



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

Processo n° 11065.720751/2010-98
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.704 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 07 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente BANNYPEL MODA COURO LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2011

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS EM COBRANÇA. PRAZO LEGAL PARA REGULARIZAÇÃO. INOBSERVÂNCIA.

Não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que possua débito deste Regime Especial, com exigibilidade não suspensa.

Mantém-se o ato declaratório de exclusão se não elidido o fato que lhe deu causa no prazo legal estabelecido.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/01/2011

RECURSO VOLUNTÁRIO. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OCORRÊNCIA.

Os contornos da lide administrativa são definidos pela impugnação ou manifestação de inconformidade, oportunidade em que todas as razões de fato e de direito em que se funda a defesa devem deduzidas, em observância ao princípio da eventualidade, sob pena de se considerar não impugnada a matéria não expressamente contestada, configurando a preclusão consumativa, conforme previsto nos arts. 16, III e 17 do Decreto n° 70.235/72, que regula o processo administrativo-fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela recorrente em face de decisão proferida pela 6ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Porto Alegre (RS), mediante o Acórdão nº 10-42.939, de 20/03/2013 (e-fls. 39/43), 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: (grifos não constam do original)

Trata-se de Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte acima identificado, às fls. 03/24, em razão de sua exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) através do Ato Declaratório Executivo - **ADE DRF/NHO nº 435.006, de 01 de Setembro de 2010** (fls. 31).

A referida exclusão ocorreu em virtude do contribuinte **possuir débitos** com a Fazenda Pública Federal, **com exigibilidade não suspensa** e está fundamentada no inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 e na alínea “d” do inciso II do art. 3º, combinada com o inciso I do art. 5º, ambos da Resolução CGSN nº 15/2007, produzindo efeitos a partir de 01/01/2011. **A ciência do Ato deu-se, via postal, em 22/09/2010** (fls. 37) e os débitos referem-se ao período de apuração 03/2008 a 09/2008, 11/2008 e 12/2008.

Em 22/10/2010, o contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade alegando, em síntese, que:

1- O tratamento diferenciado obtido através da adesão das micro e pequenas empresas ao Simples não pode ser sobrepujado em face da mera impontualidade fiscal da empresa;

2- A **Constituição** da República, ao tratar do tratamento tributário favorecido às micro e pequenas empresas também não distingue as empresas em função de sua saúde financeira;

3- As disposições **infraconstitucionais** que criam embaraços ao tratamento tributário mais favorável colidem inelutavelmente com a Constituição Federal/1988;

4- Discorre sobre a possibilidade de deixar de aplicar um dispositivo legal em virtude de considerá-lo **inconstitucional**;

5- Refere-se à **ilegalidade e inconstitucionalidade da exclusão** da microempresa do Simples Nacional. Sustenta que o Simples Nacional não se trata de um favor fiscal e sim de um regime jurídico específico, expressamente previsto pelo constituinte originário, por razões fiscais e extra-fiscais;

6- A União, através de sua Procuradoria dispõe de lei própria para a cobrança dos créditos de Simples eventualmente impagos;

7- É abusiva toda forma de coerção e penalização à empresa impontual, como o que ocorre com a empresa que tem tributos impagos e pode ser excluída do Simples Nacional. Para continuar neste regime de tributação, deve a empresa regularizar o seu débito em trinta dias, conforme o previsto no artigo 30, parágrafo 2º da LC 123/2006, o que é uma forma de coação. Isto contraria o princípio do livre exercício de atividade econômica;

8- Refere-se aos artigos 170 e 179 da **Constituição Federal**;

9- O artigo 17, inciso V da LC 123/2006 propugna violação ao artigo 150, II da Constituição Federal, que dispõe ser vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente; e 10- Pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário.

Requer, ao final, seja cancelado o Ato Declaratório Executivo DRF/NHO nº 435006/2010, de exclusão do Simples Nacional.

A DRJ julgou a manifestação de inconformidade improcedente, mantendo a Exclusão do Simples, com a seguinte fundamentação: (grifo não consta do original)

O ADE exclui a empresa do Simples Nacional em função de débitos deste regime de tributação, com exigibilidade não suspensa. A exclusão no caso presente, se firma pelo disposto no inciso V do art. 17 da LC 123/2006, que assim diz:

“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;

(...)

Os débitos que originaram o ADE referem-se ao período de apuração 03/2008 a 09/2008, 11/2008 e 12/2008. **O contribuinte não contesta tais pendências**, mas alega ilegalidade e inconstitucionalidade da exclusão, da forma coercitiva de cobrar tributo e sobre a possibilidade do agente fiscal de deixar de aplicar um dispositivo legal em virtude de considerá-lo inconstitucional.

Não assiste razão ao contribuinte.

O Sistema Simples que passou a integrar a legislação tributária a partir de 1997 (Lei n.º 9.317/1996) dando efetividade aos artigos 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal, foi instituído com vistas à simplificação e unificação da sistemática de arrecadação de tributos recolhidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte. A estrutura inovadora de pagamento implicou substancial redução de procedimentos e custos para as empresas beneficiadas.

Posteriormente sobreveio a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional. O artigo 2º desta LC trata do Comitê Gestor do Simples Nacional, a quem compete regular a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime simplificado de tributação.

Assim como esta LC 123/2006 trouxe benefícios, também impôs condições para ingresso e manutenção das empresas nesta sistemática simplificada de tributação, sendo uma delas não possuir débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Sabemos que o verdadeiro objetivo da Lei Complementar 123/2006, do Simples Nacional, é o de proteger e facilitar a vida dos micro e pequenos empresários, para que possam sobreviver e competir saudavelmente no mercado. Ela implantou o regime simplificado em benefício dessas empresas de micro e pequeno porte, no entanto, a própria lei complementar restringe a possibilidade de ser optante empresas que se enquadrem em uma das hipóteses de exclusão dessa sistemática, o que inegavelmente é o caso da empresa em questão.

Com relação a incompatibilidade entre os dispositivos constantes na Lei Complementar nº 123/2006 e os princípios constitucionais que regem a ordem econômica, entre eles os que determinam o tratamento jurídico favorável e diferenciado das MEs e EPPs com vistas a incentivar suas atividades, mediante simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias, não entendo que a mesma ocorra. Tais dispositivos são perfeitamente conformes com a finalidade buscada pelo regime de tributação unificado e simplificado estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006. O referido diploma legal deve ser compreendido e interpretado como um sistema integrado e harmônico. Não pode o sujeito passivo usufruir apenas as benesses do regime, sem qualquer ônus compensatório pelos benefícios auferidos.

O fato de a Constituição Federal determinar o tratamento favorável às micro e pequenas empresas, não implica que a lei deva dar tratamento igual para empresas que se encontrem em situação jurídica distinta. Não haveria vantagem alguma em ser cumpridora das obrigações fiscais, caso a lei, ao final, igualasse tanto as empresas em situação fiscal regular quanto as que estão irregulares e lhes concedesse os mesmos benefícios. Assim é que a vedação constante do artigo 17, V, da Lei Complementar nº 123/2006, e a hipótese de exclusão constante do artigo 30, II, do mesmo diploma, não limitam o exercício da atividade empresarial, mas tão-somente prevêm uma condição razoável para o implemento de benefício fiscal.

A submissão das pessoas jurídicas a esse regime específico não decorre de imposição legal, automática, mas fica a critério delas a adesão e permanência. Logo, se o contribuinte tem interesse em usufruir suas benesses, deve sujeitar-se, incondicionalmente, ao respectivo regramento.

O requisito previsto no art. 17, inciso V da LC 123/2006 não impede ou limita o exercício da atividade econômica da empresa; apenas caracteriza pressuposto

razoável estabelecido pelo legislador – com amparo na competência outorgada pela Carta Magna – para que a pessoa jurídica faça jus ao benefício fiscal. Quanto ao argumento de que deve ser afastada a regra contida no art. 17, V, da Lei Complementar nº 123/2006, que ela viola o artigo 150, II da Constituição Federal, importante salientar que os julgadores da administração fazendária encontram-se restritos a proceder à exegese da legislação tributária sem adentrar nos campos da ilegalidade e inconstitucionalidade, pois no âmbito do Poder Executivo deve-se assumir que a legislação é legal e constitucional enquanto o contrário não for declarado pelos outros Poderes.

Quanto às demais alegações do contribuinte, não têm pertinência. Isso porque a atividade administrativa é vinculada e obrigatória. Assim, constatado que o contribuinte incorreu na vedação tipificada no art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006, está correta a exclusão de ofício do Simples Nacional em 2011, não cabendo nenhum tipo de discricionariedade.

Conclusão

Portanto, por todo o exposto, uma vez que o interessado possui débitos do Simples Nacional, cuja exigibilidade não está suspensa, e, não tendo sido produzida prova em contrário, deve ser indeferida sua solicitação, devendo ser mantida a exclusão do Simples Nacional a partir de 01/01/2011.

O acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DÉBITOS EM COBRANÇA - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que possua débito deste Regime Especial, com exigibilidade não suspensa.

Não cabe ao órgão administrativo apreciar argüição de legalidade ou constitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância em 26/04/2013, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 46, a recorrente apresentou recurso voluntário em 17/05/2013 (e-fls. 48/55), conforme carimbo apostado à e-fl. 48.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

No recurso interposto, a recorrente alega que "*atrasou algumas parcelas do SIMPLES de 03/2008 a 09/2008 e de 11/2008 a 12/2008, motivo pelo qual foi excluída com base em ADE de setembro de 2010*", mas que "*parcelou os débitos em aberto*", conforme "*comprovante do parcelamento dos valores devidos...(doc. 01)*" e alega que "*esta Corte possui entendimento de que, parcelado o débito no decorrer do processo de exclusão do SIMPLES, este deve ser afastado, com a manutenção da empresa naquele regime simplificado*".

Trata-se de argumentos novos, não apresentados pela defesa em sede de manifestação de inconformidade, o que não é admissível no processo contencioso administrativo, implicando a ocorrência da preclusão consumativa.

Nos termos dos arts. 16, III e 17, ambos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo-fiscal, todos os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a defesa deverão ser mencionados na impugnação, considerando-se não impugnadas as matérias não expressamente contestadas, *verbis*: (grifos não constam do original)

“Art. 16. A impugnação mencionará:

I a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II a qualificação do impugnante;

III os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art.

16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

(Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º *Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)*

§ 4º *A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)*

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º *A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)*

§ 6º *Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)*

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).” (destacado)

A preclusão se verifica pela não dedução de todos os argumentos de defesa no recurso inaugural, isto é, as matérias de direito que pretendia questionar, decorrendo daí a perda da oportunidade processual de contestação, valendo acentuar que o recurso voluntário, como dito, é totalmente distinto da impugnação, chegando mesmo, em alguns pontos, a serem mutuamente contraditórios.

Na lição de Fredie Didier Júnior (Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 11ª edição, revista, ampliada e atualizada. Ed. JusPodium, Salvador: 2009. Pág. 283.), a preclusão consumativa consiste na perda da faculdade processual, por já haver sido exercida, pouco importando se bem ou mal. Uma vez praticado o ato processual, não mais é possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo, eis que já consumado.

No caso dos autos, a discussão administrativa foi delineada pela manifestação de inconformidade, restando rechaçadas quaisquer outras teses defensivas eventualmente não expostas, por aplicação do princípio eventualidade, ressalva feita ao direito ou fato supervenientes, o que não é a hipótese.

Embora os argumentos ora apresentados não tivessem sido prestados em sede de recurso de primeira instância, o documento juntado pela recorrente, às e-fls. 53-54, (Informações cadastrais da Matriz), extraído em 02/05/2013 por meio do Serviço de Atendimento Virtual (e-Cac), não comprova que o parcelamento foi apresentado dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência, o que ocorreu em 22/09/2010.

É de suma importância observar que as presunções “*juris tantum*”, muito embora admitam prova em contrário, dispensam do ônus da prova aquele a favor de quem se estabeleceram, cabendo ao sujeito passivo, no caso, a produção de provas em contrário, no sentido de ilidi-las.

Esse também é o entendimento do Egrégio Conselho de Contribuintes, exarado no Acórdão do 1º CC nº 01-0.071/1980, do qual se destaca o seguinte trecho:

“O certo é que cabendo ao fisco detectar os fatos que constituem o conteúdo das regras jurídicas em questão, e constituindo-se esses fatos em presunções legais relativas de rendimentos tributáveis, não cabe ao fisco infirmar a presunção, sob pena de laborar em ilogicidade jurídica absoluta. Pois, se o fisco tem a possibilidade de exigir o tributo com base na presunção legal, não me parece ter o menor sentido impor ao fisco o dever de provar que a presunção em seu favor não pode subsistir. Parece-me elementar que a prova para infirmar a presunção há de ser produzida por quem tem interesse para tanto. No caso, o contribuinte.”

A jurisprudência administrativa é mansa e pacífica no tocante à necessidade de provas concretas com o fito de se elidir a tributação erigida por lançamento. À Fazenda Pública cabe tornar evidente o fato constitutivo do seu direito. Cabe ao litigante provar os fatos modificativos ou extintivos desse direito, conforme o disposto no art. 16, III e § 4º do Decreto nº 70.235, de 1972.

Não comprovada as alegações do sujeito passivo, tem a autoridade fiscal o poder/dever de efetuar o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância da legislação.

A autoridade lançadora não deve nem pode fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento. O lançamento tributário é rigidamente regrado pela lei, ou, no dizer do art. 3º do CTN, é “atividade administrativa plenamente vinculada”. Conforme o art. 142 do CTN, ocorrido o fato gerador a autoridade fiscal deve constituir o crédito tributário, calculando a exigência de acordo com a lei vigente à época do fato, não tendo repercussão a atual situação econômico-financeira do sujeito passivo.

Assim, considerando que a recorrente não tomou as medidas cabíveis para a suspensão ou pagamento dos débitos no prazo estipulada, e que o documento apresentado não faz prova em favor da rr, não há que se falar em reforma da decisão recorrida, cujas razões de decidir adiro, tendo em vista o disposto no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/1999

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo-se *in totum* a decisão de primeira instância.

Processo nº 11065.720751/2010-98
Acórdão n.º **1001-000.704**

S1-C0T1
Fl. 66

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni