



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.006963/2008-99
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.972 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2020
Recorrente HOTEL BRUGGEMANN DE TURISMO LTDA. - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS NÃO SUSPENSOS.

A existência de débitos cuja exigibilidade não esteja suspensa é hipótese de exclusão do Simples Nacional, nos termos do art. 17, V, da Lei Complementar nº 123/2006.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO APLICAÇÃO.

Não há como enquadrar como transgressão ao princípio da proporcionalidade o ato praticado pela administração pública para exclusão do Simples Nacional, que se limita a aplicar hipótese expressamente prevista na legislação vigente.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SÚMULA CARF Nº 2.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente), Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz e Bárbara Santos Guedes.

Relatório

HOTEL BRUGGEMANN DE TURISMO LTDA. - EPP recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/BEL de nº 01-27.468 de 15/10/2013, fls. 172/179, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

O litígio decorreu da exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), por intermédio do Ato Declaratório Executivo - DRF/FNS nº 343717, de 22 de agosto de 2008, às fls. 04, em virtude da constatação da existência de débito para com a Fazenda Pública Federal, de exigibilidade não suspensa.

Cientificada do Ato Declaratório de Exclusão, a interessada apresentou contestação à exclusão do Simples Nacional em 29/09/2008, às fls. 03/48, onde alegou que os débitos de previdência social, referente processos nº 351973583 e 351973567 e 351973575, estão contidos em processo tramitando na justiça e o débito referente à divergência de GFIP, foi regularizado com a apresentação de declaração retificadora, conforme documentos anexos.

Após análise dos autos pelo SECAT, às fls. 51/59, por meio de despacho informa que os débitos são originários de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito e se encontram em cobrança na Procuradoria, com os dados da última movimentação: Fase 869 – Contra Razões ao Recurso, desde 05/09/2007, e exigibilidade p/CND – CPDEN. O SEORT/DRF Florianópolis encaminhou o processo para a PGFN/FNS/SC se pronunciar quanto à regularização dos débitos em questão e se houve a regularização, em qual data, com a juntada dos documentos, às fls. 63/73.

Com base nos documentos obtidos e informação da PGFN, às fls. 73, o SEORT/DRF/Florianópolis proferiu despacho decisório, às fls. 76/77, negando a revisão por erro de fato, em razão do pagamento dos débitos ter ocorrido após o prazo legal para regularização que teria se encerrado em 16/10/2008.

Cientificado do indeferimento de seu pedido em 12/11/2012, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade dirigida à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em 10/12/2012, às fls. 82/109.

- Reconhece que cometeu equívocos, por não ter informado ou apresentado à época toda a documentação corretamente à DRF Florianópolis;
- Informa sobre a existência de mandado de segurança e embargos à execução recebidos com efeito suspensivo em virtude dos débitos fiscais estarem devidamente garantidos por penhoras regularmente formalizadas;
- Os débitos apontados foram quitados conforme informação da Procuradoria;
- A empresa está há mais de trinta anos no mercado, gerando empregos de forma direta e indireta e contribuindo com o Governo, e diante da grave crise social, pede que seja acolhido seu pedido.
- Em 21/05/2013, apresentou aditivo à impugnação para juntada de DARF's e contestação à alegação da DRF/Florianópolis de que os débitos foram pagos após o prazo legal, por não ter sido efetuada pesquisa mais apurada, considerando que tais débitos estavam amparados em decisão judicial de 02/04/2002, da lavra do Juiz Federal Dr. Cláudio Roberto da Silva, documento já juntado na inicial.

- Foram anexadas cópias do Mandado de Segurança autos nº 2002.72.00.0023507, às fls. 89/94, recebimento dos Embargos à Execução com efeito suspensivo em 11/11/2005, às fls. 95/97, Sentença de embargos à execução nº 2005.72.00.0045188, às fls. 98.

Ao apreciar a lide, a DRJ/BEL considerou improcedente a manifestação de inconformidade (Ac. nº 01-27.468, fls. 172/179), em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS. EXCLUSÃO.

Se os débitos motivadores da exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional não foram regularizados dentro do prazo legal, deve-se manter a exclusão.

Devidamente cientificada em 17/1/2014, fls. 182, apresentou Recurso Voluntário em 7/2/2014, fls. 184/188, alegando, em síntese, que:

- A medida liminar deferida, em 02.04.2002, no Mandado de Segurança nº 2002.72.00.002350-7 — ingressado pelo empresa ora recorrente (Impetrante) contra o Auditor Fiscal da Previdência Social Analista (Impetrado) — continuou surtindo seus efeitos normalmente, sem qualquer interferência, cuja parte dispositiva se transcreve abaixo:

"Presente o fumus boni iuris, quanto mais o impetrante, não tendo condições de fazer o depósito recursal, indicou bens para arrolamento, também está presente o periculum in mora, eis que a inscrição em dívida ativa antes que seja dada oportunidade para discussão administrativa resultará em graves danos ao impetrante, pois permitirá a imediata execução dos créditos e inscrição no CADIN, DEFIRO A LIMINAR para determinar o cancelamento das inscrições em dívida ativa dos créditos relativos aos processos 35.197.357-5, 35.197.358-3 e 35.197.356-7, assim com cancelamento da inscrição no CADIN e da execução da dívida". (fl. 165 dos autos judiciais)

- A decisão liminar concedida no mandado de segurança acima mencionado foi mantida pela sentença de fls. 219/223 — registrada em 06.03.2003 (fl. 224) — e confirmada, em sede de Apelação Cível, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 350/354) — publicado em 03.09.2003 (fl. 355) e transitado em julgado em 06.10.2003 (fl. 355v).

- Infere-se da análise dos autos do mandado de segurança em comento que a liminar concedida permaneceu surtindo seus efeitos durante o decorrer da demanda e inclusive após o seu trânsito em julgado, tanto que persistiu o cancelamento das CDA's 35.197.357-5, 35.197.358-3 e 35.197.356-7, ainda que temporariamente, para fins de discussão administrativa.

- Se a empresa recorrente estava amparada pela medida liminar concedida no mandado de segurança, a qual foi confirmada pela sentença e pelo TRF4, para o fim de suspender a exigibilidade das CDA's lançadas contra si, não se mostra crível que tenha sua exclusão do Simples Nacional, principalmente porque já quitou todas as suas dívidas, conforme se observa da certidão de fl. 73 destes autos, onde consta a informação de que foram liquidadas em 27.06.2011 (35.197.357-5), 31.08.2012 (35.197.358-3) e 19.07.2012 (35.197.356-7).

- Desse modo, deve a empresa recorrente ser mantida no sistema do Simples Nacional, porquanto os créditos tributários estavam suspensos por medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº 2002.72.00.002350-7.

- Ainda assim, caso não seja esse o entendimento deste Conselho, igualmente deve ser deferido o presente recurso, para o fim de manter a empresa recorrente no regime do Simples Nacional.

- Isso porque todos os embargos à execução (n.ºs 2005.72.00.004518-8, 2006.72.00.012371-4 e 2005.72.00.012136-1) foram recebidos com efeito suspensivo, tanto que consta expressamente na movimentação processual das execuções fiscais (n.ºs 2002.72.00.002644-2, 2003.72.00.018004-6 e 2004.72.00.009884-0, respectivamente) a sua suspensão, conforme cópia anexa, sendo que referida suspensão se deu em virtude das execuções fiscais estarem todas garantidas.

- Colhe-se da movimentação processual ora apresentada que chegaram a ser marcados leilões nas três demandas executórias, relativos às garantias oferecidas pela empresa recorrente, os quais vieram a ser suspensos, em virtude de tratativas de acordo entre as partes, para por fim ao feito.

- Deve-se aplicar no caso em tela o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a empresa recorrente atua há mais de 30 (trinta) anos no ramo da hotelaria, gerando emprego para diversas pessoas e contribuindo para o desenvolvimento do País, não sendo razoável nem proporcional que seja excluída do Simples Nacional por dívidas já quitadas e estando em dia desde então.

- Verifica-se que a manutenção da decisão ora recorrida irá prejudicar não só a empresa recorrente, a qual, repita-se, possivelmente terá que fechar suas portas, mas também a economia deste País, principalmente por se tratar de uma empresa que trabalha no ramo da hotelaria, tão importante e essencial em ano de Copa do Mundo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

A exclusão da empresa do Simples Nacional decorreu da existência de débitos com exigibilidade não suspensa (ciência do ADE em 16/09/2008, fls. 70), que se encontravam em cobrança na PGFN e de débito referente à divergência de GFIP (este tempestivamente regularizado, com a apresentação de declaração retificadora).

Em seu recurso, o contribuinte faz referência à medida liminar, deferida em 2/4/2002, no Mandado de Segurança nº 2002.72.00.002350-7, a qual foi mantida pela sentença de fls. 219/223 — registrada em 6/3/2003 (fl. 224) — e confirmada, em sede de Apelação Cível, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 350/354) - publicado em 3/9/2003 (fl. 355) e transitado em julgado em 6/10/2003 (fl. 355v).

Considera que a liminar concedida permaneceu surtindo seus feitos durante o decorrer da demanda e inclusive após o seu trânsito em julgado, tanto que persistiu o cancelamento das CDA's 35.197.357-5, 35.197.358-3 e 35.197.356-7, ainda que temporariamente, para fins de discussão administrativa.

Para melhor compreensão, é importante esclarecer que os débitos que justificaram a exclusão dos Simples Nacionais, cuja extinção ou suspensão não restou comprovada, é os de DEBCAD nº 351973583, 351973575 e 351973567, os quais estavam controlados nos processos judiciais nº 2003.72.00.0180046, nº 2002.72.00.0026442, nº 2004.72.00.0098840.

A discussão judicial sobre a liquidez da dívida foi promovida pela interessada por meio de ação de embargos à execução fiscal contra a União Federal. O contribuinte obteve, inclusive, liminar em mandado de segurança, datado de 2/4/2002, que determinou o cancelamento das inscrições em Dívida Ativa dos créditos relativos aos referidos processos.

A decisão liminar concedida no Mandado de Segurança nº. 2002.72.00.002350-7 foi mantida pela sentença de fls. 219/223 — registrada em 06/03/2003 (fl. 224) — e confirmada, em sede de Apelação Cível, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 350/354) — publicado em 3/9/2003 (fl. 355) e transitado em julgado em 06/10/2003 (fl. 355v).

Embora o contribuinte tenha inicialmente obtido sucesso em sua ação, a referida decisão foi reformada em 01/05/2007 (embargos de declaração interpostos pelo INSS). Merecem destaque os seguintes trechos dessa Sentença Judicial (fls. 165/170):

Do erro material

A inexatidão material corresponde à interpretação equivocada que se deu à sentença proferida no Mandado de Segurança nº. 2002.72.00.002350-7.

Apesar de constar em seu dispositivo a ordem para "cancelamento" das inscrições em dívida ativa de n.ºs. 35.197.357-5, 35.197.358-3 e 35.197.356-7, o objetivo da segurança, de fato, limitava-se claramente a assegurar o processamento do recurso administrativo independentemente de depósito prévio e a aceitação do arrolamento de bens oferecidos pela devedora.

(...)

Ora, se o recurso administrativo foi processado e julgado, o que, de fato, ocorreu, convalida-se a exigibilidade do título que, por força da sentença mandamental, permaneceu suspensa apenas enquanto não decidido o referido recurso.

Ou seja, o julgado no Mandado de Segurança nº. 2002.72.00.002350-7 não constitui óbice ao prosseguimento da Execução Fiscal embargada, que veicula a cobrança da CDA nº. 35.197.356-7.

(...)

Da validade da CDA

Conforme já devidamente esclarecido nos fundamentos que levaram ao acolhimento dos Embargos de Declaração, o cancelamento da CDA nº. 35.197.356-7, determinado nos autos do Mandado de Segurança nº. 2002.72.00.002350-7, não impede a execução deste mesmo título, uma vez que já foram tomadas, na esfera administrativa, as providências necessárias para cumprimento da ordem mandamental, as quais não afetaram, administrativamente, a exigibilidade do crédito tributário.

Afasto, assim, o óbice argüido.

(...)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho os Embargos de Declaração, dando-lhes efeitos modificativos, para, em face do erro material e da contradição ocorridos no julgamento de 2 de outubro de 2006 (fls. 256-258), substituí-lo integralmente pela presente sentença em que julgo improcedente o pedido dos presentes Embargos à Execução e declaro extinto o processo com apreciação do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

A decisão judicial no Mandado de Segurança nº. 2002.72.00.002350-7, pois, não tem efeitos sobre a dívida que ensejou o ADE de exclusão do Simples Nacional, que ocorreu em 2008.

O relator de primeira instância descreveu de forma detalhada o que ocorreu com cada uma das execuções fiscais, cujo conteúdo transcrevo, *in verbis*:

Quanto à Execução Fiscal nº 2003.72.00.0180046, referente a CDA nº 351973583 verifica-se que foram interpostos Embargos à Execução Fiscal de nº 2006.72.00.0123714, e na consulta efetuada em 24/09/2008, às fls. 07/08, verifica-se que em 18/06/2007 foi proferida sentença com resolução de mérito, decidindo pela improcedência do pedido da impugnante, que interpôs apelação em 16/07/2007.

No histórico dos autos do processo nº 2003.72.00.0180046, às fls. 66/67, verifica-se que houve a suspensão/sobrestamento da execução por decisão judicial em 19/01/2009. Quanto às execuções fiscais nº 2002.72.00.0026442, relativa ao débito 351973575 e nº 2004.72.00.0098840, relativa ao débito 351973567, não se verifica na consulta efetuada em 24/09/2008, às fls. 11/14, que tenha ocorrido a suspensão/sobrestamento da execução até aquela data.

Quanto aos possíveis efeitos da suspensão da execução fiscal dos débitos inscritos em dívida ativa, essa questão também foi muito bem enfrentada pelo acórdão recorrido, no sentido de que não se confunde com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Transcreve-se, novamente, por ser bastante esclarecedor, parte de decisão do STJ, em Recurso em Mandado de Segurança nº 27.473 SE (2008/01710630), que teve como Relator o Ministro Luiz Fux (grifei):

8. Assim é que a constituição de garantia da execução fiscal (hipótese não prevista no artigo 151, do CTN) não têm o condão de macular a presunção de exigibilidade do crédito tributário. Outrossim, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução limita-se a sobrestar o curso do processo executivo, o que não interfere na exigibilidade do crédito tributário.

O Despacho da PGFN, fl. 69, informa que os débitos previdenciários, motivadores da emissão do ADE, foram liquidados através de guias, nas datas de 27/06/2011, 19/07/2012 e 31/08/2012, fora, portanto, do prazo para manutenção no Simples Nacional, que se encerrou em 16/10/2008.

Por fim, quando ao pedido da defesa para que seja aplicado ao caso o princípio da proporcionalidade, tendo em vista os prejuízos a que estaria sujeito com uma possível manutenção da exclusão, impende esclarecer que, conforme lição de Dirley da Cunha Júnior¹, a proporcionalidade “*é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais*”.

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50.

O princípio visa a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Busca-se, pois, coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas.

Não é o caso dos autos. Não foram identificados excessos no ato praticado pela administração pública, dado que a hipótese de exclusão do Simples aqui analisada encontra-se devidamente prevista na legislação vigente (art. 17, V, da Lei Complementar nº 123/2006²).

Além disso, não podemos olvidar que o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972 (redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009), é claro ao dispor que “*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*”.

A impossibilidade de o julgador administrativo deixar de aplicar lei validamente editada já se encontra, inclusive, sumulada, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 2

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

De todo o exposto, **voto** no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa

² **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;