



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13603.723687/2012-50
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1402-005.287 – 1^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária**
Sessão de 19 de janeiro de 2021
Recorrente USI INDUSTRIAL LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DÉBITOS SEM EXIGIBILIDADE SUSPENSA.

Prescreve o inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, que a existência de débito com exigibilidade não suspensa impede a permanência no regime simplificado de tributação.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à Autoridade Julgadora Administrativa apreciar os questionamentos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL, vencido o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves que dava provimento.

(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 Ribeirão Preto (SP).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão nº **14-46.025 - 13^a Turma da DRJ/RPO**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

Trata-se de manifestação de inconformidade interposta contra o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/CON nº 706352, de 10 de setembro de 2012, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Contagem, por meio do qual se excluiu a contribuinte em referência do Simples Nacional por "possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa".

Os efeitos da exclusão dar-se-iam a partir de 1º de janeiro de 2013, caso a interessada não regularizasse os débitos em questão, no prazo de trinta dias contados da ciência do ADE.

Recebido o ADE, a interessada ofereceu sua manifestação de inconformidade 06/11/2012 (fl. 2).

Alega que, em 09/10/2012, foi informada sobre a possibilidade de ser excluída do Simples Nacional, o que a levou a comparecer na RFB com o objetivo de averiguar a origem dos débitos com exigibilidade não suspensa que motivariam o ato de exclusão.

No entanto, a única informação que obteve foi de que a inexistem processos administrativos e a confirmação de que a RFB teria iniciado procedimentos de exclusão do Simples Nacional de contribuintes que estivessem em débito.

Por supostamente desconhecer a existência de processos administrativos, diz ter sido "surpreendida quanto a possível exclusão do Simples Nacional".

Prossegue, expondo os motivos pelos quais entende ser constitucional a exclusão do Simples Nacional.

Argumenta que a Constituição Federal estabeleceu, em seus artigos 170, IX, e 179, o princípio do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado destinado às microempresas e às empresas de pequeno porte, o qual deve se estabelecer em vários campos de autuação, em especial o administrativo, o tributário, o previdenciário e o creditício.

Salienta que, não fossem os benefícios constitucionalmente garantidos, estas empresas não teriam condições de sobreviver no mercado. Por conseguinte, a matéria, a seu ver, trata de questão de equidade.

Sustenta que o procedimento fiscal violaria, ainda, o princípio da hierarquia das leis, uma vez que está baseado na Resolução CGSN nº 94, de 2011, a qual prevê a exclusão do Simples Nacional com fundamento no inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, o qual, por sua vez, se insere no Capítulo IV, Seção II, que trata "Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional".

Considera inconcebível que o legislador não tenha aventureado a possibilidade de as empresas optantes do Simples Nacional atrasarem seus pagamentos.

Discorre, em seguida, sobre as dificuldades econômicas a que estão sujeitas as microempresas e empresas de pequeno porte.

Argui, também, serem inconstitucionais os incisos IX e X do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, transcritos abaixo, os quais fixam condições de permanência no Simples Nacional que não poderiam ser controladas das empresas optantes:

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;

Argumenta que a Lei Complementar nº 123, de 2006, não poderia servir de instrumento para coagir as empresas a manterem a tributação em dia, o que conduziria à violação do princípio constitucional da capacidade contributiva.

Conclui que a lei complementar não atendeu o objetivo declarado na Constituição Federal, o que resulta na inconstitucionalidade da exclusão providenciada pelo Fisco.

Na continuação, argumenta que as cobranças fiscais devem estar pautadas em processos administrativos que garantam a observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do livre exercício de atividades.

Alega que os débitos a que se refere o ADE são exigidos sem que tenham sido instaurados os correspondentes processos administrativos, o que resultou na exclusão da empresa do Simples Nacional sem que lhe tenha sido dada qualquer oportunidade de questionamento dos valores cobrados.

Expõe:

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, e 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.

Volta a repisar os argumentos de que deveria ter sido instaurado processo administrativo para que tivesse a oportunidade de contestar os valores reclamados pelo Fisco. Argui que o tratamento que lhe foi dispensado não observou o disposto nos artigos 170, X, e 179 da Constituição Federal, o que torna ilegítimo o procedimento de exclusão do Simples Nacional.

Acredita que a exclusão em tela somente poderia ter sido efetivada depois de que lhe fossem garantidos, em processo administrativo, a ampla defesa e o contraditório. A simples comunicação da penalidade, a seu ver, afronta o artigo 15, § 3º, da Lei nº 9.317, de 1996:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Ante o exposto, requer que seja acolhida a manifestação de inconformidade interposta, cancelando-se a exclusão contestada.

Requer ainda, seja instaurado o competente Processo Tributário Administrativo Fiscal a fim de garantir o direito da impugnante ao devido processo legal e manifestação sobre os fatos a ela imputados.

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A 13^a Turma da DRJ/RPO, por meio do Acórdão nº 14-46.025, julgou a Manifestação de Inconformidade Improcedente, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DÉBITOS SEM EXIGIBILIDADE SUSPENSA.

Prescreve o inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, que a existência de débito com exigibilidade não suspensa impede a permanência no regime simplificado de tributação. Incorreta a tese de que tal dispositivo se limitaria a vedar o ingresso de empresas devedoras no Simples Nacional.

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

Da Arguição de constitucionalidade de Lei

1. Argumentou a impugnante que o inciso V do artigo 17 da Lei Complementar

nº 123, de 2006, o qual motivou a exclusão do Simples Nacional, seria inconstitucional por ofensa ao disposto no inciso IX do artigo 170 e no artigo 179 da Constituição Federal:

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.

2. Ademais, sustentou que a mencionada lei complementar não atendeu o objetivo declarado na Constituição Federal, deixando de observar certos princípios constitucionais, tais como o do livre exercício de atividade econômica e da capacidade contributiva.
3. Sobre esta questão, deve-se salientar que não compete ao julgador administrativo afastar a incidência de norma legal, sob a pecha de inconstitucionalidade, como explicarei a seguir.
4. 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-las, concordou com a sua constitucionalidade, nos termos do § 1º do artigo 66 da Constituição Federal:

§ 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.

5. É o chamado controle de constitucionalidade preventivo, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Aliás, o ilustre constitucionalista defende que há duas modalidades de controle de constitucionalidade: o preventivo e o repressivo. O primeiro compete ao Presidente da República e o segundo, ao Poder Judiciário. Logo, segundo o autor, não compete ao Poder Executivo o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, publicada a lei, deve o Poder Executivo observá-la.
6. A mesma posição é adotada pelo tributarista Hugo de Brito Machado :

uma decisão do Contencioso Administrativo Fiscal, que diga ser inconstitucional uma lei, e por isto deixe de aplicá-la, tornar-se-á definitiva à míngua de mecanismo no sistema jurídico, que permita levá-la ao Supremo Tribunal Federal.

E sabido que o princípio da supremacia constitucional tem por fim garantir a unidade do sistema jurídico. È sabido também que o Supremo Tribunal Federal cabe a tarefa de garantir essa unidade, mediante controle da constitucionalidade das leis. Não é razoável, portanto, admitir-se que uma autoridade administrativa possa decidir a respeito dessa constitucionalidade, posto que o sistema jurídico não oferece instrumentos para que essa decisão seja submetida à Corte Maior.

7. Ressalte-se que a questão já foi decidida pelo E. STJ:

O crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado através de sentença judicial, porque à Administração não compete o controle da constitucionalidade das leis (Resp. 86.032-MG). (RESP 184884 / SP)

8. Por fim, trago à baila A Súmula n° 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

Súmula CARF n° 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

9. Saliente-se que a impossibilidade de se afastar a incidência de lei também está expressamente prevista no artigo 26-A do Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1.972, com redação dada pela Lei n° 11.941, de 27 de maio de 2009:

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.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n° 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993.

10. Observa-se que não se tem notícia da ocorrência de quaisquer das exceções legais previstas no § 6º supra transcrito, as quais poderiam permitir a este colegiado apreciar a matéria.

11. Fico, então, impedido de decidir acerca da alegada inconstitucionalidade do inciso V do artigo 17 da Lei Complementar n° 123, de 2006:

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;

12. Destaca-se que, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela legitimidade de vedação de migração automática do Simples Federal para o Simples Nacional relativamente às empresas com débitos fiscais exigíveis:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. SIMPLES NACIONAL. ATO DE EXCLUSÃO. SÚMULA 283/STF. DÉBITOS FISCAIS SEM A EXIGIBILIDADE SUSPENSA. MIGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Afasta-se a negativa de vigência ao art. 535 do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia.

Mesmo com o escopo de prequestionamento, os embargos declaratórios devem obedecer aos ditames traçados no art. 535 do CPC, ou seja, só serão cabíveis caso haja no decisório embargado omissão, contradição e/ou obscuridade.

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". Dicção da Súmula 283/STF.

É legítima a vedação da migração automática das empresas optantes pelo denominado "Simples Nacional", instituído pela LC n. 123/06, caso existam débitos fiscais pendentes, sem a exigibilidade suspensa.

Recurso especial não-provado.

13. Por fim, foi noticiado no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal na rede mundial de computadores (www.stf.jus.br) que a aludida Corte Constitucional decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade do inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006. A mencionada decisão, segundo consta, teve repercussão geral reconhecida. Embora o acórdão atinente ao Recurso Extraordinário nº 627543 não tenha sido, até o momento, formalizado já é possível se visualizar a conclusão do voto vencedor (não revisado) proferido pelo relator Sr. Ministro Dias Toffoli:

Em conclusão, ao meu sentir, a exigência de regularidade fiscal para o ingresso ou a manutenção do contribuinte no Simples Nacional - prevista no art. 17, inc. V da LC nº 123/06 - não afronta os princípios da isonomia, porquanto constitui condição imposta a todos os contribuintes, conferindo tratamento diverso e razoável àqueles que se encontram em situações desiguais relativamente às suas obrigações perante as fazendas públicas dos referidos entes políticos, não havendo, outrossim, que se falar em ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que a exigência de requisitos mínimos para fins de participação no Simples Nacional não se confunde com limitação à atividade comercial do contribuinte.

14. Quanto aos incisos IX e X do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, cuja constitucionalidade foi, também, questionada, nada tenho a acrescentar, uma vez que eles não serviram de motivação para a exclusão em análise.

Da Arguição de Ilegalidade das Normas Administrativas que Disciplinaram o Procedimento de Exclusão

15. Arguiu a impugnante que a Resolução CGSN n° 94, de 2011, contrariou a Lei Complementar n° 123, pois previu como hipótese de exclusão do Simples Nacional uma condição criada para impedir o ingresso no aludido regime de tributação.
16. A interpretação proposta pela impugnante é suportada pela constatação de que o artigo 17 se insere na Seção II da referida lei complementar, reservada às "vedações ao ingresso no Simples Nacional".
17. A exegese da defesa, todavia, não encontra respaldo na própria lei complementar.
18. As hipóteses de exclusão do Simples Nacional estão previstas no artigo 29 da Lei Complementar n° 123, de 2006:

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

- I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;
- II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;
- for oferecida resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde desenvolvam suas atividades ou se encontrem bens de sua propriedade;
- a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;
- V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;
- VI - a empresa for declarada inapta, na forma dos arts. 81 e 82 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores;
- VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;
- VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;
- 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;

XI- houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

19. Embora nenhum dos incisos do supra transcrito artigo 29 se refira expressamente ao artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, o seu inciso I merece uma reflexão mais aprofundada.
20. Este inciso prevê a exclusão se "verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória ". A interpretação sistemática da lei só pode levar à conclusão de que as causas de exclusão obrigatória são justamente aquelas que impedem o ingresso no Simples Nacional. Pensar de outro modo seria esvaziar o conteúdo do citado inciso por completo, tornando inúteis as palavras escolhidas pelo legislador.
21. Os princípios constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva impõem ao exegeta que evite interpretar a lei de modo a concluir pelo inadmissível tratamento discrepante de dois contribuintes nas mesmas condições.
22. Deste modo, se determinada empresa não pode ingressar no Simples Nacional por incorrer em alguma das vedações previstas no artigo 17 é inaceitável que outra, que pratique a mesma ação, possa permanecer na aludida sistemática de tributação.
23. Seria um completo despautério o legislador impor óbices ao ingresso no Simples Nacional e os retirar assim que a empresa haja ingressado. Se este fosse o propósito da lei, haveria um grande incentivo à fraude e à injustiça, o que deve ser evitado em um Estado Democrático de Direito.
24. Ao se analisar a lei complementar em comento com mais atenção, verifica-se que o seu artigo 31, ao tratar dos efeitos do ato de exclusão, expressamente prevê a hipótese contida no inciso V do artigo 17:

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão;

25. Está, assim, mais do que claro de que uma empresa poderá ser excluída do Simples Nacional se for verificada a hipótese prevista no inciso V do artigo 17:

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;

26. Sobre a matéria, cumpre trazer à baila a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5a Região:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM EXIGIBILIDADE NÃO SUSPENSA. ARTIGOS 17 E 31, PARÁGRAFO 2º DA LC 123/2006. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. INOBSEERVÂNCIA DO PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DOS DÉBITOS. EXCLUSÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE. DEVER DE OBSERVÂNCIA. 1. Nos termos do artigo 17, V, da LC 123/2006, a permanência da empresa na sistemática do Simples Nacional está condicionada ao cumprimento das exigências estabelecidas em lei, dentre elas, não se encontrar a pessoa jurídica em débito perante as fazendas públicas federal, estadual ou municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

2. Por sua vez, o artigo 31, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal, dispõe que a exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos na hipótese da não regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

3. No caso dos autos, a empresa apelante não regularizou os débitos tributários no prazo (30 dias) estabelecido no Ato Declaratório Executivo DRF/NAT n. 49995, de 01 de setembro de 2010, fato incontrovertido, porquanto reconhecido pela própria apelante em sua petição inicial. Além disso, à época da notificação do referido ato, a empresa apelante possuía outros débitos ainda não quitados, conforme demonstra os documentos acostados aos autos. Dessa forma, mostra-se legítimo o ato de exclusão da empresa apelante do aludido regime simplificado.

4. Ressalte-se que o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado dispensado pela Constituição Federal às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativamente ao Simples Nacional, não pode, em contrapartida, violar outros postulados constitucionais. Como asseverou, com acerto, o MM. Juiz a quo "a permanência da empresa no regime especial [em face da inadimplência tributária] configuraria grave ofensa aos princípios da legalidade e da isonomia, não havendo nulidade do ato administrativo que considerou a autora inapta ao aludido regime".

5. Também não há falar em cerceamento do direito de defesa em razão do julgamento antecipado da lide. Sendo a matéria discutida unicamente de direito é dispensável a produção de prova. O julgamento antecipado da lide não ocasiona cerceamento de defesa se existentes nos autos elementos suficientes à formação da convicção do magistrado. Precedente do STJ.

6. Apelação improvida. (Apelação Cível nº 542770, Primeira Turma, DJE 03/08/2012. Pág. 264)

Do pedido por instauração de processo administrativo para contestar os débitos fiscais que motivaram a exclusão do Simples Nacional

27. A impugnante alegou que não foram instaurados procedimentos administrativos que tivessem lhe permitido questionar os débitos que

motivaram a exclusão do Simples Nacional.

28. Informou ter comparecido RFB com o objetivo de conhecer os processos administrativos e os termos de cobrança lavrados contra si. No entanto, o Fisco lhe comunicou a inexistência de qualquer outro procedimento administrativo que não fosse o instaurado para tratar da exclusão do Simples Nacional.
29. Estes fatos não foram comprovados pela impugnante.
30. O ADE recebido pela interessada expressamente lhe indica o endereço eletrônico na rede mundial de computadores no qual é possível se conhecerem os débitos que motivaram a sua exclusão do Simples Nacional.
31. No caso concreto, verifica-se que todos os débitos em questão estão em fase de cobrança na PGFN, tendo sido devidamente inscritos em dívida ativa:

CNPJ: 25402728	Nome Empresarial : USI INDUSTRIAL LTDA
Débitos Não-Previsionais em cobrança na PGFN	
Inscrição	Valor Consolidado
00000060799002417	R\$ 6.843,52
00000060699010809	R\$ 30.320,47
00000060299004419	R\$ 17.255,00
00000060699010810	R\$ 13.803,92
00000060798004499	R\$ 2.754,74
00000060698024270	R\$ 1.576,41
00000060298012175	R\$ 3.325,94
00000060698024271	R\$ 3.402,75
00000060610011638	R\$ 3.078,56
00000060710003034	R\$ 5.489,62
00000060210004295	R\$ 2.095,64
00000060610011639	R\$ 24.290,35
00000060710003301	R\$ 2.417,66
00000060610013763	R\$ 10.886,65
00000060210004580	R\$ 13.608,62
00000060610013764	R\$ 2.111,88
000000609410003353	R\$ 307.051,99
00000060710003346	R\$ 15.340,99
00000060610013955	R\$ 57.716,41
00000060210004644	R\$ 15.085,75
00000060310000325	R\$ 28.989,00
00000060610013956	R\$ 115.188,85
00000060410003468	R\$ 124.466,30
00000060412001340	R\$ 112.169,26

- 32.
33. Logo, a dívida fiscal que ensejou a exclusão do Simples Nacional não é objeto de cobrança administrativa, mas de execução judicial.
34. Por conseguinte, presentemente, compete ao Poder Judiciário, não à RFB, resolver a contenda entre a interessada e o Fisco acerca dos débitos reclamados.
35. Deve ser lembrado, aqui, que os créditos tributários inscritos em dívida ativa gozam de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do artigo 204 do Código Tributário Nacional:

Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

36. A impugnante não apresentou qualquer argumento a respeito das cobranças

judiciais, agindo como se elas não existissem.

37. Neste contexto, deve, ainda, ser sopesado que o eventual oferecimento de embargos à execução pela executada não suspende a exigibilidade do crédito tributário cobrado judicialmente pelo Fisco, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. INGRESSO NO SIMPLES NACIONAL. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL OU EXISTÊNCIA DE DÉBITO FISCAL COM A EXIGIBILIDADE SUSPENSA. ARTIGO 17, V, DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. GARANTIA DA EXECUÇÃO OU ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. A vedação do ingresso, no Simples Nacional, prevista no artigo 17, V, da Lei Complementar 123/2006 (existência de débito fiscal cuja exigibilidade não esteja suspensa), subsiste ainda que a microempresa ou a empresa de pequeno porte tenha garantido a execução fiscal ou que seus embargos à execução tenham sido recebidos no efeito suspensivo, hipóteses não enquadradas no artigo 151, do CTN (causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário).

(...)

6. Deveras, é certo que a efetivação da penhora (entre outras hipóteses previstas no artigo 9º, da Lei 6.830/80) configura garantia da execução fiscal (pressuposto para o ajuizamento dos embargos pelo executado), bem como autoriza a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa (artigo 206, do CTN), no que concerne aos débitos pertinentes. 7. Entremes, somente as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, taxativamente enumeradas no artigo 151, do CTN (moratória; depósito do montante integral do débito fiscal; reclamações e recursos administrativos; concessão de liminar em mandado de segurança; concessão de liminar ou de antecipação de tutela em outras espécies de ação judicial; e parcelamento), inibem a prática de atos de cobrança pelo Fisco, afastando a inadimplência do contribuinte, que é considerado em situação de regularidade fiscal. 8. Assim é que a constituição de garantia da execução fiscal (hipótese não prevista no artigo 151, do CTN) não tem o condão de macular a presunção de exigibilidade do crédito tributário. Outrossim, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução limita-se a sobrestrar o curso do processo executivo, o que não interfere na exigibilidade do crédito tributário. 9. Consequentemente, não merece reforma o acórdão regional, máxime tendo em vista que a adesão ao Simples Nacional é uma faculdade concedida ao contribuinte, que pode anuir ou não às condições estabelecidas na lei, razão pela qual não há falar-se em coação perpetrada pelo Fisco. 10. Recurso ordinário desprovido. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27473)

38. Por consequência, o único processo administrativo cabível ao caso é o que presentemente se examina.

39. Considerando que a impugnante não demonstrou que os débitos reclamados pelo Fisco perante o Poder Judiciário estão com sua exigibilidade suspensa, mantém-se a decisão da DRF pela exclusão do Simples Nacional.

40. Por fim, cumpre lembrar que a legislação tributária prevê que certas declarações tenham efeitos de confissão de dívida, constituindo o crédito tributário. É o caso das DCTF, DAS, GFIP, etc. Para a cobrança dos valores

confessados nestas declarações não se instauram processos administrativos, uma vez que já foram admitidos pelo contribuinte. Sobre a matéria, trago à colação a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUMENTO DE ALÍQUOTA DE ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (REsp 962.379/RS). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.º 282, DO STF. DIVERGÊNCIA

JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. O ato administrativo do lançamento, efetuado pelo ente tributante, é desnecessário quando o próprio contribuinte, previamente, mediante GIA ou DCTF, procede à declaração do débito tributário a ser recolhido.

In casu, o contribuinte efetuou a declaração do débito inscrito em dívida ativa, por isso que prestando o sujeito passivo informação acerca da efetiva existência da dívida, porém não adimplindo-a, inicia-se para o Fisco Estadual a contagem do prazo prescricional para ajuizar o executivo fiscal, posto constituído o crédito por autolançamento.

A Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA assemelha-se à DCTF, razão pela qual, uma vez preenchida, constitui confissão do próprio contribuinte, tornando prescindível a homologação formal, passando o crédito a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal.

É que a Primeira Seção, quando do julgamento de recurso representativo de controvérsia, consolidou o entendimento de que a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado. (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

(...)

10. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1184651/SP)

Dos Efeitos Suspensivos da Manifestação de Inconformidade

41. Neste tópico, a impugnante argumentou que a exclusão do Simples Nacional somente pode ser decretada depois de transcorrido o processo administrativo em que se discuta a matéria. Fundamentou sua argumentação no § 3º do artigo 15 da revogada Lei nº 9.317, de 1996, a qual tratava do Simples Federal.
42. É de se lembrar que a lei invocada pela impugnante foi revogada, em vista da mudança da sistemática de tributação simplificada, que saiu da esfera federal e passou a abranger todos os entes federativos. Por conseguinte, a argumentação oferecida na defesa perde toda a sua plausibilidade.

43. A norma legal que hoje disciplina a matéria é a Lei Complementar n° 123, de 2006, cujo artigo 29, § 3º, autoriza o Comitê Gestor do Simples Nacional a regulamentar a forma como será realizada a exclusão do Simples Nacional:

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

44. O § 3º-A do artigo 4º da Resolução CGSN n° 15, de 23 de julho de 2007, vem a regulamentar os efeitos da impugnação interposta contra o ato de exclusão do Simples Nacional:

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

(...)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (Alterado pela Resolução CGSN n° 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN n° 46, de 18 de novembro de 2008)

45. Verifica-se, assim, que o mencionado § 3º-A determina que, caso a contribuinte ofereça impugnação contra o ato de exclusão do Simples Nacional, os efeitos deste ficarão suspensos até que seja proferida decisão administrativa definitiva.

46. Assim, não obstante a exclusão seja realizada com a comunicação da decisão da Autoridade competente, se houver interposição de impugnação, seus efeitos apenas serão sentidos depois que se tornar definitiva a decisão administrativa proferida desfavorável à demandante.

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*:

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 constitucional, 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 Públícas 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 Públícas 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. Corrobando 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 TRIBUTO MUNICIPAL: IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. 1. Ao garantir, mediante redução da carga tributária, o apoio a ser dado pelas leis ordinárias ou comuns às microempresas, aos microprodutores rurais, e às empresas de pequeno porte, em

momento algum a Constituição Federal condicionou a concessão ou a manutenção do estímulo à inexistência de débitos tributários. A única condição imposta é que a empresa beneficiária possua reduzido faturamento periódico. Aliás, nem mesmo a Lei Complementar Federal nº 123/06, que dispõe sobre a matéria, é em sentido diverso. 2. Assim, o indeferimento, pelo Município de Porto Alegre, de pedido de opção pelo "Simples Nacional", deduzido por microempresa devedora de tributos municipais quando atendidos os demais requisitos, não passa de legítima coação, sem suporte na lei maior, em escancarada contrariedade à filosofia constitucionalmente adotada pela Carta Magna, no sentido de fazer com que a pequena empresa efetivamente cresça. DECISÃO: Recurso provido. Unânime. (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 nº 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 intelecção 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, contumelia irremissível a ser arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustém 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° 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 consequente 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.

Contata-se que 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade 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.

Esclarece-se que o processo administrativo tem início com a impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 70.325/1972:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

O prazo de defesa do ato de exclusão, que a recorrente insiste em não ter sido deferido, trata-se do prazo de 30(trinta) dias para manifestar-se sobre eventual discordância acerca da exclusão do Simples Nacional, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 70.325/1972:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Ressalta-se que não há previsão legal para que a exclusão seja realizada somente após o processo administrativo, pois o que o decreto 70235/72 prevê é a suspensão do ato de exclusão até o julgamento definitivo do litígio no processo administrativo.

No presente caso foi instaurado o processo administrativo no qual o contribuinte teve a oportunidade de ampla defesa e do contraditório, como se observa foi interposto a Manifestação de Inconformidade quanto ao ato de exclusão do Simples Nacional e Recurso Voluntário quanto ao Acórdão de 1^a Instância.

Ante o exposto, rejeita-se as alegações suscitadas 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 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 comprobatório 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, transcreto 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