



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.724425/2010-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.123 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de novembro de 2020
Recorrente TOK GLASS INDUSTRIA DE CRISTAIS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DÉBITOS EM COBRANÇA

Havendo débitos junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, cuja exigibilidade não esteja suspensa, deve ser mantido o Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Iágaro Jung Martins, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre (RS).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão n.º **10-39.130 - 6ª Turma da DRJ/POA**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

Trata-se de Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte acima identificado, às fls. 02/12, 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/POA n.º 433.990, de 01 de Setembro de 2010 (fls. 21).

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 n.º 123/2006 e na alínea "d" do inciso II do art. 3º, combinada com o inciso I do art. 5º, ambos da Resolução CGSN n.º 15/2007, produzindo efeitos a partir de 01/01/2011. Os débitos referem-se ao período de 02/2008 a 12/2008 e a ciência do referido Ato deu-se, via postal, em 23/09/2010 (fls. 111).

Em 11/10/2010, o contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade alegando, em síntese, que:

1- Em face de dificuldades financeiras, deixou de recolher as competências dos meses de fevereiro a dezembro de 2008, gerando o passivo tributário;

2- É inconstitucional a forma de proceder da União, condicionando a manutenção no sistema ao adimplemento de tributos, efetiva sanção política, afrontando inclusive a principiologia tributária nacional, a qual deve ser afastada;

3- Discorre sobre o Simples Nacional, que visa o incentivo, o crescimento e a manutenção da atividade empresarial das micro e pequenas empresas e que a Lei Complementar não poderia condicionar a manutenção no sistema, ao cumprimento de obrigação outra, acessória, que não tem relação com a finalidade que busca a lei;

4- A Carta Maior ditou a finalidade na qual deveriam calcar as leis que tratariam dos benefícios das ME's e das EPP's: tratamento diferenciado e favorecido;

5- A LC 123/2006 condiciona a opção, buscando de forma oblíqua o pagamento (ou parcelamento) de exações, impedindo qualquer discussão judicial do valor devido, preterindo, com isso, o tratamento diferenciado e favorecido estabelecido pela Carta Maior (art. 146, III, d, e art. 170, IX, ambos da CF); e

6- Pelo ADE o contribuinte é coagido a pagar, em trinta dias da ciência do referido Ato, os débitos pendentes, quando os demais contribuintes possuem a faculdade de assim proceder em 180 meses, previsto com a edição da Lei n.º 12.249/2010. Há efetiva lesão ao princípio da isonomia tributária, pelo trato desigual e exagerado do ente social que deveria privilegiar as micro e pequenas empresas.

Traz aos autos decisões do Tribunal de Justiça do RS e do TRF da 4ª Região para corroborar seus argumentos e requer, ao final, (a) seja suspenso o cumprimento do ADE até o julgamento final, (b) todos os meios de provas em direito admitidas, em especial os documentos trazidos aos autos, e (c) seja tornado insubsistente o ADE.

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A **6ª Turma da DRJ/POA**, por meio do Acórdão n.º **10-39.130**, julgou a Manifestação de Inconformidade Improcedente, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

DATA DO FATO GERADOR: 01/01/2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - DÉBITOS EM COBRANÇA

HAVENDO DÉBITOS JUNTO À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, CUJA EXIGIBILIDADE NÃO ESTEJA SUSPensa, DEVE SER MANTIDO O ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Observa-se que a decisão do órgão julgador *a quo* teve como seguintes **fundamentos**:

1. 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 n.º 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, que também é uma forma de tributação simplificada opcional. Esta Lei Complementar tinha o objetivo de estabelecer normas gerais relativas ao tratamento a ser dispensado às micro e pequenas empresas. Através desse sistema instituiu-se um tratamento favorecido aos aderentes, impondo-se, em contrapartida certas exigências. Pondera-se que o contribuinte não é obrigado a aderir à nova sistemática, mas, se o faz, deve se submeter a todas as condições previstas pela lei.
2. A Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) n.º 15, de 23 de julho de 2007, que dispõe sobre a exclusão deste Regime Especial de tributação e fundamenta o ADE DRF/POA n.º 433.990, de 01 de Setembro de 2010, na alínea "d" do inciso II do art. 3º, combinada com o inciso I do art. 5º assim diz:

Art. 3º 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. 5º 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;

3. Como o art. 3º, II, "d", refere-se ao art. 12, XVI da Resolução CGSN n.º 4/2007, a transcrevo logo abaixo:

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;

4. De acordo com o § 3º do art. 29 da Lei complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, a exclusão de ofício deve ser realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.
5. Nesse sentido, também o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN) estabeleceu que a pessoa jurídica poderá permanecer no regime especial se comprovar ter regularizado, no prazo de trinta dias a partir da ciência da exclusão, os débitos motivadores da exclusão, nos termos do § 5º do art. 6º da Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007:

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

V - na hipótese da alínea 'd' do inciso II do caput do art. 3º, a partir do ano-calendário subsequente ao da comunicação pelo contribuinte ou, no caso de exclusão de ofício, ao da ciência da exclusão, observado o disposto no § 5º; (Redação dada pela Resolução CGSN n.º 33, de 17 de março de 2008)

(...)

§ 5º Na hipótese do inciso V do caput, será permitida a permanência da ME e da EPP 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 exclusão.

6. No ADE DRF/POA n.º 433.990 constavam os débitos pendentes de regularização junto à Receita Federal, seu período de apuração e dava um

prazo de 30 dias da ciência do mesmo para o contribuinte quitá-los ou manifestar-se sobre eles. O contribuinte não contesta tais pendências. Desta forma, foi atendido o art. 5º, parágrafo LV da Constituição Federal: assegurado o contraditório e ampla defesa.

7. Como até o prazo previsto no ADE, nenhuma medida foi tomada que pudesse extinguir ou suspender os débitos apurados através do regime do Simples Nacional que geraram sua exclusão, os mesmos continuam pendentes de regularização.
8. Acrescente-se que, em sede de processo administrativo, são estranhas as discussões em torno da suposta inconstitucionalidade de lei, ou de ilegalidade de decretos regulamentares e demais atos normativos expedidos pelo Poder Executivo. Isto porque as leis, uma vez aprovadas pelo Poder Legislativo, possuem presunção de constitucionalidade. Esta presunção ocorre, em âmbito do Poder Executivo, porque o Presidente da República, ao não vetá-la, concordou com a sua constitucionalidade, nos termos do § 1º do artigo 66 da Constituição Federal:

Art. 66. (...)

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

9. O tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte garantido pelo texto constitucional (art. 146, parágrafo único, III, "d") não pode levar ao privilégio de admitir que a EPP ou ME devedora de tributos faça a opção ao sistema tributário simplificado sem regularizá-los.
10. Quanto às decisões judiciais referidas na manifestação de inconformidade, o interessado não comprovou fazer parte de nenhum dos polos da relação processual. Os efeitos das decisões apontadas recaem somente sobre as partes da demanda, não podendo ser estendidas a este contribuinte na esfera administrativa.

Parcelamento de débitos fiscais - optantes do Simples Nacional

11. A Lei nº 12.249/2010, citada pelo contribuinte em sua manifestação, não abrange o parcelamento de débitos do Simples Nacional.
12. Ressalve-se que, dentre as possibilidades colocadas à disposição do Contribuinte para regularização de suas pendências, não era válida a relativa ao parcelamento do débito, pois:

a) O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece que: "Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica " e

não havia, até 31/12/2011, previsão legal específica de parcelamento de débitos fiscais para empresas que gozem dos benefícios do regime denominado Simples Nacional;

b) Muito embora a Lei 11.941/2009 não vede expressamente o parcelamento às empresas optantes do Simples Nacional, também não o prevê. Além do mais, é certo que a operacionalização deste parcelamento é incompatível com a sistemática de arrecadação dos tributos devidos pelos Contribuintes do "Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições", dadas as especificidades desta sistemática simplificada e favorecida de arrecadação, na medida em que, nos respectivos recolhimentos, não realizados oportunamente, podem estar incluídos tributos devidos aos três entes federativos/tributantes (União, Estados/Distrito Federal e Municípios), com diferenças de alíquotas, consideradas as atividades e os portes dos Contribuintes, sendo notório que, embora a União e parte dos Estados possam, com agilidade e precisão, identificar Contribuintes e respectivos passivos tributários, o mesmo não se poderia esperar certamente da maioria dos municípios brasileiros. Portanto, o parcelamento de débitos de Contribuintes que gozem dos benefícios do Simples Nacional há de merecer, nos exatos termos do artigo 155-A do CTN, lei específica, que traga ferramentas de processamento de dados, com nível de detalhamentos e intercâmbio de informações entre os entes tributantes, não compatíveis com as disposições da Lei 11.941/2009.

13. Além do mais, o art. 12 da Lei n.º 11.941/2009 determinou o seguinte: " a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito de suas respectivas competências, editarão, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data de publicação desta Lei, os atos necessários à execução dos parcelamentos de que trata esta Lei, inclusive quanto à forma e ao prazo para confissão dos débitos a serem parcelados." Sendo assim, foi publicada a Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 6/2009.

Deve-se transcrever o art. 1º, § 3º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 6/2009.

"Art. 1º - Os débitos de qualquer natureza junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), vencidos até 30 de novembro de 2008, que não estejam nem tenham sido parcelados até o dia anterior ao da publicação da Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009, poderão ser excepcionalmente pagos ou parcelados, no âmbito de cada um dos órgãos, na forma e condições previstas neste Capítulo.

(...).

§ 3º O disposto neste Capítulo não contempla os débitos apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que trata a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006." (grifei)

14. Neste contexto, não é possível se valer dos princípios constitucionais da igualdade e legalidade, pois o parcelamento é sempre um instrumento da política fiscal, dependente de iniciativas do legislador.

15. Em 11/11/2011 foi publicada no DOU a Lei Complementar n.º 139, alterando dispositivos da Lei Complementar n.º 123/2006. O art. 21, parágrafos 15 a 20 assim dispõe:

§15. Compete ao CGSN fixar critérios, condições para rescisão, prazos, valores mínimos de amortização e demais procedimentos para parcelamento dos recolhimentos em atraso dos débitos tributários apurados no Simples Nacional, observado o disposto no § 3º deste artigo e no art. 35 e ressalvado o disposto no § 19 deste artigo.

§ 16. Os débitos de que trata o §15 poderão ser parcelados em até 60 (sessenta) parcelas mensais, na forma e condições previstas pelo CGSN.

§17. O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado, na forma regulamentada pelo CGSN.

§18. Será admitido parcelamento de débitos constantes de parcelamento em curso ou que tenha sido rescindido, podendo ser incluídos novos débitos, na forma regulamentada pelo CGSN.

§19. Os débitos constituídos de forma isolada por parte de Estado, do Distrito Federal ou de Município, em face de ausência de aplicativo para lançamento unificado, relativo a tributo de sua competência, que não estiverem inscritos em Dívida Ativa da União, poderão ser parcelados pelo ente responsável pelo lançamento de acordo com a respectiva legislação, na forma regulamentada pelo CGSN.

§ 20. O pedido de parcelamento deferido importa confissão irretratável do débito e configura confissão extrajudicial.

16. O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), por sua vez, aprovou a Resolução n.º 94 em 29/11/2011, que contempla as regras do parcelamento trazidas pela Lei Complementar n.º 139/2011, produzindo efeitos a partir de 01/01/2012. **Tal parcelamento pode ser solicitado desde 02 de janeiro de 2012.** As regras relativas ao parcelamento encontram-se em Comunicado próprio no Portal do Simples Nacional, na página da Receita Federal na internet.

17. Assim, verifica-se que **não havia previsão legal, na Lei Complementar n.º 123/2006 para que os débitos do Simples Nacional fossem parcelados até 31/12/2011.** A existência de débitos é motivo que enseja a exclusão da microempresa e da empresa de pequeno porte desta sistemática de tributação.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Das Preliminares

A Recorrente alega que o pagamento de débitos como condição para permanência no regime do Simples Nacional, viola princípios e garantias constitucionais, dentre eles principalmente o da ordem econômica, *in verbis*:

A análise da imposição trazida por esta Secretaria da Receita Federal, condicionando a manutenção do contribuinte neste Sistema de Arrecadação ao pagamento dos débitos havidos representa violação de princípios e garantias constitucionais, e dentre eles principalmente o da ordem econômica, calcado no art. 170 da CF.

A Constituição Federal em seu art. 146, III, d, no Capítulo do Sistema Tributário Nacional, prevê que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no casado imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195,1, e §§12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Aqui estribando-se, o Poder Legiferante institui o Simples Nacional (LC 123/2006), com a finalidade de dar tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Se se trata de um benefício a opção ao Simples Nacional, visando o incentivo, o crescimento e a manutenção da atividade empresarial, a LC não poderia, furtando-se a finalidade constitucional, condicionar a manutenção neste sistema, que seja cumprida obrigação outra, acessória, que não tem relação com a finalidade que busca ter a lei.

Isso escapa também aos princípios constitucionais da atividade econômica, estatuídos no art. 170, IX, da Carta Magna, uma vez que há previsão de tratamento favorecido para as empresa de pequeno porte.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede a administração no País.

Com efeito, a Carta Maior ditou a finalidade na qual deveriam se calcar as leis que tratariam dos benefícios das ME's e das EPP's. Essa finalidade é inconteste, é expressa, qual seja, o tratamento diferenciado e favorecido. E, por ser a CF lei suprema, a finalidade nela estabelecida não pode ser confrontada, muito menos por lei infraconstitucional (a LC), sob pena de

inconstitucionalidade, por violação ao princípio da finalidade (art. 5, II e art. 37, caput, ambos da CF). Condicionar o benefício as ME's e as EPP's, imprimi sentido outro à lei, fora de sua finalidade.

Nesta linha, trouxe-nos, com maestria. Celso Antonio Bandeira de Mello.

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la. [grifo nosso]

Corroborando nossos argumentos, imprescindível a lição do Juiz Leandro Pausen, em caso análogo, no recente julgamento do AG n. 2007.04.00.029804-4:

[...]

A Recorrente sustenta que o pagamento de débitos como condição para permanência no regime do Simples Nacional, caracteriza-se como efetiva sanção política, *in verbis*:

Em verdade o ato de condicionar as Micro e Pequenas empresas ao pagamento de débitos para a manutenção no Regime ESPECIAL Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições-SIMPLES caracteriza-se como efetiva sanção política, forma indireta de cobrança.

Certo que esta Secretaria de Receita possui os meios próprios e legais para a promoção das cobranças de seus débitos através dos executivos fiscais, promovidos por suas respectivas Procuradorias.

E a forma coercitiva e condicional de cobrança é vedada em nosso ordenamento pátrio, sendo tal vedação já declarada pelo excelso Supremo Tribunal Federal, em decisão sumulada, aplicada de forma analógica ao caso em tela, a saber:

Sumula 323 STF:

É INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS.

No mesmo sentido, bem postou-se o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

[...]

Assim, sob a ótica jurisprudencial também vedada a exclusão do contribuinte pela ocorrência de algum débito fiscal não atendido.

A Recorrente afirma que o Ato Declaratório executivo DRF/POA n. 433990, de 01 de setembro de 2010, obrigando o contribuinte a promover o pagamento dos valores devidos pelo SIMPLES em 30 dias, a contar da sua ciência, sob pena de exclusão, promove discriminação no tratamento entre os contribuintes, ao não permitir o parcelamento, *in verbis*:

Da mesma forma, o Ato Declaratório executivo DRF/POA n. 433990, de 01 de setembro de 2010, obrigando o contribuinte a promover o pagamento dos valores devidos pelo SIMPLES em 30 dias, a contar da sua ciência, sob pena de exclusão, promove odiosa discriminação no tratamento entre os contribuintes.

A edição da lei 12.249, em 11 de junho de 2010 trouxe a possibilidade de que todos os débitos, consolidados ou não, junto a Procuradoria Geral Federal possam ser parcelados em até 180 meses, sendo que as parcelas não adimplidas do SIMPLES NACIONAL pela ora Manifestante, se encontram nesta qualidade.

Portanto, em flagrante desalinho se porta a coação deste contribuinte na obrigação de pagar em 30 dias da ciência deste ato declaratório Executivo, ou mesmo a parcelar em no máximo sessenta meses, quando os demais contribuintes possuem a faculdade de assim proceder em 180 meses, havendo efetiva lesão ao princípio da isonomia tributária, pelo trato desigual e exagerado do ente social o qual deveria ter tratamento privilegiado em face de sua condição de micro ou pequena empresa.

Portanto, também em afronto a lei e aos princípios de direito tributário se porta o Ato Declaratório, devendo ser tido como nulo de pleno direito, em face de sua excessiva exigibilidade.

A Recorrente foi excluída do regime do Simples Nacional, 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. Os débitos referem-se ao período de 02/2008 a 12/2008 e a ciência do referido Ato deu-se, via postal, em 23/09/2010 (fls. 111).

Ressalta-se que o CARF não é competente para se pronunciar sobre às alegações de inconstitucionalidade do inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, conforme a seguinte súmula:

Súmula CARF nº 2

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

Nesse mesmo sentido entendeu o colegiado a quo, conforme excertos da decisão recorrida:

Acrescente-se que, em sede de processo administrativo, são estranhas as discussões em torno da suposta inconstitucionalidade de lei, ou de ilegalidade de decretos regulamentares e demais atos normativos expedidos pelo Poder Executivo. Isto porque as leis, uma vez aprovadas pelo Poder Legislativo, possuem presunção de constitucionalidade. Esta presunção ocorre, em âmbito do Poder Executivo, porque o Presidente da República, ao não vetá-la, concordou com a sua constitucionalidade, nos termos do § 1º do artigo 66 da Constituição Federal:

Art. 66. (...)

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

O tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte garantido pelo texto constitucional (art. 146, parágrafo único, III, "d") não pode levar ao privilégio de admitir que a EPP ou ME devedora de tributos faça a opção ao sistema tributário simplificado sem regularizá-los.

Rejeita-se as alegações de discriminação no tratamento entre os contribuintes, pois verifica-se que não havia previsão legal, na Lei Complementar n.º 123/2006 para que os débitos do Simples Nacional fossem parcelados até 31/12/2011. Nesse sentido a decisão de 1ª Instância:

Parcelamento de débitos fiscais - optantes do Simples Nacional

A Lei n.º 12.249/2010, citada pelo contribuinte em sua manifestação, não abrange o parcelamento de débitos do Simples Nacional.

Ressalve-se que, dentre as possibilidades colocadas à disposição do Contribuinte para regularização de suas pendências, não era válida a relativa ao parcelamento do débito, pois:

- a) O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece que: "Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica " e não havia, até 31/12/2011, previsão legal específica de parcelamento de débitos fiscais para empresas que gozem dos benefícios do regime denominado Simples Nacional;
- b) Muito embora a Lei 11.941/2009 não vede expressamente o parcelamento às empresas optantes do Simples Nacional, também não o prevê. Além do mais, é certo que a operacionalização deste parcelamento é incompatível com a sistemática de arrecadação dos tributos devidos pelos

Contribuintes do "Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições", dadas as especificidades desta sistemática simplificada e favorecida de arrecadação, na medida em que, nos respectivos recolhimentos, não realizados oportunamente, podem estar incluídos tributos devidos aos três entes federativos/tributantes (União, Estados/Distrito Federal e Municípios), com diferenças de alíquotas, consideradas as atividades e os portes dos Contribuintes, sendo notório que, embora a União e parte dos Estados possam, com agilidade e precisão, identificar Contribuintes e respectivos passivos tributários, o mesmo não se poderia esperar certamente da maioria dos municípios brasileiros. Portanto, o parcelamento de débitos de Contribuintes que gozem dos benefícios do Simples Nacional há de merecer, nos exatos termos do artigo 155-A do CTN, lei específica, que traga ferramentas de processamento de dados, com nível de detalhamentos e intercâmbio de informações entre os entes tributantes, não compatíveis com as disposições da Lei 11.941/2009.

Além do mais, o art. 12 da Lei n.º 11.941/2009 determinou o seguinte: " a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito de suas respectivas competências, editarão, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar da data de publicação desta Lei, os atos necessários à execução dos parcelamentos de que trata esta Lei, inclusive quanto à forma e ao prazo para confissão dos débitos a serem parcelados." Sendo assim, foi publicada a Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 6/2009.

Deve-se transcrever o art. 1.º, § 3.º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 6/2009.

"Art. 1.º - Os débitos de qualquer natureza junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), vencidos até 30 de novembro de 2008, que não estejam nem tenham sido parcelados até o dia anterior ao da publicação da Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009, poderão ser excepcionalmente pagos ou parcelados, no âmbito de cada um dos órgãos, na forma e condições previstas neste Capítulo.

(...).

§ 3.º O disposto neste Capítulo não contempla os débitos apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que trata a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006." (grifei)

Neste contexto, não é possível se valer dos princípios constitucionais da igualdade e legalidade, pois o parcelamento é sempre um instrumento da política fiscal, dependente de iniciativas do legislador.

Em 11/11/2011 foi publicada no DOU a Lei Complementar n.º 139, alterando dispositivos da Lei Complementar n.º 123/2006. O art. 21, parágrafos 15 a 20 assim dispõe:

§15. Compete ao CGSN fixar critérios, condições para rescisão, prazos, valores mínimos de amortização e demais procedimentos para parcelamento dos recolhimentos em atraso dos débitos tributários apurados no Simples Nacional, observado o disposto no § 3o deste artigo e no art. 35 e ressalvado o disposto no § 19 deste artigo.

§ 16. Os débitos de que trata o §15 poderão ser parcelados em até 60 (sessenta) parcelas mensais, na forma e condições previstas pelo CGSN.

§17. O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado, na forma regulamentada pelo CGSN.

§18. Será admitido parcelamento de débitos constantes de parcelamento em curso ou que tenha sido rescindido, podendo ser incluídos novos débitos, na forma regulamentada pelo CGSN.

§19. Os débitos constituídos de forma isolada por parte de Estado, do Distrito Federal ou de Município, em face de ausência de aplicativo para lançamento unificado, relativo a tributo de sua competência, que não estiverem inscritos em Dívida Ativa da União, poderão ser parcelados pelo ente responsável pelo lançamento de acordo com a respectiva legislação, na forma regulamentada pelo CGSN.

§ 20. O pedido de parcelamento deferido importa confissão irretratável do débito e configura confissão extrajudicial.

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), por sua vez, aprovou a Resolução n.º 94 em 29/11/2011, que contempla as regras do parcelamento trazidas pela Lei Complementar n.º 139/2011, produzindo efeitos a partir de 01/01/2012. Tal parcelamento pode ser solicitado desde 02 de janeiro de 2012. As regras relativas ao parcelamento encontram-se em Comunicado próprio no Portal do Simples Nacional, na página da Receita Federal na internet.

Assim, verifica-se que não havia previsão legal, na Lei Complementar n.º 123/2006 para que os débitos do Simples Nacional fossem parcelados até 31/12/2011. A existência de débitos é motivo que enseja a exclusão da microempresa e da empresa de pequeno porte desta sistemática de tributação.

Ante o exposto, rejeita-se as alegações preliminares trazidas pela recorrente.

Do Mérito

A legislação prevê a permanência da pessoa jurídica no regime do Simples Nacional, mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contados da **ciência da comunicação da exclusão**, de acordo com os arts. 17 e 31 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, *verbis*:

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.31.(...)

§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.

Não tendo a recorrente nem regularizado, tempestivamente, o débito junto à PGFN nem apresentado documentação comprobatória quanto à negativa de existência do débito, permanece a pendência impeditiva que deu causa à exclusão da recorrente do Simples Nacional, nos termos do inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2007, transcrito a seguir:

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;

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias