



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13603.722887/2010-23
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.286 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2021
Recorrente USI INDUSTRIAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

EXCLUSÃO

Não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte 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.

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 Belo Horizonte (MG).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão n.º **02-36.506 - 4ª Turma da DRJ/BHE**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

A empresa acima foi excluída do Simples Nacional por força do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/CON n.º 423494, de 1o de setembro de 2010, lavrado nos seguintes termos:

[...]

O(A) DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL [...] declara:

Art. 1º Fica excluída [...] a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de possuir débitos deste Regime Especial, com exigibilidade não suspensa, relacionados abaixo [...].

<i>Período de Apuração</i>	<i>Valor Originário</i>	<i>Período de Apuração</i>	<i>Valor Originário</i>	<i>Período de Apuração</i>	<i>Valor Originário</i>
01/2008	R\$ 3.946,16	02/2008	R\$ 5.296,88	04/2008	R\$ 5.174,40
05/2008	R\$ 6.846,90	06/2008	R\$ 7.400,92	07/2008	R\$ 7.223,34
08/2008	R\$ 7.827,67	09/2008	R\$ 5.861,06	10/2008	R\$ 6.814,91
11/2008	R\$ 6.399,15	12/2008	R\$ 6.159,77		

[...]

Ciente em 22 de setembro de 2010, a interessada apresentou, em 20 de outubro de 2010, a peça de defesa a seguir a resumida.

No dia 22 de outubro do corrente ano, a Impugnante foi informada sobre a possibilidade de exclusão do [...] Simples Nacional, sob fundamento de possuir débitos deste Regime Especial, com exigibilidade não suspensa, cujo período de apuração está compreendido entre janeiro a dezembro de 2.008.

Contudo, a Impugnante desconhece a existência de pendências frente à Receita Federal, sendo surpreendida quanto a possível exclusão do Simples Nacional. Desconhece ainda os valores cobrados.

Afirma que as micro e pequenas empresas vêm sofrendo os efeitos do "colapso do sistema financeiro americano", além de estarem "sujeitas às 'novidades' legislativas a elas direcionadas, como, por exemplo, sua exclusão do Simples Nacional pela falta de pagamento de seus tributos".

Relembra os artigos 170, inciso IX, e 179, da Constituição da República, aduz que "o legislador tem obrigação de proteger as empresas de pequeno porte, pois, é princípio constitucional conceder tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para elas".

Menciona ainda outros princípios constitucionais e conclui que os artigos 17, inciso V; e 29, incisos IX e X, da Lei Complementar (LC) n.º 123, de 2006, seriam incompatíveis com a Lei Máxima. Acrescenta:

A inclusão destes dispositivos na LC 123/06, tem apenas o condão de coagir as microempresas e as empresas de pequeno porte a recolherem

seus tributos em dia, tratando-se de mais uma manobra arrecadatória imposta pelo governo, o que é flagrantemente inconstitucional.

Menciona a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e, sob o título "Da ausência de processo administrativo", escreve:

A Impugnante tomou conhecimento da não instauração de qualquer procedimento administrativo para apuração e cobrança dos débitos em questão, cuja penalidade se dá pela exclusão da empresa do Simples Nacional sem qualquer possibilidade de defesa e questionamento dos valores cobrados.

[...]

O procedimento de exclusão exige uma fase administrativa, que, depois de esgotada, é seguida pela execução fiscal, sendo este o procedimento legítimo para a Fazenda Pública exigir os seus créditos, não sendo legal fazê-lo de modo coercitivo.

[...]

O ofício encaminhado informa que a Impugnante já está excluída do simples concedendo a ela apenas o prazo de 30(trinta) dias para manifestar sobre eventual discordância acerca desta exclusão não tendo sido, contudo, deferido o prazo para defesa, como acima narrado.

Em 3 de novembro de 2010, a DRF de origem intimou a interessada, por meio do Ofício 378/2010/CAC/DRF/CON-MG, a apresentar cópias autenticadas dos documentos de identificação dos advogados que subscreveram a impugnação acima relatada. Em 11 de novembro de 2010, esta ordem foi cumprida e, em 29 de dezembro de 2010, a interessada juntou os documentos de fls. 39 a 61, capeados pelo requerimento de fls. 38, de seguinte teor:

A USI INDUSTRIAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 25.402.728/0001-70, vem, em atendimento ao ofício supra mencionado, requerer a juntada de todos os documentos originais, referentes aos recolhimentos tributários em aberto, CGSN - do Ministério da Fazenda, requerendo sejam os mesmos processados em caráter de urgência, com manutenção do regime de tributação do simples nacional à Requerente.

Nesse sentido, requer sejam juntados os citados documentos, em 11 (onze) guias.

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A **4ª Turma da DRJ/BHE**, por meio do Acórdão n.º **02-36.506**, julgou a Manifestação de Inconformidade Improcedente, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO: 2011

EXCLUSÃO

NÃO PODERÁ RECOLHER OS IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL A MICROEMPRESA OU A EMPRESA DE PEQUENO PORTE 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.

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

1. A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Simples Nacional, proíbe:

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 dos incisos V e XVI do caput do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

2. A interessada principia por alegar ter sido informada sobre a "possibilidade de exclusão" do Simples Nacional, em razão de dever impostos "cujo período de apuração está compreendido entre janeiro a dezembro de 2.008". Logo a seguir, afirma desconhecer tanto "a existência de pendências frente à Receita Federal" quanto os "valores cobrados" - muito embora saiba o período de sua apuração. Na verdade, estes valores constam do Ato Declaratório Executivo

DRF/CON n.º 423494, de 2010 e, por conseguinte, esta assertiva só pode ser levada à conta da mera retórica, assim como os argumentos atinentes às agruras e percalços sofridos pelas empresas de seu porte.

3. No que tange ao suposto descompasso entre a Lei Complementar n.º 123, de 2006, e a Constituição Federal, é mister recordar o que determina o artigo 26-A do Decreto n.º 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.

4. Quanto à alegada "ausência de processo administrativo" e de sua exclusão "sem qualquer possibilidade de defesa e questionamento dos valores cobrados", nota-se, de plano, que o simples fato de ela poder fazer esta alegação, como ora o faz, demonstra a vacuidade de seu argumento: afinal, no mesmo momento em que afeta achar-se impedida de defender-se, ela está fazendo aquilo que se diz não ser capaz de fazer: sua defesa.
5. Por fim, os pagamentos que ela diz ter feito devem ser examinados à luz do artigo 31, § 1º, da LC n.º 123, de 2006, que permite a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até trinta dias, contados a partir da ciência da comunicação da exclusão. Uma vez que esta **ciência se deu em 22 de setembro de 2010** (quarta-feira), **a impugnante dispunha de prazo até 25 de outubro de 2010 (segunda-feira) para regularizar sua situação** perante o Fisco da União. Uma vez que tal prazo foi descumprido, pois **os pagamentos de fls. 39 a 61 foram feitos em dezembro de 2010**, eles não têm eficácia para afastar a exclusão imposta à interessada.

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 o

tratamento favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte e os princípios da hierarquia das leis, da equidade e da capacidade contributiva, *in verbis*:

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu princípios que devem ser seguidos pelos legisladores de todos os níveis da federação, especialmente quanto ao tratamento favorecido, diferenciado e simplificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme podemos extrair dos artigos 170, inciso IX, e 179, in verbis:

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 e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. - Grifos nossos.

Como podemos observar, o legislador constituinte quis proteger as empresas de pequeno porte para que pudessem se desenvolver e competir com as empresas de médio e grande porte em igualdade de condições, sendo que para alcançar esta igualdade o legislador estabeleceu vários campos de atuação, em especial o administrativo, tributário, previdenciário e creditício.

Não há como conceber outro tratamento para aquelas empresas, pois, caso não possuam os benefícios constitucionalmente garantidos, não sobreviveriam ao mercado no qual os maiores competidores acabam aniquilando os pequenos em face das vantagens competitivas, seja na obtenção de créditos, seja em vantagens produtivas, sendo imprescindível a aplicação dos princípios constitucionais de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para que as pequenas empresas possam permanecer vivas e cumprindo com o seu papel social.

Trata-se de questão de equidade, que também é um princípio constitucionalmente garantido. Em síntese, o legislador tem obrigação de proteger as empresas de pequeno porte, pois, é princípio constitucional conceder tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para elas.

Há ainda outros princípios que constitucionais que estão sendo violados com a medida adotada pela receita, em especial o princípio da hierarquia das leis, que pode ser observado na redação do art. 59, incisos I a VII, e § único, da Constituição Federal do Brasil de 1988, in verbis:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas a Constituição;

- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração e consolidação das leis.

*Sem entrarmos na discussão doutrinária se este artigo 59 representa exatamente a hierarquia das leis ou é apenas uma listagem das diversas formas que o processo legislativo poderá tomar, é sabido que qualquer lei, seja complementar, ordinária, medida provisória, e assim por diante, **devem obediência a Constituição Federal, pois, nela temos nossa lei maior, e todas as demais devem obediência àquela.***

A grande maioria dos atos de exclusão do Simples Nacional emitidos à época pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), constavam como motivo da exclusão o inciso V do art. 17 da LC 123/06, que trata das vedações ao ingresso no Simples Nacional (Capítulo IV, Seção II - Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional), a alínea "d" do inciso II do art. 3o, combinada com o inciso I do art. 5o, ambos da Resolução CGSN n. 15, de 23 de julho de 2007, in verbis:

LEI COMPLEMENTAR 123/2006

SEÇÃO II

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;

RESOLUÇÃO CGSN N. 15/2007

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

(...)

II - obrigatoriamente, quando: (...)

d. incorrer na hipótese de vedação prevista no inciso XVI do art. 12 da Resolução CGSN n. 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;

Ou seja, o art. 17, inciso V, da LC 123/06, que "Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte" é inconstitucional, pois, determina que o empresário que se encontrar em débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, e cuja exigibilidade não esteja suspensa, conforme preconiza o art. 151, incisos I a VI do Código Tributário Nacional (CTN), não poderá ingressar ou permanecer nesta condição favorecida, diferenciada e simplificada que a Constituição Federal reservou às empresas de pequeno porte. E na mesma senda, vão os art. 3o, inciso II, aliena "d", e o art. 5o, inciso I, ambos da Resolução CGSN n. 15/2007.

Ora, considerando a complexidade do ambiente econômico que as empresas de pequeno porte estão inseridas, seja pela competitividade, globalização, inovação tecnológica, custos financeiros exorbitantes, ausência de linhas de crédito, legislação empresarial, trabalhista e tributária confusas e burocráticas, crises financeiras nacionais e internacionais, não poderia o legislador constituinte querer que as micro e pequenas empresas não pudessem atrasar seus tributos, pois, seria como "dar com uma mão e tirar com a outra".

É inconcebível achar que a micro e pequenas empresas não pudessem sofrer de problemas financeiros como qualquer outra empresa, isso seria utópico, e além da razão. A microempresa e a empresa de pequeno porte, com certeza, sofre ainda mais as consequências de qualquer crise do que as demais.

Por mais que o art. 179 da Constituição Federal tenha imposto tratamento diferenciado e simplificado em outras áreas, como a financeira, por exemplo, sabemos muito bem que não há linhas de crédito baratas para as empresas de pequeno porte, bem como as que existem, exigem garantias que muitas delas não podem oferecer, restando ainda muita coisa para ser feito, segundo as determinações constitucionais, para atingir o que o legislador constitucional pretendida.

Além da inconstitucionalidade da exclusão do Simples Nacional das micro e pequenas empresas por falta de pagamento de tributos, a LC 123/06 trouxe consigo outro artigo inconstitucional, trata-se do art. 29, incisos IX e X, que trata da exclusão do Simples Nacional (Capítulo IV, Seção VIII - Da Exclusão do Simples Nacional), in verbis:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

IX - for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

X - for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade. - Grifos nossos.

Desta forma, a microempresa e a empresa de pequeno porte não podem ultrapassar em 20% (art. 29, IX) os seus gastos em despesas (pagas), pois, nesse caso não poderá ser microempresa ou empresa de pequeno porte. Como poderemos controlar tais situações, se há interferências externas que podem influenciar neste percentual, ou mesmo, bastaria a empresa mudar sua política de pagamentos e/ou recebimentos que a empresa poderia ultrapassar aquele percentual. Novamente, estamos diante de uma situação inexplicável.

O inciso X do art. 29 foi ainda mais longe, pois, determinou que as aquisições de mercadorias não poderiam ser superiores a 80% dos ingressos de recursos (apenas situações justificáveis de aumento de estoques) no período, beirando ao absurdo, pois, está se impondo uma exigência que a maioria das microempresas e empresas de pequeno porte não podem cumprir, especialmente em períodos de crise, como o atual, onde margens de lucro são espremidas a todo instante, e o empresário para se manter no mercado acaba vendendo com lucro reduzidíssimo, sem lucro ou até mesmo com prejuízo, infringindo facilmente aquele limite.

Em síntese, exigir que o microempresário ou o empresário de pequeno porte não possa estar inadimplente com seus tributos junto ao INSS, às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, é exigir dele sempre uma saúde financeira dentro dos padrões estabelecidos pelo art. 29, incisos IX e X.

A LC 123/06, bem como a sua antecessora, a Lei 9.317/96, não foram criadas para resolver os problemas de fluxo de caixa das microempresas e das empresas de pequeno porte, mas sim, foram criadas para regulamentar o que estava disposto na Constituição Federal de 1988.

A inclusão destes dispositivos na LC 123/06, tem apenas o condão de coagir as microempresas e as empresas de pequeno porte a recolherem seus tributos em dia, tratando-se de mais uma manobra arrecadatória imposta pelo governo, o que é flagrantemente inconstitucional.

As Fazendas Públicas já possuem um instrumento de cobrança ágil, trata-se de Lei de Execuções Fiscais, Lei n. 6.830/80, que já dá inúmeras facilidades e garantias para as fazendas cobrarem os seus créditos.

A exclusão das micro e pequenas empresas da sistemática do Simples Nacional, impondo-lhes a obrigatoriedade de optar por outra sistemática de tributação, Lucro Presumido ou Real, viola outro princípio constitucional,

*qual seja o da **capacidade contributiva**, pois, estas sistemáticas são muito mais onerosas que o Simples Nacional.*

Em síntese, este é o verdadeiro tratamento favorecido, diferenciado e simplificado que o legislador estabeleceu para as microempresas e empresas de pequeno porte em nosso país, ou seja, quem não tem condições de pagar seus tributos em dia dever ser onerado com uma carga tributária mais elevada, ou seja, tributada pelo Lucro Presumido ou Real, o que poderá levá-las ao estado falimentar ou para a informalidade, o que não é o objetivo declarado em nossa Constituição Federal.

Caso as micro e pequenas empresas sejam realmente excluídas do Simples Nacional pelos motivos já mencionados, um problema social enorme será causada, a nível Brasil, pois, como é sabido, as referidas empresas movimentam valores significativos do PIB brasileiro, bem como são grandes empregadoras de mão-de-obra, e só conseguem coexistir com as médias e grandes empresas, tendo um tratamento tributário favorecido, como é o caso do Simples Nacional.

Caso essas empresas não tenha o referido benefício, deixarão de existir, ou migrarão para a informalidade, pois, não conseguirão competir (ainda de forma desigual) com as médias e grandes empresas. Corroborando com esse entendimento, segue jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, in verbis:

DIREITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE OPÇÃO PELO "SIMPLES NACIONAL". INDEFERIMENTO, AO ARGUMENTO DE SER O INTERESSADO DEVEDOR DE TRIBUTOS MUNICIPAIS: 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 n.º 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. (TJ-RS, Apel. Civ. N. 70025002486, Rei. Des. Roque Joaquim Volkweiss, julgado em 17/12/2008, de Porto Alegre. Disponível em www.tj.rs.gov.br). - Grifos nossos.

Da mesma jurisprudência, extraímos do corpo do voto do relator, os seguintes dizeres, in verbis:

"Com razão a MICROEMPRESA apelante.

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. Assim, a medida adotada pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, no sentido da não-concessão do estímulo se a empresas lhe deve tributos não passa de legítima coação, sem suporte na lei maior. (...)

Ora, nenhuma restrição ao direito das pequenas empresas impôs a Constituição Federal, como também nenhuma Lei Complementar o fez (e nem poderia ela contrariar a lei federal), até porque seria extremamente desumano e ilógico que assim o fizessem, mesmo porque o ESTADO possui o direito de executar os seus devedores e, diga-se de passagem, por meio e forma extremamente privilegiados, sem a insensata necessidade de vir a suprimir o reconhecimento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, até porque o regime destas é avaliado não pelo que devem, mas pelo tamanho do seu faturamento. (...)

Ora, o que tem a ver a eventual inadimplência de uma microempresa (ou empresa de pequeno porte) com o seu baixo faturamento, única "ratio legis" adotada pela Constituição Federal para a concessão do estímulo de pagar menos tributos? Nada, absolutamente nada, ou seja, não é o corte do estímulo que o MUNICÍPIO lhe impõe que vai propiciar o necessário aumento do seu faturamento para poder crescer! É uma pura e simples questão de lógica que o MUNICÍPIO, no afã de aumentar a sua arrecadação, simplesmente deixa em segundo plano quando se trata de alguém que lhe deve tributos! Em outras palavras, parte do princípio de que, se a empresa está mal, não pagando os seus impostos, que feche então as suas portas e desapareça do mercado de trabalho, em escancarada contrariedade à filosofia adotada pela Carta Magna, no sentido de que a pequena empresa efetivamente cresça!

Por essas razões, provejo o apelo, com inversão dos ônus sucumbenciais, para o efeito de declarar a apelante OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL nos termos da Lei Complementar federal n.º 123/06, com seu enquadramento desde 1º/07/2007. É o voto." (TJ-RS, Apel. Civ. N. 70025002486, Rei. Des. Roque Joaquim Volkweiss, julgado em 17/12/2008, de Porto Alegre. Disponível em www.tj.rs.gov.br). - Grifos nossos.

O que o legislador infraconstitucional fez foi violar os princípios inseridos em nossa Constituição Federal de 1988 destinados às micros e pequenas empresas, e segundo a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello:

"Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a ser arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada". (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 1a ed., p. 230, citado por Ricardo Mariz de Oliveira, in "Cooperativas - o Certo e o Errado a Respeito da Tributação de suas Aplicações Financeiras", Ricardo Mariz de Oliveira, Revista Dialética de Direito Tributário n.º 12, p. 65) Grifo nosso.

A violação a um princípio, como bem comentado na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, é fazer com que todo o sistema jurídico possa ser desmantelado, face a agressão sofrida em suas estruturas mestras, em sua espinha dorsal. Analogicamente podemos concluir que seria como se atingíssemos a estrutura de um edifício, o que o levaria fatalmente a ruir ou o deixaria com profundas sequelas podendo ser inutilizado para o seu uso.

Assim, por todos os motivos acima alegados, 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.

A Recorrente sustenta que a exclusão do regime do Simples Nacional somente poderia ter sido procedida após o procedimento administrativo que oferecesse a garantia ao contraditório e à ampla defesa, in verbis:

O ofício encaminhado informava que a Recorrente já estava excluída do simples, concedendo a ela apenas o prazo de 30(trinta) dias para manifestar sobre eventual discordância acerca desta exclusão não tendo sido, contudo, deferido o prazo para defesa, como acima narrado.

Neste caso flagrante também está o risco de dano irreparável afinal a exclusão do simples e a conseqüente irregularidade fiscal é uma situação nefasta para toda e qualquer empresa.

A exclusão, in casu, apenas poderia ter sido procedida após o procedimento administrativo que oferecesse a garantia ao contraditório e à ampla defesa, o que de fato não ocorreu no caso em tela, posto que o ofício não significa processo administrativo mas tão somente uma comunicação da aplicação de uma penalidade, o que ofende o art. 15. §3º, da Lei 9317/96, face a ausência de devido processo legal.

Em que pese o interesse público prevalecer sobre o particular, qualquer expropriação do patrimônio de um ente privado, em decorrência da cobrança de tributos, deve seguir um procedimento rigidamente planejado. A cobrança e penalidade que ora aplicam-se ferem os princípios constitucionalmente assegurados, tais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e do livre exercício das atividades.

A Recorrente tomou conhecimento da não instauração de qualquer procedimento administrativo para apuração e cobrança dos débitos em questão, cuja penalidade se dá pela exclusão da empresa do Simples Nacional sem qualquer possibilidade de defesa e questionamento dos valores cobrados.

A atitude da Receita em não instaurar o processo administrativo configura ofensa ao devido processo legal. O procedimento de exclusão exige uma fase administrativa, que, depois de esgotada, é seguida pela execução fiscal,

sendo este o procedimento legítimo para a Fazenda Pública exigir os seus créditos, não sendo legal fazê-lo de modo coercitivo.

A Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe:

Art. 2o. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observadas, entre outros, os critérios de:

[...]

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

[...]

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

Nesse sentido, é a súmula 70 do Supremo Tribunal Federal

É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTO.

Assim, por decisão do Supremo Tribunal Federal, não se admite qualquer atitude tendente a coagir o contribuinte ao pagamento de tributos por meios coercitivos. No caso posto, a ameaça de exclusão do Simples Nacional, caracteriza coerção, no intuito de compelir o contribuinte a pagar débitos que eventualmente possui junto ao Fisco Federal.

O processo administrativo serve como instrumento do contribuinte para exercer o seu direito de questionar a legalidade do tributo, caso o ache indevido, ou para que a fazenda pública tenha o seu direito de crédito efetivado.

Como exposto, o processo administrativo está resguardado pela nossa Carta Magna nos dispositivos que contêm o direito ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa. O princípio do contraditório está diretamente ligado ao princípio da isonomia ou com o da igualdade das partes, sendo essencial dar conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro lado, seja dada a possibilidade de produzir suas próprias razões e provas e, mais que isso, que lhe seja dada a possibilidade de examinar e contestar argumentos, fundamentos e elementos probantes que lhe sejam favoráveis.

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 n.º 123/2006 e na alínea "d" do inciso II do art. 3.º, combinada com o inciso I do art. 5.º, 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).

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 n.º 123/2006, conforme a seguinte súmula:

Súmula CARF n.º 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 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 de 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. 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)

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 reparcelamento 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 suscitadas pela recorrente.

Do Mérito

A recorrente ressalta que efetuou o pagamento dos débitos que motivaram a exclusão do regime do Simples Nacional, in verbis:

Em que pese a argumentação trazida à análise deste Conselho, imperioso ressaltar que a Recorrente efetuou o pagamento dos débitos que deram base à exclusão da empresa do regime de tributação do simples nacional.

Conforme consta no acórdão guerreado, a Recorrente comprovou (documentos de fls. 39 a 61) a regularização do débito junto à Receita, contudo, segundo fundamentado em referido acórdão, a regularização se deu após o prazo estipulado no ADE.

Ora íncritos julgadores, ainda que o pagamento do débito tenha sido realizado após o prazo estipulado no ADE, a Recorrente, quando da regularização da pendência, não havia sido excluída do regime de tributação do simples nacional, uma vez que pendente de julgamento a impugnação apresentada.

Ainda, em análise do texto constitucional, verifica-se que o legislador constituinte protegeu as empresas de pequeno porte, para que pudessem exercer e desenvolver suas atividades, estabelecendo algumas disparidades, em especial no campo tributário.

Nesse sentido, em leitura do texto constitucional temos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. [...]

X- tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Grifamos.

Ainda:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definida em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. Grifamos.

Assim, tendo em vista que até o presente momento não houve a exclusão definitiva da Recorrente do Simples Nacional, tendo ela providenciado o recolhimento dos débitos tributários mencionados no ADE DRF/COM 423494 de 01 de setembro de 2010, não existe fundamento fático ou jurídico que enseje a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, cuja inclusão é direito constitucionalmente assegurado, já que a mesma efetuou o pagamento dos

débitos, ainda no ano de 2010, antes de se tornar definitiva à exclusão preenchendo portando todos os requisitos exigidos.

Verifica-se que os pagamentos, que deram causa à exclusão do regime do Simples Nacional, foram realizados após o prazo regulamentar que a recorrente dispunha para regularizar as suas pendências perante a Receita Federal do Brasil, conforme excertos da decisão recorrida:

Por fim, os pagamentos que ela diz ter feito devem ser examinados à luz do artigo 31, § 1º, da LC nº 123, de 2006, que permite a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até trinta dias, contados a partir da ciência da comunicação da exclusão. Uma vez que esta ciência se deu em 22 de setembro de 2010 (quarta-feira), a impugnante dispunha de prazo até 25 de outubro de 2010 (segunda-feira) para regularizar sua situação perante o Fisco da União. Uma vez que tal prazo foi descumprido, pois os pagamentos de fls. 39 a 61 foram feitos em dezembro de 2010, eles não têm eficácia para afastar a exclusão imposta à interessada.

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 nº 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