



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

Processo nº 13766.721260/2012-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-002.604 – 3ª Turma Especial
Sessão de 24 de março de 2015
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente ARMAZÉM E BAR OTAVARP LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2014

SIMPLES NACIONAL. VEDAÇÃO. DÉBITOS.

Não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional a pessoa jurídica que possua débito com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Não tendo sido regularizada a totalidade dos débitos no prazo de 30 (trinta) dias da ciência do ADE, deve ser mantido o efeito da exclusão do Simples Nacional.

DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por voto de qualidade negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Fernando Ferreira Castellani, Meigan Sack Rodrigues e Roberto Armond Ferreira da Silva que entendiam pela manutenção do sujeito passivo no regime de tributação do Simples Nacional.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Meigan Sack Rodrigues, Roberto Armond Ferreira da Silva, Ricardo Diefenthaler, Fernando Ferreira Castellani e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 491.006, de 03.09.2012, fl. 13, com efeitos a partir de 01.01.2013, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de possuir "débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, conforme disposto no inciso V do art. 17, da Lei Complementar nº 123, de 2006, e na alínea "d" do inciso II do art. 73, combinada com o inciso I do art. 76, ambos da Resolução CGSN nº 94, de 2011.

Nome Empresarial: ARMAZEM E BAR OTAVARP - ME

CNPJ: 31.976.716/0001-90

Parágrafo único A relação dos débitos deverá ser consultada no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, na internet, no endereço eletrônico <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>, nos itens "Empresa", "Simples Nacional", "Exclusão 2012", ADE de Exclusão 2012" – Consulta Débitos".

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2013, conforme disposto no inciso IV, do art. 31, da Lei Complementar nº 123, de 2006. [...]

Art. 4º Tornar-se-á sem efeito a exclusão, caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica seja regularizada no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, ressalvada a possibilidade de emissão de novo ADE devido a outras pendências porventura identificadas.

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação, fls. 02-05, com os argumentos a seguir discriminados:

Foi verificado, mediante consulta no "sítio" indicado existir 22 (vinte e duas) inscrições em dívida ativa, com o valor total de R\$378.823,11 (trezentos e setenta e oito mil, oitocentos e vinte e três reais e onze centavos), sendo que 04 (quatro) inscrições encontram-se extintas, restando 18 (dezoito) inscrições com valores consolidados, [...]

Quanto às inscrições 72 6 97 004876-79; 72 2 90 000038-07; 72 2 90 000039-80; 72 2 97 002298-67; 72 5 98 000912-06; 72 6 99 002741-21; 72 6 99 002740-40; 72 2 99 001307-91 e 72 2 99 001306-00 foram realizados parcelamentos, conforme comprova dos comprovantes de parcelamento.

O Código Tributário Nacional dispõe em seu artigo 151, inciso VI, que suspende a exigibilidade de crédito tributário, o parcelamento [...]

Em relação às inscrições 72 7 10 000599-00; 72 2 10 001005-48; 72 6 10 003059-71; 72 7 10 000598-11; 72 6 10 003057-00; 72 6 1 003060-05; 72 2 10 001004-67; 72 6 10 003046-57 e 72 6 10 003058-90 estão sendo objeto de AÇÃO DE EXECUÇÃO DA DÍVIDA ATIVA, PNº 2011.50.02.000057-6, em trâmite na 2ª Vara Federal de Cachoeiro de Itapemirim-ES – Execução Fiscal e Penal, tendo sido opostos EMBARGOS À EXECUÇÃO PNº 0000190-77.2012.4.02.5002 (2012.50.02.000190-1), portanto encontram-se *sub judice*.

O Código Tributário Nacional dispõe em seu artigo 151, inciso V, que suspende a exigibilidade de crédito tributário, quando encontra-se em discussão judicial [...]

Ex positis, [...] requer seja [...] mantida no Regime Especial Unificado de Arrecadação de tributos e contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de pequeno Porte (Simples Nacional), tendo certeza que assim decidindo estará mais uma vez prestando uma justa homenagem ao direito, e principalmente à verdadeira e costumeira justiça.

O julgamento foi convertido na realização de diligência, fls. 23-24, a partir da qual os débitos foram identificados, cuja informação fiscal foi regularmente notificada a Recorrente, fls. 24-28:

Os débitos não-previdenciários, previdenciários e de Simples Nacional junto à RFB foram listados com o valor do saldo devedor, sem os acréscimos legais. Os débitos junto à PGFN foram listados com o valor do saldo devedor consolidado. A regularização deve ser feita pelo saldo devedor atualizado, com os acréscimos legais.

CNPJ: 30976716 Nome Empresarial : ARMAZEM E BAR OTAVARP LTDA

Débitos Não-Previdenciários em cobrança na PGFN

Inscrição	Valor Consolidado
00000072290000038	R\$1.053,50
00000072290000039	R\$1.517,82
00000072297002298	R\$3.691,58
00000072697004876	R\$626,42
00000072598000912	R\$4.071,64
00000072299001306	R\$10.527,06
00000072699002740	R\$7.559,86
00000072299001307	R\$10.277,13
00000072699002741	R\$6.993,16
00000072610003046	R\$79.623,12
00000072710000598	R\$19.162,39
00000072610003057	R\$34.763,66

00000072210001004	R\$40.988,62
00000072610003058	R\$81.392,41
00000072710000599	R\$6.072,91
00000072610003059	R\$16.410,20
00000072210001005	R\$16.111,51
00000072610003060	R\$37.289,48

Intimada em 10.10.2012, a Recorrente apresentou nova impugnação, fls. 72-75, com os argumentos a seguir discriminados:

1 - A Manifestante é uma microempresa optante pela Sistemática do Simples Nacional.

2 - Para sua surpresa, no dia 03 de outubro de 2013, foi notificada do Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES Nº 691006/2012, que a excluía da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata a Lei Complementar 123/2006 (ANEXO II), com efeitos retroativos a 01/01/2013, com esboço no inciso V. do art. 17, do diploma regulador do simples nacional.

3 - Em consulta aos débitos provocaram o ato hostilizado, verificou a Manifestante tratarem-se de débitos tributários em cobrança junto à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), cujas inscrições em dívida ativa estão discriminadas na lista de consulta acostada à presente (ANEXO III).

4 - Ocorre que, o ato de exclusão não deveria gerar qualquer efeito, visto que foi motivado por débitos inexigíveis na forma do art. 151, incisos V e VI, do diploma tributário nacional, como se passa a demonstrar.

DOS FUNDAMENTOS MERITÓRIOS

5 - Primeiramente, no que concerne às inscrições n.ºs 72290000038, 72290000039, 72297002298, 72697004876, 72598000912, 72299001306, 72699002740 e 72699002741, são objeto de parcelamento ordinário, estando, portando com a exigibilidade suspensa, a teor do art. 151, VI, do CTN, o que, por si só já afasta totalmente a motivação para o ato de exclusão. Basta observar os comprovantes anexos para verificar essa situação, (ANEXO IV), sendo as inscrições n.ºs 72290000038, 72290000039 e 72697004876 quitadas integralmente em quota única (ANEXO V).

6 - O art. 151, VI, do diploma tributário nacional, não admite qualquer tergiversação [...]

7 - Quanto às inscrições remanescentes, encontram-se todas abrangidas no Parcelamento Especial - PAES, instituído pela Lei n.º 10.684/2003, ao qual aderiu a Manifestante, consoante demonstra a documentação em anexo (ANEXO VI).

8 - Ressalte-se que muito embora tenha a Manifestante sido excluída daquele benefício, através Ato Declaratório Executivo n.º 01/2010, a exclusão foi indevida já que encontrava-se pontualmente adimplente com as prestações recolhidas na forma do § 4º, art. 1º da Lei 10.684/2003.

9 - Tanto assim o é que ao submeter o ato de exclusão do PAES ao crivo do Poder Judiciário, por meio da ação declaratória n.º 0001881-97.2010.4.02.5002, a Manifestante obteve sentença favorável declarando a nulidade absoluta do ADE n.º 01/2010, tornando sem efeito a sua arbitrária exclusão do benefício da Lei n.º 10.684/2003 (ANEXO VII). [...]

11 - Com efeito, a decisão materializa a suspensão da exigibilidade das CD As 72299001307, 72610003046, 72710000598, 72610003057, 72210001004, 72610003058, 72710000599, 72610003059, 72210001005 e 72610003060 já que todas se encontram inclusas no parcelamento especial — PAES, encontrando-se, igualmente, com a sua exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, VI, do CTN.

12 - Até mesmo, pelo fato de que os referidos débitos, por restarem consolidados no PAES, são indiretamente atingidos pela decisão antecipatória promovida nos autos, da ação n.º 0001881-97.2010.4.02.5002, estando com a exigibilidade suspensa também por força do inciso V, do mesmo art. 151 [...]

13 - Dessa maneira, não havendo o apontamento de outros débitos em aberto, tampouco, de outra causa legal a motivar a exclusão da manifestante do regime simplificado, há que ser decretada a nulidade do Ato Declaratório Executivo DRP/VIT/ES N.º 691006/2012, já que o contribuinte não se amolda à hipótese restritiva prevista no art. 17, V, da LC n.º 123/2006, dada a inexigibilidade de seus débitos. [...]

15 - Dessa forma, não resta dúvida de que o ato de exclusão da impugnante é totalmente nulo, visto que os débitos motivadores encontram-se com a exigibilidade suspensa.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Diante do exposto requer que a presente Manifestação de Inconformidade seja recebida e conhecida, para declarar o Ato Declaratório Executivo DRP/VIT/ES N.º 691.006/2012 totalmente nulo, não devendo surtir qualquer efeito.

Está registrado como ementa do Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/RJO I/RJ nº 12-61.691, de 26.11.2013, fls. 64-68:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. DÉBITO COM A FAZENDA PÚBLICA FEDERAL. FALTA DE REGULARIZAÇÃO.

Quando uma empresa, excluída do regime tributário especial unificado, e dentro do prazo legal, deixa de comprovar o saneamento por completo dos débitos que lhe deram causa, o ADE, neste caso, será ratificado.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Notificada em 23.12.2013, fl. 70, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 16.01.2014, fls. 201-211, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Acrescenta que:

Irresignada, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade contra o ato administrativo que a banuiu do regime simplificado.

Todavia, a junta julgadora de primeira instância houve por rejeitar a impugnação apresentada o argumento de que existem vinte e duas as inscrições em dívida ativa em aberto, sendo que apenas quatro encontram-se extintas. Ademais, grande parte das inscrições que motivaram a exclusão já se encontram em cobrança judicial por meio de execução fiscal promovida pela Procuradoria da Fazenda da Nacional, e muita embora a demanda executiva tenha sido embargada, a simples propositura dos embargos a execução não acarreta a suspensão da exigibilidade dos débitos exequendos.

Ora, a decisão recorrida nitidamente incorre em erro ao assim decidir, pois, conforme alegações despendidas na manifestação de inconformidade apresentada, o que enseja a suspensão da exigibilidade das inscrições que provocam o equivocado ato de exclusão combatido não fora a apresentação de embargos a execução nos autos do processo de cobrança judicial inaugurado pela Fazenda Pública.

Como visto e comprovado neste feito, parte das inscrições relacionadas foram pagas e parceladas pelo contribuinte, sendo que as inscrições restantes (72299001307, 72610003046, 72710000598, 72610003057, 72210001004, 72610003058, 72710000599, 72610003059, 72210001005 e 72610003060) são todas referentes a débitos anteriores a março de 2003 estando incluídas no PAES, instituído pela Lei n.º 10.684/2003, cujo ato de exclusão da recorrente daquele parcelamento fora declarado insubsistente por decisão proferida nos autos da ação declaratória n.º 0001881-97.2010.4.02.5002.

Assim, ao contrário do que concluiu a instância antecedente, o ato de exclusão não deveria gerar qualquer efeito, visto que foi motivado por débitos inexigíveis na forma do art. 151, incisos V e VI do diploma tributário nacional, não estando incursa na situação prevista no inciso V do art. 17, da LC n.º 123/2006.

Desta feita, em que pesem as razões que esboçaram a conclusão exarada no *decisum* recorrido, estas não devem prevalecer, conforme se demonstra neste momento, pugnando a Recorrente pelo acolhimento do presente recurso com a reforma do julgado atacado.

III. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Pretexto não há para que o Fisco promova a exclusão da recorrente do regime simplificado da Lei Complementar n.º 123/2006.

Primeiramente, no que concerne às inscrições n.ºs 72290000038, 72290000039, 72297002298, 72697004876, 72598000912, 72299001306, 72699002740 e 72699002741 são objeto de parcelamento ordinário, estando, portando com a exigibilidade suspensa, a teor do art. 15 I, VI, do CI N.º 0 que, por si só já afasta totalmente a motivação para o ato de exclusão. Basta observar os comprovantes anexos para verificar essa situação (ANEXO IV à peça de impugnação), sendo as inscrições n.ºs 72290000038, 72290000039 e 72697004876 quitadas integralmente em quota única (ANEXO V à peça de impugnação).

O art. 151. VI, do diploma tributário nacional, não admite qualquer tergiversação [...].

Quanto às inscrições remanescentes, encontram-se todas abrangidas no Parcelamento Especial PAES, instituído pela Lei n.º 10.684/2003. ao qual aderiu a Manifestante, consoante demonstra a documentação em anexo (ANEXO VI à peca de impugnação).

Ressalte-se que muito embora tenha a Recorrente sido excluída daquele benefício, através Ato Declaratório Executivo n.º 01/2010, a exclusão foi indevida já que encontrava-se pontualmente adimplente com as prestações recolhidas na forma do § 4º, do art. 1º da Lei 10.684/2003.

Tanto assim o é que ao submeter o ato de exclusão do PAES ao crivo do Poder Judiciário, por meio da ação declaratória n.º 0001881-97.2010.4.02.5002, a Manifestante obteve sentença favorável declarando a nulidade absoluta do ADE n.º 01/2010. tornando sem efeito a sua arbitrária exclusão do benefício da Lei n.º 10.684/2003 (ANEXO VII à peca de impugnação).

Veja que no comando sentença, a douta juíza de primeiro grau houve por bem ainda conceder a tutela antecipada para que a União venha a promover a imediata reinclusão do contribuinte no PAES.

Com efeito, a decisão materializa a suspensão da exigibilidade das CDAs 72299001307, 72610003046, 72710000598, 72610003057, 72210001004, 72610003058, 72710000599, 72610003059, 72210001005 e 72610003060 já que todas se encontram inclusas no parcelamento especial - PAES, encontrando-se, igualmente, com a sua exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, VI, do CTN.

Até mesmo, pelo fato de que os referidos débitos, por restarem consolidados no PAES, são indiretamente atingidos pela decisão antecipatória promovida nos autos, da ação n.º 0001881-97.2010.4.02.5002, estando com a exigibilidade suspensa também por força do inciso V, do mesmo art. 151, [...]

Dessa maneira, não havendo o apontamento de outros débitos em aberto, tampouco, de outra causa legal a motivar a exclusão da manifestante do regime simplificado, há que ser decretada a nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES Nº 691006/2012. já que o contribuinte não se amolda à hipótese restritiva prevista no art. 17, V da LC n.º 123/2006. dada a inexigibilidade de seus débitos. [...]

Dessa forma, não resta dúvida de que o ato de exclusão da recorrente é totalmente nulo. visto que os débitos motivadores encontram-se com a exigibilidade suspensa.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Ante o exposto, requer a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais seja o recurso voluntário interposto conhecido e provido para. reformando-se o acórdão recorrido, para declarar o Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES Nº 691.006/2012 totalmente nulo. não devendo surtir qualquer efeito.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina no inciso X do art. 170 e no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

Com o escopo de implementar esses princípios constitucionais foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O Simples Nacional está regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretratável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet. Verificada a falta da comunicação obrigatória, a exclusão de ofício é formalizada mediante ato administrativo emitido pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. Os seus efeitos podem ser retroativos, conforme o caso.

Não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional a pessoa jurídica 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. Excepcionalmente é 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 contados a partir da ciência da comunicação da exclusão ¹.

Ainda atinente a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou o recurso extraordinário com repercussão geral (leading case RE 627543), tema nº 363, com

¹ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, e Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

trânsito em julgado ocorreu em 14.11.2014, cuja decisão definitiva de mérito ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF (art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009):

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido.

1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações.

3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência.

4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo.²

No que se refere aos débitos extintos, consta no Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/RJO I/RJ nº 12-61.691, de 26.11.2013, fls. 64-68:

Pois bem, em pesquisa realizada em sistema interno da SRF, pude verificar, como dito pela interessada, haver 22 (vinte e duas) inscrições de seus débitos, em dívida ativa (fl. 30), sendo que, como esta assevera, em sua peça de defesa, 04 (quatro) já se encontravam extintas, portanto não constam da tabela que se reproduziu no relatório e não integram, por óbvio a exclusão, em apreço, o que pude confirmar acerca da procedência de sua assertiva, que realmente as inscrições nºs 72 2 07 000090-06, extinta em 03/10/2007 (fl. 31); 72 6 05 001344-93 (fl. 40), extinta em 02/07/2008; 72 7 90 000008-98 (fl. 51), extinta em 09/02/2002; e por fim, 72 7 96 000225-82 (fl. 52) que fora extinta em 18/04/2012.

A interessada alega, igualmente, em sua peça de defesa (fls.02/05), ter havido parcelamento para as inscrições nºs 72 6 97 004876-79 (fl. 46); 72 2 90 000038-07 (fl. 34); 72 2 90 000039-80 (fl. 35); 72 2 97002298-67 (fl. 36); 72 5 98 000912-06 (fl. 39); 72 6 99 002741-21 (fl. 48); 72 6 99 002740-40 (fl. 47); 72 2 99 001307-91 (fl. 38) e, finalmente, 72 2 99 001306-00 (fl. 37), dentre estas algumas foram extintas, como as de fls. 34, 35, 36, 39, 46 e 48, enquanto que as demais se encontram sob o parcelamento, como as de fls. 37, 38, e 47, portando todos os débitos estão suspensos de exigibilidade como dispõe o art. 151, VI, do CTN.

Em relação a essa matéria, portanto, não cabe qualquer reparo a decisão de primeira instância de julgamento e assim esses débitos não podem ser considerados para fins exclusão do Simples Nacional.

Sobre os débitos identificados como inscritos em Dívida Ativa da União sob os nºs 72 7 10 000599-00; 72 2 10 001005-48; 72 6 10 003059-71; 72 7 10 000598-11; 72 6 10 003057-00; 72 6 10 003060-05; 72 2 10 001004-67; 72 6 10 003046-57 e 72 6 10 003058-90, vale esclarecer que a Recorrente diz que foram objeto de parcelamento e ainda estão alcançadas pela Ação Declaratória n.º 0001881-97.2010.4.02.5002 e por essas razões estão com a exigibilidade suspensa, por força dos incisos V e VI do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição prevê que a lei não pode excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, como também não pode prejudicar a coisa julgada, entendida como a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial decorrente do esgotamento dos recursos eventualmente cabíveis. Nesse sentido, a decisão definitiva exarada em processo administrativo fiscal não tem força de coisa julgada, dada a sua suscetibilidade de revisão pelo Poder Judiciário³.

Em relação ao parcelamento de débitos tributários previsto na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, tem-se que na Ação Ordinária n.º 0001881-97.2010.4.02.5002 (2010.50.02.001881-3) foi assim decidido, fls. 213-224:

SENTENÇA [1º Grau]

Ante o exposto, RESOLVO O MÉRITO, JULGANDO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, com fundamento no art. 269, I, do CPC, para declarar nulo o Ato Declaratório Executivo nº 01 de 19/02/2010 em relação à parte autora, de modo a tornar sem efeito a exclusão do PAES nele consubstanciada, e determinar sua reinclusão no referido programa, em conformidade à Lei n. 10.684/2003.

³ Fundamentação legal: inciso XXXV e inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, art. 78 do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 1.
Documento assinado digitalmente por FERNANDA FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 28/04/2015 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 27/04/2015 por FERNANDO FERREIRA CASTELLAN

DEFIRO, ademais, o pedido de antecipação de tutela, na forma dos arts. 273 e 461 do CPC, para que a parte ré promova, no prazo de 30 (trinta) dias, a reinclusão da autora no PAES, nos moldes em que lhe foi garantida a inclusão inicial, sob pena de multa no valor de R\$500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento.

Sem condenação em custas (art. 4º, Lei 9289/96).

Haja vista ter a parte autora decaído em parte mínima do pedido, condeno a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório (art. 475 do CPC).

Transitada esta em julgado e em nada mais sendo requerido, dê-se baixa e arquivem-se estes autos. [...]

PUBLICAÇÃO

CERTIFICO que o(a) r. sentença/ decisão/ despacho/ ato ordinatório retro foi disponibilizado(a) em 19/12/2013 nas páginas 314/315 do Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região, Seção Judiciária do Espírito Santo, tendo como data de publicação o dia 07/01/2014.

SENTENÇA [2º Grau]

Trata-se de Ação Ordinária/Tributária ajuizada pelo ARMAZEM E BAR OTAVARP LTDA em face da UNIÃO FEDERAL, já devidamente qualificados nos autos.

Às fls. 78/85 foi proferida Sentença com resolução do mérito, julgando procedente em parte o pedido autoral.

Irresignada, a União interpôs Recurso de Apelação às fls. 96/104, o qual foi recebido, conforme se nota da decisão de fl. 222.

Intimada a apresentar contrarrazões, a parte autora juntou a petição de fl. 226, limitando-se a requerer a desistência do feito, renunciando ao direito em que se funda o mesmo, haja vista a sua adesão ao benefício da Lei nº 11.941/2009.

Devidamente intimada a se manifestar a respeito do requerimento de fl. 226, a União Federal apresentou a petição de fl. 232, informando que não se opõe ao requerimento formulado pelo autor.

É o breve relatório. Decido.

Conforme já relatado, o autor renunciou o direito sobre o qual se funda ação.

Trata-se, a renúncia, de ato abdicativo manifestado pelo autor que tem por objeto o direito material em que encontra constituída a pretensão deduzida em juízo, razão pela qual não merece prosseguir o presente feito.

Atento aos princípios da instrumentalidade e da celeridade processual, HOMOLOGO A RENÚNCIA requerida pelo autor e JULGO EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, com fulcro no art. 269, V do Código de Processo Civil.

Sem custas, eis que já recolhidas inicialmente (fl. 53).

Ante a peculiaridade do caso figurado nos autos, deixo de condenar as partes em honorários advocatícios.

Após o trânsito em julgado, nada mais havendo, dê-se baixa e arquivem-se.

Publique-se. Intimem-se. [...]

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

CERTIFICO que a r. Sentença de fls. 233/234 transitou em julgado em 03/12/2014.

Sobre os efeitos da decisão judicial, tem cabimento citar o Código de Processo Civil, que prevê:

Art. 269. Haverá resolução de mérito: [...]

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Em se tratando de sentença definitiva, vale esclarecer que caracteriza-se como o ato judicial que resolve o mérito da demanda que tem por escopo encerrar a fase processual em dado grau de jurisdição. Na renúncia, a parte abdica da dedução em juízo de sua pretensão, caso em que não mais pode propor nova ação fundada no direito objeto de renúncia.

Como a sentença faz coisa julgada formal e material, a renúncia gera o efeito de afastar do mundo jurídico o direito sobre que se funda a ação de forma cabal.

Analisando as peças processuais verifica-se que o provimento jurisdicional originalmente anulou o "Ato Declaratório Executivo nº 01 de 19/02/2010 em relação à parte autora, de modo a tornar sem efeito a exclusão do PAES nele consubstanciada, e determinar novamente sua inclusão no referido programa, em conformidade à Lei n. 10.684/2003". Houve o trânsito em julgado da referida ação judicial em 03.12.2014, em que foi homologada a "desistência do feito, renunciando ao direito em que se funda o mesmo, haja vista a sua adesão ao benefício da Lei nº 11.941/2009".

Inferre-se que, no presente caso, de forma expressa, a Recorrente absteve-se do exercício do direito litigioso desde o seu nascedouro, inclusive no que se refere a sua inclusão mais uma vez no parcelamento especial. Por essa razão, não mais se pode afirmar que no trintídio após a ciência do ato de exclusão, os débitos que revelaram como a causa do feito fiscal estivessem a exigibilidade suspensa.

Assim, o parcelamento dos referidos débitos sofreu solução de continuidade, por força da renúncia do provimento jurisdicional favorável em primeiro grau. Observe-se que a referida decisão ainda estava sujeita ao duplo grau de jurisdição. Desse modo, em 09.11.2010 a Recorrente não estava acobertada pela suspensão da exigibilidade dos débitos que foram a causa excludente do Simples Nacional. A ilação designada pela defendente destaca-se como improcedente.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem

ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso⁴. A alegação relatada pela defendente, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade⁵.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

Declaração de Voto

Conselheiro Fernando Ferreira Castellani, Redator

Inicialmente, ressalto que a declaração de voto aqui manifestada representa as linhas gerais das razões apresentadas pelo Conselheiro Roberto Armond Ferreira da Silva, que participou do julgamento.

⁴ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

⁵ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

O ato administrativo impugnado exclui o Recorrente do regime simplificado do Simples, sob o argumento de que haviam inúmeros débitos tributários. O contribuinte faz prova de que tais débitos se encontravam com a exigibilidade suspensa, *ex vi* do art. 151, V do CTN, ou seja, havia a concessão de liminar, a qual foi posteriormente confirmada por sentença. Logo, os motivos ensejadores da exclusão do regime tributário inexisteriam.

O voto vencedor está lastreado no seguinte fundamento:

Analizando as peças processuais verifica-se que o provimento jurisdicional originalmente anulou o "Ato Declaratório Executivo nº 01 de 19/02/2010 em relação à parte autora, de modo a tornar sem efeito a exclusão do PAES nele consubstanciada, e determinar sua reinclusão no referido programa, em conformidade à Lei n. 10.684/2003". Houve o trânsito em julgado da referida ação judicial em 03.12.2014, em que foi homologada a "desistência do feito, renunciando ao direito em que se funda o mesmo, haja vista a sua adesão ao benefício da Lei nº 11.941/2009".

Infere-se que, no presente caso, de forma expressa, a Recorrente absteve-se do exercício do direito litigioso desde o seu nascedouro, inclusive no que se refere a sua reinclusão no parcelamento especial. Por essa razão, não mais se pode afirmar que no trintídio após a ciência do ato de exclusão, os débitos que revelaram como a causa do feito fiscal estivessem a exigibilidade suspensa.

Assim o parcelamento dos referidos débitos sofreu solução de continuidade, por força da renúncia do provimento jurisdicional favorável em primeiro grau, mesmo porque ainda estava sujeito ao duplo grau de jurisdição. Desse modo, em de 19.02.2010 a Recorrente não estava acobertada pela suspensão da exigibilidade dos débitos que foram a causa excludente do Simples Nacional. A ilação designada pela defendente destaca-se como improcedente.

(grifamos)

A questão da renúncia ao direito é fato novo, não constante nos motivos do ato de exclusão, logo não impugnado, portanto não objeto de apreciação pela Delegacia de Julgamento.

Concessa venia, como já adiantado essa questão, a renúncia ao direito, por força da desistência da ação, não consta no motivo declarado do ato administrativo, assim, há violação a *teoria dos motivos determinantes*, uma vez que se acrescenta novo motivo ao ato.

Além disso, malfez o contraditório e a ampla defesa, na medida em que impossibilita ao contribuinte o exercício do devido processo legal, ou seja, o direito de impugnar e de apresentar recurso, caso desejasse. Sem olvidar que o agente não é competente para a prática do ato, ou seja, os integrantes desse Conselho detêm competência para julgar a validade dos atos produzidos pelos agentes de fiscalização, não corrigi-los ou modificá-los.

Por outro ângulo de análise, a eficácia temporal, efeito *ex nunc* ou *ex tunc*, de um pedido de renúncia não deriva de lei, é uma construção doutrinária, assim, inexiste norma jurídica tratando especificamente do assunto.

Pois bem, no presente caso, se entendermos que o ato processual de renúncia retroage à propositura da ação, tal qual faz o voto vencedor, teremos por resultado o desaparecimento e por completo da causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, V do CTN), logo, o acerto do ato declaratório de exclusão do regime tributário do

SIMPLES. Em hipótese inversa, se compreendermos que o pedido de renúncia não retroagem no tempo, a liminar e a sentença - causa suspensiva da exigibilidade - se mantêm incólumes até a segunda sentença de homologação, nesse caso o ato declaratório de exclusão é inválido, porque a causa suspensiva de exigibilidade estaria vigente.

Data venia, entendo mais adequada a segunda hipótese; *primeiro*, por inexistir lei tratando especificamente do assunto, somente doutrina, a qual não vincula o julgador; *segundo*, A Código tributário Nacional, norma geral em matéria tributária, prevalece sobre as disposições do Código de Processo Civil, lei ordinária; *terceiro*, o Estado deve prestigiar e elevar a máxima potência o princípio da segurança jurídica, evitando a alteração, com efeitos retroativos, de regimes tributários ou mesmo atos constitutivos ou desconstitutivos de regimes; *quarto*, o princípio da razoabilidade é um vetor interpretativo das normas jurídicas que ampara as interpretações das situações gerais, em todos os campos do direito.

A aplicação da razoabilidade, no caso em tela, é adequada. O contribuinte agiu de forma a cumprir os requisitos legais para sua manutenção no Regime de Tributação Simplificado. Obteve provimento judicial suspensivo da exigibilidade, por força de deferimento de medida liminar, confirmada em sentença de procedência. Posteriormente, como condição para a adesão em programa de parcelamento estimulando pelo poder público, editado pela Lei 11.941/2009, apresentou pedido de renúncia no processo judicial em curso., por exigência expressa da legislação (art. 6 da Lei nº 11.941/2009).

Importante frisar: apresentou pedido de renúncia nos autos por exigência da Lei, para poder aderir ao programa incentiva pelo poder público.

Assim, não é razoável, justo, plausível ou jurídico que tal ato fundamente sua exclusão retroativa do regime do SIMPLES, a qual lhe acarretaria a inclusão automática no regime tributário do lucro real, com inúmeras obrigações acessórias, além da incidência de carga tributária imensamente maior. Acrescente-se a tais transtornos, o fato de que no cálculo do preço de seus serviços considerou a carga tributária do regime do SIMPLES, por conseguinte, o impacto econômico seria totalmente brutal.

Observo que esse tema não se restringe ao presente caso, uma vez que todos os contribuintes que procederam a adesão ao parcelamento especial da Lei nº 11.941/2009, *ex vi legis*, apresentaram renúncia em todas as ações que eventualmente discutiam créditos tributários sujeitos ao parcelamento. Aplicando o raciocínio dos efeitos retroativos, todos esses contribuintes, automaticamente, receberiam o benefício do parcelamento e, ao mesmo tempo, a consequência nefasta da obrigatória autuação decorrente da exclusão do Sistema de Tributação Simplificado e sujeição ao regime do lucro real ou arbitrado. Equivale a dizer, **a lei traz em seu bojo verdadeiro ardil para aqueles que aderirem ao programa de parcelamento.** Enfim, maltrato ao princípio da boa fé e a segurança jurídica.

Por tais motivos, voto em DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO, de tal modo a invalidar o ato administrativo de exclusão.

(assinado digitalmente)

Fernando Ferreira Castellani