinte sustenta, basicamente, a nulidade do ADE por entender que foram incluídos na Lei Complementar n.º 123, de 2006, dispositivos flagrantemente inconstitucionais. Afirma também, que a existência de débitos não está prevista na Lei Complementar n.º 123, de 2006, como causa de exclusão de ofício do Simples Nacional, tendo o ato de exclusão violado o princípio da legalidade.*

5.1. *Em matéria de processo administrativo fiscal não há falar em nulidade, caso não se encontrem presentes as circunstâncias previstas pelo art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, in verbis:*

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.

5.2. *No caso vertente, nenhum dos pressupostos se encontra presente. Está devidamente identificada a autoridade administrativa que emitiu o ADE (Delegado da Receita Federal do Brasil em Londrina), a qual possui competência legal para proceder à exclusão.*

5.3. *O direito de defesa, por sua vez, foi garantido à interessada, que o exerceu em plenitude, contestando de forma abrangente tanto os aspectos formais como materiais do ato de exclusão e do próprio processo administrativo.*

5.4. *Por outro lado, havendo irregularidades, incorreções ou omissões diferentes das previstas no art. 59, essas não implicarão nulidade e poderão ser sanadas, como determina o art. 60 do mesmo Decreto, se o sujeito passivo restar prejudicado:*

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

5.5. *No caso presente, tendo sido emitido o ato declaratório por autoridade administrativa competente e não se vislumbrando hipótese de cerceamento de defesa (pressupostos do art. 59, antes transcrito), não há falar em nulidade, afastando-se de plano sua ocorrência, devendo-se analisar a conformidade do ato em cotejo com a matéria veiculada especificamente pela Impugnante, sanando irregularidades, acaso existentes.*

5.6. *Quanto à alegação de violação de princípios constitucionais, há que esclarecer que a Administração Pública, em decorrência do art. 37 da Carta Magna, deve*

informar-se pelo princípio a estrita legalidade, sendo que as leis e atos normativos nascem com a presunção de constitucionalidade e legalidade, que só pode ser elidida pelo Poder Judiciário, conforme a competência determinada pela Constituição Federal.

5.7. Também cabe ressaltar que, nos termos da Constituição Federal, arts. 97 e 102, incumbe exclusivamente ao Poder Judiciário a apreciação e a decisão de questões referentes à legalidade e constitucionalidade de lei ou ato normativo.

5.8. Ao julgador administrativo cabe, apenas, o afastamento de leis já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, não lhe sendo facultado, em qualquer momento, a tarefa de decidir, ele próprio, acerca de eventuais vícios dos textos legais, e, por força de sua convicção pessoal, deixar de aplicá-los. Inócuo é, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa.

5.7. Uma vez demonstrado que o ato declaratório de exclusão está fundamentado na legislação aplicável e em plena vigência, ao agente público resta o dever de seguir e aplicar os mandamentos impostos pela lei (entendida em seu sentido lato), não podendo dela se afastar, sob pena de ser responsabilizado (art. 142, parágrafo único, CTN), sem emitir juízo da legalidade ou constitucionalidade das normas jurídicas que embasam o ato.

6. A exclusão da empresa do Simples Nacional por débitos com a Fazenda Pública Federal, obedece a seguinte legislação de regência:

Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006

*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;

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.

Resolução CGSNn.º4, de 30 de maio de 2007

Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

(...)

XVI - 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;

Resolução CGSNn.º15, de 23 de julho de 2007

Art. 3- A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

I - por opção;

II- obrigatoriamente,

quando: (...)

d. incorrer na hipótese de vedação prevista no inciso XVI do art. 12 da Resolução CGSN n.º 4, de 2007.

(...)

Art. 5- A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

6.1. Como se pode observar na legislação transcrita e, ao contrário do que sustenta a Contribuinte, há sim previsão expressa de que a existência de débitos é causa de exclusão de ofício do Simples Nacional (LC n.º 123/2006, art. 17, V).

6.2. Além do que o parágrafo único do art. 28 da mesma lei é bastante claro ao conferir ao Comitê Gestor do Simples Nacional a competência para regulamentar a exclusão de ofício do Simples Nacional, o que ocorreu por meio de suas Resoluções.

6.3. A Resolução CGSN n.º 15, de 2007, estabelece que se a empresa incorrer em débito com a Fazenda Pública Federal estará obrigada a comunicar a sua exclusão do Simples Nacional, porém, se não o fizer, estará sujeita à exclusão de ofício desse regime de tributação, nos termos do art. 5º, citado no ADE.

6.4. Diante desse quadro, não se vislumbra violação ao princípio da legalidade, devendo ser mantida a exclusão da empresa do Simples Nacional, nos termos do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/LON n.º 428755/2010.

7. O parágrafo 2º do art. 31 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, trata da possibilidade de permanência nesse regime especial, mediante regularização dos débitos motivadores da exclusão:

§ 2º Na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, será 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.

(Os grifos não constam do original)

7.1. No caso presente, a Contribuinte tomou ciência do referido ADE em 28/09/2010 (AR à fl. 49). Portanto, poderia regularizar seus débitos no prazo de apresentação de manifestação de inconformidade (até 28/10/2010). Todavia, não o fez.

7.2. A empresa reconhece a existência dos débitos elencados no ADE, tanto que afirma que manifestou interesse em regularizá-los, mediante a "faculdade de efetuar o seu parcelamento". Alega, entretanto, ter sido informada de que as empresas vinculadas ao Simples Nacional estão excluídas deste benefício.

7.3. Entende a Contribuinte tratar-se de medida que contraria frontalmente as disposições contidas no art. 170 da Constituição Federal, transformando o tratamento favorecido em tratamento prejudicial às empresas de pequeno porte.

7.4. Afora a questão referente à constitucionalidade e legalidade de lei ou ato normativo, já tratada no item 5 do presente voto, há que esclarecer que os débitos apurados sob o regime de tributação do Simples Nacional, não são abrangidos pelo parcelamento de que trata a Lei n.º 11.941, de 2009, **por falta de permissão legal da norma que instituiu o referido parcelamento e por vedação expressa contida na norma que o regulamentou.**

7.5. No caso em tela, os débitos em questão não foram regularizados no prazo estabelecido pela Lei Complementar n.º 123, de 2006 (art. 31, § 2º). Logo, há que se manter a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional.

Conclusão

8. Isso posto, voto pela improcedência da manifestação de inconformidade apresentada, mantendo o Ato Declaratório Executivo DRF/LON n.º 428755/2010.”

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Rafael Zedral – relator.