



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

Processo nº 10930.721926/2015-80
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-004.848 – 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 15 de julho de 2020
Matéria IRPJ
Recorrente D'OLIVO - INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015

EXCLUSÃO. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS.

Consoante o artigo 17, inciso V, da Lei nº 123, de 2006 e, na alínea "d" do inciso II do art. 73, combinada com o inciso I do art. 76, ambos da Resolução CGSN nº 94, de 2011, é cabível a exclusão das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando da existência de débitos, sem exigibilidades suspensas, junto ao INSS ou, junto às Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (Suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

Devido a débitos sem a exigibilidade suspensa junto a Fazenda Pública Federal, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/LON nº 1488855 de fl. 85, expedido em 01 de setembro de 2015, que excluiu a partir de 1º de janeiro de 2016 o contribuinte do Simples Nacional.

Os débitos são do próprio Simples Nacional e são do período de 09/2011 à 12/2012 e 04/2013, listados no próprio ADE.

Período Apuração	Saldo Devedor*								
09/2011	16.270,28	10/2011	14.217,27	11/2011	16.694,60	12/2011	25.251,52	01/2012	16.974,43
02/2012	17.369,60	03/2012	8.875,28	04/2012	9.994,30	05/2012	11.519,68	06/2012	10.446,74
07/2012	11.883,15	08/2012	13.286,47	09/2012	15.765,24	10/2012	13.273,32	11/2012	11.642,37
12/2012	9.776,45	04/2013	11.126,65	-	-	-	-	-	-

* Valor do saldo devedor originário em reais (sem acréscimos legais). Para obter informações sobre como pagar à vista, parcelar ou compensar os débitos acima relacionados, acesse o seguinte endereço eletrônico na internet:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br/simplenacional/regularizacao/indicencias/orientacoesgeraislinkTUS.htm>> .

Importante ressaltar que não consta provas nos autos de que a Recorrente tenha regularizado os débitos.

Para evitar repetições aproveito o bem elaborado relatório do v. acórdão recorrido.

Trata-se de manifestação de inconformidade contra a exclusão do regime tributário do Simples Nacional – SN - com efeitos a partir de 1/1/2016, veiculada através do Ato Declaratório Executivo (ADE) de Exclusão DRF/LON Nº 1488855, de 1º de setembro de 2015 (fl. 85), com base na existência de débitos exigíveis do próprio SN referentes às competências 09/2011 a 12/2012 e 04/2013, listados no corpo do próprio documento:

Período Apuração	Saldo Devedor*								
09/2011	16.270,28	10/2011	14.217,27	11/2011	16.694,60	12/2011	25.251,52	01/2012	16.974,43
02/2012	17.369,60	03/2012	8.875,28	04/2012	9.994,30	05/2012	11.519,68	06/2012	10.446,74
07/2012	11.883,15	08/2012	13.286,47	09/2012	15.765,24	10/2012	13.273,32	11/2012	11.642,37
12/2012	9.776,45	04/2013	11.126,65	-	-	-	-	-	-

* Valor do saldo devedor originário em reais (sem acréscimos legais). Para obter informações sobre como pagar à vista, parcelar ou compensar os débitos acima relacionados, acesse o seguinte endereço eletrônico na internet:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br/simplenacional/regularizacao/indicencias/orientacoesgeraislinkTUS.htm>> .

2. A empresa reclamante apresenta manifestação de inconformidade (fls. 2/9), onde alega a constitucionalidade da exclusão motivada pela existência de débitos, citando alguns julgados. Reclama também da nulidade do ato administrativo por cerceamento do direito de defesa, já que o ADE exibe informações genéricas sobre os débitos apontados, ferindo os ditames legais. Cita, neste sentido, a Súmula Carf nº 22. Os principais argumentos da defesa são adiante reproduzidos:

(...)

II - PRELIMINARMENTE

a) Da nulidade do Ato Administrativo. Cerceamento de Defesa. Súmula nº 22 do

CARF.

6. Em sede preliminar, cumpre a Impugnante arguir pela nulidade do ato

declaratório de exclusão por cerceamento do direito de defesa.

7. O Anexo Único do Ato Declaratório Executivo exibe informações genéricas

sobre os débitos apontados, o malfere os ditames legais para tanto.

(...)

12. Como se vê neste particular, a demonstração dos débitos através do Anexo

Único se limita a revelar o período de apuração e saldo devedor, sem detalhar a

que se refere cada pendência.

13. Segundo reiterada jurisprudência do CARF, o ato administrativo de exclusão

do SIMPLES que não apresentar em sua motivação os elementos determinantes

da prática do ato é nulo, pelo que padece de vício de forma:

SIMPLES. EXCLUSÃO. *A rigor o ato declaratório é nulo de pleno*

direito por cerceamento do direito de defesa. Ademais, a partir da ciência

efetiva do contribuinte sobre qual era precisamente a pendência

genericamente citada, depois de explicitado pela decisão DRJ, nessa

data, a pendência já não existia, e, portanto, é de se anular o ato declaratório de exclusão.

KECURSOVOLUNTÁRIO PROVIDO. (Número do Processo

10070.001461/2001-19; Relator(a) ZENALDO LOIBMAIM;
Recurso

Voluntário; N° Acórdão 303-31479) (g.n.)

(...)

14. *Tal entendimento, por sua vez foi sumulado pelo CARF:*

Súmula CARF nº 22: É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.

15. *Conclui-se, portanto, que houve vício de forma na execução do Ato Declaratório Executivo, posto que houve omissão de formalidade indispensável à existência ou seriedade do ato, o que o torna um ato nulo, tendo em vista que nasceu afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo.*

III. Inconstitucionalidade da exclusão do SIMPLES NACIONAL por inadimplência.

16. *O Ato de Exclusão do Simples Nacional consta como motivo da exclusão a inadimplência do Impugnante com a Fazenda Pública Federal, através da aplicação do inciso V, inciso I do art. 29, inciso II do caput do §2º do art. 30 da LC 123/06 combinados com o inciso II do art. 73 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011.*

17. *Primeiramente, há de se ressaltar que a Impugnante reconhece que, em alguns meses, deixou de recolher a parcela mensal referente ao SIMPLES NACIONAL. Todavia, a inadimplência ocorreu por motivos de força maior. Vale dizer, o não pagamento não decorreu por liberalidade da Impugnante, mas sim pela falta de condições financeiras para tanto.*

18. *A Impugnante não conseguiu auferir receitas suficientes para fazer frente a algumas das obrigações, dentre elas os tributos, eis que também se vê em prejuízo pela inadimplência alheia. Conforme se verifica das cópias dos instrumentos de protestos (**ANEXO III**), a Impugnante possui conta a receber que ultrapassam o importe de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).*

19. *Não obstante, sua exclusão por inadimplência é absolutamente inconstitucional.*

20. *De fato, toda e qualquer empresa, seja qual for o regime de tributação ao qual esteja sujeita, corre o risco de, durante alguns meses, sofrer com a inadimplência. Tanto é assim, que o simples inadimplemento de tributo sequer é considerado pela jurisprudência como violação a lei suficiente a ensejar a responsabilidade tributária dos sócios administradores da pessoa jurídica:*

(...)

21. *Considerando-se que o mero inadimplemento não é considerado infração à lei, não se justifica a exclusão da*

Impugnante do SIMPLES NACIONAL, sobretudo pela própria condição de empresa de pequeno porte.

22. Com efeito, a Constituição Federal, em virtude das dificuldades naturais que às micros e pequenas empresas passam, estabelece princípios que devem ser observados pelo executivo na prática de atos administrativos, bem como pelo legislativo, ao ser editada norma de qualquer natureza. É direito constitucional da Impugnante **tratamento favorecido, diferenciado e simplificado**, conforme dispõem os artigos 170, inciso IX, e 179, in verbis:

(...)

23. De fato, o tratamento diferenciado existe mediante a instituição de regimes tributários próprios para as microempresas, como o SIMPLES NACIONAL.

Todavia, ao excluirse a empresa que deixa de recolher o tributo por alguns meses, ainda que o mero inadimplemento não caracterize violação à lei, o tratamento constitucionalmente garantido cai por terra. Ora, o tratamento jurídico diferenciado se presta justamente para facilitar o funcionamento da microempresa e não para prejudicar ainda mais suas operações.

24. Com a exclusão, a Impugnante, não obstante tenha receitas módicas, próprias à uma pequena empresa, será obrigada a recolher tributos em alíquotas majoradas, e será obrigada a fazer sua contabilidade conforme grandes empresas, infinitamente maiores.

25. Neste sentido, impor-lhe a obrigatoriedade de optar por outra sistemática de tributação - Lucro Presumido ou Real - viola o princípio constitucional da capacidade contributiva:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

"§1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

26. A utilização espúria destes meios tem apenas o condão de coagir as microempresas e as empresas de pequeno porte a recolherem seus tributos em dia. As Fazendas Públicas já possuem um instrumento de cobrança hábil - Execuções Fiscais, conforme Lei n. 6.830/80 - que já dá inúmeras facilidades e garantias para a cobrança dos créditos tributários.

27. Com isso, tem-se que a exclusão por força do inadimplemento é absolutamente inconstitucional, conforme, inclusive, já decidiram alguns Tribunais brasileiros:

DIREITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE OPÇÃO PELO "SIMPLES NACIONAL". INDEFERIMENTO, AO ARGUMENTO DE SER O INTERESSADO DEVEDOR DE TRIBUTO MUNICIPAL: IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

1. Ao garantir, mediante redução da carga tributária, o apoio a ser dado pelas leis ordinárias ou comuns às microempresas, aos microprodutores rurais, e às empresas de pequeno porte, em momento algum a Constituição Federal condicionou a concessão ou a manutenção do estímulo à inexistência de débitos tributários. A única condição imposta é que a empresa beneficiária possua reduzido faturamento periódico. Aliás, nem mesmo a Lei Complementar federal nº 123/06, que dispõe sobre a matéria, é em sentido diverso. 2. Assim, o indeferimento, pelo Município de Porto Alegre, de pedido de opção pelo "Simples Nacional", deduzido por microempresa devedora de tributos municipais quando atendidos os demais requisitos, não passa de legítima coação, sem suporte na lei maior, em escancarada contrariedade à filosofia constitucionalmente adotada pela Carta Magna, no sentido de fazer com que a pequena empresa efetivamente cresça. DECISÃO: Recurso provido. Unânime. (TJRS, Apel. C.V. N. 70025002486, Rei. Des. Roque Joaquim Volkweiss, julgado em 17/12/2008, de Porto Alegre).

29. Assim, pelos motivos expostos, é inconstitucional excluir as microempresas e empresas de pequeno porte do Simples Nacional pela falta de pagamento de tributos, pois, não era este o espírito constitucional destinado para esse tipo de empreendimento, mas sim, dar a ele condições de se desenvolver e crescer, cumprindo com sua função social.

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo integralmente a exigência do Auto de Infração, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2016

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ATO ADMINISTRATIVO REGULARMENTE EMITIDO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O ato administrativo de exclusão do Simples Nacional que obedece a todos os requisitos essenciais de validade legal, expondo de forma clara e precisa o motivo da exclusão a que se refere, permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao interessado e atende aos princípios constitucionais.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, não possuindo competência para afastar normas mediante apreciação de sua validade ou constitucionalidade.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXISTÊNCIA DE DÉBITO NÃO SUSPENSO.

Fica confirmada a exclusão do Simples Nacional quando não comprovada a regularização tempestiva do débito motivador.

EXCLUSÃO POR MOTIVO DE DÉBITOS EM COBRANÇA. CONSTITUCIONALIDADE. SENTENÇA STF. REPERCUSSÃO GERAL.

A corte máxima já se pronunciou favoravelmente, em decisão de repercussão geral, pela constitucionalidade da exclusão do Simples Nacional por motivo da existência de créditos tributários não suspensos.

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, porém consta em seu corpo alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade de dispositivo de lei que contrariam a Súmula 02 do E. CARF, motivo pelo qual o admitido em parte.

Mesmo assim, quanto à alegação relacionada à inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 123, de 2006, artigo 17, inciso V (que veda a exclusão do Simples por existência de débitos), cumpre ressaltar que a jurisprudência do STF está pacificada no sentido da constitucionalidade do mencionado dispositivo, após o julgamento do RE 627543/RS, com repercussão geral reconhecida, no qual o plenário do tribunal maior acompanhou por maioria o voto do relator, ministro Dias Toffoli. Vejamos a ementa do acórdão:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida.

Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado.

Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido.

1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações.

*3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, **a priori**, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se*

reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência.

4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica.

Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo.

5. Recurso extraordinário não provido.

Quanto a alegação da Recorrente de que o ADE de exclusão do Simples é nulo eis que contrariou o Súmula CARF 22 (abaixo transcrita) por não ter demonstrado quais são os débitos que se encontravam em aberto, também entendo que não deve ser acolhida.

Vejamos a Súmula CARF 22.

Súmula CARF nº 22: É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Ocorre, conforme exposto no início do relatório, foi acostado ao ADE o demonstrativo de débitos do próprio Simples Nacional sem exigibilidade suspensa junto a Fazenda Pública Federal.

Período Apuração	Saldo Devedor*								
09/2011	16.270,28	10/2011	14.217,27	11/2011	16.694,60	12/2011	25.251,52	01/2012	16.974,43
02/2012	17.369,50	03/2012	8.875,28	04/2012	9.994,30	05/2012	11.519,68	06/2012	10.446,74
07/2012	11.883,15	08/2012	13.286,47	09/2012	16.765,24	10/2012	13.273,32	11/2012	11.642,37
12/2012	9.776,45	04/2013	11.126,65	-	-	-	-	-	-

* Valor do saldo devedor originário em reais (sem acréscimos legais). Para obter informações sobre como pagar à vista, parcelar ou compensar os débitos acima relacionados, acesse o seguinte endereço eletrônico na internet:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br/simples/regularizacao/pendencias/orientacoesgeraislinkTUS.htm>> .

Desta forma, rejeito esta preliminar de nulidade do ADE.

De resto, como a matéria dos autos trata apenas da exclusão da Recorrente do Simples Nacional devido a débitos sem exigibilidade suspensa e os argumentos de defesa não apresentam qualquer prova de que tais débitos forma pagos em algum momento, entendo que o v. acórdão deve ser mantido.

Ou seja, os débitos que ocasionaram a exclusão do Simples foram indicados no ADE e a Recorrente não apresentou aos autos provas de que teria quitado tais débitos até o momento.

Sendo assim, como entendo que o v. acórdão recorrido deve ser mantido, adoto seus fundamentos como razão de decidir.

4. A peça de contestação apresentada pela defesa levanta violação aos princípios constitucionais, tais como, a do tratamento favorecido e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte e da legalidade. Também alega inconstitucionalidade do procedimento de exclusão em razão da existência de débitos não suspensos. Em preliminar, aduz que houve cerceamento do direito de defesa por ter o ADE se limitado a revelar o período de apuração e o saldo devedor, sem detalhar a que se refere cada pendência.

Da preliminar de cerceamento do direito de defesa

5. No corpo do ADE consta um quadro demonstrativo dos débitos motivadores da exclusão (reproduzido no primeiro item do relatório). Foram indicados o período de apuração e o valor original do saldo devedor. Em se tratando de empresa que apura seus tributos no regime do Simples Nacional, cujo recolhimento mensal é único, tais informações são suficientes para identificar os débitos. Assim, o ADE enviado ao contribuinte cumpriu os requisitos legais. A situação concreta ora examinada certamente não é a mesma verificada na configuração dos atos declaratórios emitidos nos primeiros lotes de exclusão do regime favorecido anterior (Simples Federal - Lei nº 9.317/96), que ensejaram as sucessivas anulações sumuladas pelo Carf, por não explicitarem quais os débitos motivadores das exclusões. Conclui-se pela rejeição da preliminar de nulidade levantada pela defendant.

Da legalidade do ato administrativo de exclusão

6. Inicialmente vale destacar que, em relação ao regime tributário conhecido como Simples Nacional, a competência da Receita Federal do Brasil, que abrange expedir atos de exclusão, inclusive no caso de existência de débitos para com a Fazenda Pública, está expressa no artigo 33 da Lei Complementar 123, de 2006, combinado com artigos precedentes, conforme abaixo:

Das Vedações ao 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;

(...)

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. (efeitos: a partir de 01/07/2007)

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional darse-á quando: (efeitos: a partir de 01/07/2007)

I – verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

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

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

(...)

Art.33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

6.1. Como se vê, pela legislação acima transcrita, compete à RFB e demais entes federativos fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias das empresas optantes pelo Simples Nacional. Evidente, essa competência inclui verificar (e tomar as devidas providências) no caso de os optantes incidirem nos critérios de vedação ou de exclusão previstos pela lei. Os dispositivos negritados acima demonstram claramente a previsão legal relacionada à exclusão do contribuinte na hipótese de existência de débitos.

7. A Resolução CGSN nº 94, de 2011, ao regulamentar a citada lei, reafirma a competência legal da RFB. Vejamos os dispositivos:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

(...)

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do termo de exclusão, na hipótese de possuir débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso V; art. 31, inciso IV) (Redação dada pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012)

§ 1º Na hipótese dos incisos V e VI do caput, a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da ciência da exclusão de ofício, possibilitará a permanência da ME ou da EPP como optante pelo Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 31, § 2º) (Redação dada pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012)

(...) (original sem grifos)

7.1. A empresa que possui débitos, previdenciários ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, cuja exigibilidade não esteja suspensa, não poderá recolher tributos na forma do Simples Nacional, nos termos do artigo 15, inciso XV, da Resolução CGSN Nº 94/2011.

Assim, se possui débitos, não pode apurar os tributos pela forma simplificada e, portanto, deve ser excluída.

7.2. O inciso II do artigo 73 da citada Resolução estabelece que a comunicação de exclusão deverá ser feita pelo próprio contribuinte e, no caso de possuir débitos, essa comunicação deverá ser feita até o último dia útil do mês subsequente ao da situação de exclusão.

7.3. Se o contribuinte não comunicar a existência de débitos e permanecer no Simples Nacional, compete à RFB ou demais entes federativos, consoante artigo 75, identificar a situação excludente, expedir termo e iniciar o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa. No caso concreto foi dada a

ciência da exclusão e fornecido prazo para regularização dos débitos ou para defesa.

7.4. O artigo 76 trata dos efeitos da exclusão. Na hipótese excludente relativa à existência de débitos, caso o contribuinte não regularize as pendências e não apresente defesa ou, ainda, apresentando manifestação de inconformidade venha a receber decisão definitiva desfavorável, será excluído do Simples Nacional a partir do ano-calendário seguinte ao da comunicação de exclusão. Ainda, o prazo para regularização de pendências é de trinta dias após a ciência do ato declaratório de exclusão.

8. Dessa forma, o ato administrativo expedido pela DRF/Londrina (PR) obedece ao princípio da legalidade, vez que encontra amparo legal em sentido estrito. O ato oportuniza a ampla defesa, visto que resta clara a motivação (existência de débitos não suspensos), além de conferir prazo para contestação.

9. Quanto à questão relacionada à inconstitucionalidade da Lei Complementar Nº 123, de 2006, artigo 17, inciso V (vedação ou exclusão por existência de débitos), cumpre ressaltar que a jurisprudência do STF está pacificada no sentido da constitucionalidade do mencionado dispositivo, após o julgamento do RE 627543/RS, com repercussão geral reconhecida, no qual o plenário do tribunal maior acompanhou por maioria o voto do relator, ministro Dias Toffoli. Vejamos a ementa do acórdão:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida.

Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado.

Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido.

1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma

vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações.

3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, *a priori*, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência.

4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica.

Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo.

5. Recurso extraordinário não provido.

9.1. Dessa forma, não há que se falar em nulidade do ADE de exclusão do Simples Nacional aqui analisado.

10. De qualquer forma, o exame de validade de dispositivo previsto em lei, tendo por parâmetros princípios constitucionais, demandaria controle de constitucionalidade de normas, atividade exercida de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário e expressamente vedada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

11. Diante de todo o exposto, VOTO no sentido de CONSIDERAR IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade e, em consequência, manter a exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

Sendo assim, voto por manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional nos termos do v. acórdão recorrido.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, voto por conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)
Leonardo Luis Pagano Gonçalves