



Processo nº	13884.722925/2015-43
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1201-004.549 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	08 de dezembro de 2020
Recorrente	COUTO GATTI COMERCIAL LTDA. – ME
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DÉBITOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA EXCLUSÃO.

A pessoa jurídica que possui débitos perante as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, e não comprova sua regularização no prazo legal, não pode permanecer no Simples Nacional, nos termos do arts. 17, V e 31, §2º da Lei Complementar 123/2006.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2016

NULIDADE. EFEITO COMPROMETEDOR DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA.

No âmbito do processo administrativo tributário prevalece o entendimento de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nessa linha, conforme salienta Leandro Paulsen, a nulidade não decorre especificamente do descumprimento de requisito formal, mas sim do efeito comprometedor do direito de defesa assegurado ao contribuinte pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal. Afinal, continua o autor, as formalidades não são um fim em si mesmas, mas instrumentos que asseguram o exercício da ampla defesa. Nesse contexto, a "declaração de nulidade, portanto, é excepcional, só tendo lugar quando o processo não tenha tido aptidão para atingir os seus fins sem ofensa aos direitos do contribuinte".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, para, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, André Severo Chaves (suplente convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

COUTO GATTI COMERCIAL LTDA. - ME, já qualificada nos autos, interpôs recurso voluntário em face do Acórdão 03-72.443, de 24 de janeiro de 2017, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Brasília/DF que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

2. Trata-se de exclusão do Simples Nacional em razão da existência de débitos com exigibilidade não suspensa perante a Fazenda Pública Federal, com efeitos a partir de 01/01/2016, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SJC nº 1798666, de 01/09/2015, com fundamento no inciso V do art. 17, inciso I do art. 29, inciso II do caput e § 2º do art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no inciso XV do art. 15 e alínea “d” do inciso II do art. 73 da Resolução CGSN nº 94, de 2011 (e-fls. 24).

3. O contribuinte tomou ciência do ato excludente em **11/11/2015** por meio de edital eletrônico (e-fls. 25).

4. Em sede de manifestação de inconformidade o contribuinte alegou cerceamento de direito de defesa e, por conseguinte, nulidade do ADE de exclusão.

5. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples Nacional, conforme ementa abaixo transcrita (e-fls. 41):

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Exercício: 2016

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

EXCLUSÃO. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS.

Consoante o que dispõe a legislação, é cabível a exclusão das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando da existência de débitos, sem exigibilidades suspensas, junto ao INSS ou, junto às Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

6. Cientificado da decisão de primeira instância em 02/02/2017, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 01/03/2017, e aduz que a “*impugnação dentro do prazo legal suspende a eficácia do ato declaratório executivo, não havendo que se falar a pagamento extemporâneo dos débitos por parte da RECORRENTE, mas sim em regularização dos débitos*”

antes do início do exercício seguinte". Reitera nulidade do "lançamento" e cerceamento do direito de defesa; (e-fls. 50 e seg.); falta de integração entre os entes da federação o que lhe impede de confessar e parcelar eventuais débitos. Por fim, requer o cancelamento do ADE, posto que as exigências tributárias nele constantes já foram integralmente sanadas, com a sua regular inscrição no Simples Nacional no exercício de 2016 que teria sido aceita pela RFB (e-fls. 49 e seg.).

7. É o relatório.

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

8. O recurso voluntário é tempestivo, porém dele conheço parcialmente em razão dos motivos elencados adiante. Passo à análise.

9. Cinge-se a controvérsia a verificar se os débitos que ensejaram a exclusão do Simples foram quitados dentro do prazo legal, de forma a elidir o ato excludente.

10. O Ato de Exclusão do Simples Nacional indicou débitos deste regime especial, com exigibilidade não suspensa, relativos aos períodos de apuração 03/2015 a 06/2015 (e-fls. 24). Assentou ainda que o ato excludente tornar-se-ia sem efeito caso tais débitos fossem pagos no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de ciência do referido ato, o que está em consonância a LC 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;

[...]

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 subseqüente ao da ciência da comunicação da exclusão;

[...]

§ 2º Na hipótese dos incisos V e XVI do **caput** do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão. (Grifo nosso).

11. *In casu*, a ciência do ADE, via edital, ocorreu em **11/11/2015** (e-fls. 25) e os débitos do Simples Nacional referentes aos períodos de apuração 05/2015 e 06/2015, conforme comprovantes extraídos dos sistemas da Receita Federal, foram quitados em **28/12/2015**; portanto, mais de 30 dias após a ciência do ADE (e-fls. 38).

12. A recorrente alega nulidade do “*lançamento*” em razão do cerceamento de direito de defesa. Aduz que a Fazenda Nacional “*suprimiu a fase de instauração de processo administrativo fiscal, conduzindo exigências tributárias decorrentes de meras informações prestadas pelo contribuinte, acabando-se por promover uma exigência tributária nula e inexistente, em sede de cerceamento do seu direito de defesa na fase administrativa*”.

13. Aduz ainda que as exigências tributárias que ensejaram a exclusão do Simples Nacional são nulas de pleno direito porquanto “*contrariam o Decreto 70.235, de 6 de março de 1972, em especial os artigos 9º, 14 e 59, bem como o inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal*”.

14. Inicialmente cumpre esclarecer que este feito não se refere à exigência tributária, mas sim a exclusão do Simples em razão de débitos declarados pelo contribuinte no âmbito do Simples Nacional.

15. Por conseguinte a irresignação não merece prosperar, pois as razões de recorrer são genéricas e desprovidas de argumentação jurídica. O recorrente limitou-se em sustentar que as exigências tributárias excludentes são nulas de pleno direito porquanto “*contrariam o Decreto 70.235, de 6 de março de 1972, em especial os artigos 9º, 14 e 59, bem como o inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal*”. No entanto, não aponta especificamente o motivo da nulidade e invoca questões constitucionais.

16. Observe-se ainda que no âmbito do processo administrativo tributário prevalece o entendimento de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Nessa linha, conforme salienta Leandro Paulsen, a nulidade não decorre especificamente do descumprimento de requisito formal, mas sim do efeito comprometedor do direito de defesa assegurado ao contribuinte pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal. Afinal, continua o autor, as formalidades não são um fim em si mesmas, mas instrumentos que asseguram o exercício da ampla defesa. Nesse contexto, a “**declaração de nulidade**, portanto, é **excepcional**, só tendo lugar quando o processo não tenha tido aptidão para atingir os seus fins sem ofensa aos direitos do contribuinte”.¹

17. Nestes termos, em razão não restar caracterizada nenhuma ofensa aos direitos da recorrente não há falar-se em nulidade do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional.

18. Portanto, sem razão à recorrente.

19. No tocante à violação de questões constitucionais, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 26-A do Decreto 70.235, de 1972, “*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*”. Tal posicionamento está em conformidade com a Súmula CARF nº 2, que caminha na mesma trilha:

¹ PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 475

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão nº 105- 14586, de 11/08/2004 Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005.

20. Com efeito, não conheço da matéria.

21. Alega ainda a recorrente falta de integração entre os entes da federação o que lhe impediria de confessar e parcelar eventuais débitos.

22. A falta de integração entre os entes federativos e eventual reflexo impeditivo no parcelamento de débitos são matérias que escapam ao objeto da controvérsia e que não compete a este Colegiado analisá-las. Portanto, de igual forma, também não merecem ser conhecidas.

23. Sustenta que interposta a impugnação resta suspensa a “*exigibilidade e eficácia*” do ato declaratório excludente. Por conseguinte, em razão de ter impugnado a matéria e regularizado os débitos antes do exercício de 2016, teria a prerrogativa legal de manter-se no regime simplificado, ao amparo do inciso III, do art. 151 do CTN. Para corroborar seu posicionamento defende que a RFB aceitou sua permanência do Simples Nacional no exercício 2016.

24. Novamente não assiste razão à recorrente. Nos termos do art. 39, §§ 5º e 6º da Lei Complementar nº 123, de 2006, regulamentado pelo art. 75, §3º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 2011, a manifestação de inconformidade no âmbito federal relativa a termo de indeferimento de opção pelo Simples Nacional ou de exclusão enquadra-se no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 do CTN. Com efeito, tal termo torna-se efetivo, no caso de impugnação, quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte. Veja-se:

Lei Complementar nº 123, de 2006

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

[...]

§ 5º A **impugnação** relativa ao **indeferimento** da opção ou à **exclusão** poderá ser decidida em órgão diverso do previsto no **caput**, na forma estabelecida pela respectiva administração tributária.

§ 6º Na hipótese prevista no § 5º, o **CGSN** poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso. (Grifo nosso)

Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 2011

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

[...]

§ 3º **Na hipótese de a ME ou EPP**, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, **impugnar o termo de exclusão**, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 121, de 08 de abril de 2015)

25. Portanto, o fato de a exclusão do Simples Nacional estar suspensa e o contribuinte ter regularizado o débito fora do prazo legal, mas antes do exercício seguinte não significa que teria a prerrogativa legal de manter-se no regime simplificado nesse exercício, como pretende fazer crer. Na espécie, deve ser observado se o contribuinte regularizou sua pendência dentro do prazo legal. A suspensão da exigibilidade não tem o condão de convalidar atos tal qual pretende a recorrente.

26. Enfim, como visto acima, a pessoa jurídica que possui débitos perante as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, e não comprova sua regularização no prazo legal, não pode permanecer no Simples Nacional, nos termos do arts. 17, V e 31, §2º da Lei Complementar 123/2006. No caso, como os débitos foram regularizados após o prazo legal da ciência do ato excluente, há de ser mantida a exclusão do Simples Nacional.

Conclusão

27. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior