



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13964.000619/2010-58
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-001.847 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 07 de julho de 2020
Recorrente HAMILTON RICKEN EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. REGULARIZAÇÃO DOS MOTIVOS ENSEJADORES. REINCLUSÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Constatando-se que a situação motivadora da exclusão prevista no inciso V, do Art. 17, da LC nº 123/2006 deixou de existir, com a regularização do débitos em tempo hábil a se realizar novo pedido de inclusão, cabe a autoridade julgadora determinar a sua reinclusão de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para considerar a reinclusão da contribuinte no Simples Nacional a partir de 01 de Janeiro de 2011.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), André Severo Chaves, Andréa Machado Millan e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 09-49.743, da 2ª Turma da DRJ/JFA, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, apresentada pela ora Recorrente, mantendo-se os efeitos da exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Transcreve-se, portanto, o relatório da supracitada DRJ, que resume o presente litígio:

“A contribuinte anteriormente qualificada apresentou impugnação contra sua exclusão de ofício do Simples Nacional, relativa ao ano-calendário 2011, motivada pela existência de débito com a RFB, cuja exigibilidade não se encontra suspensa.

Em sua defesa, alega inconstitucionalidade da base legal constante do ADE. Deveria ser oportunizado ao contribuinte parcelar sua dívida antes de uma exclusão sumária.”

A seguir, a transcrição da ementa do acórdão proferido pelo órgão julgador de 1ª instância:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO.

A empresa excluída do Simples Nacional por possuir débitos sem exigibilidade suspensa tem 30 dias, contados da comunicação da exclusão, para regularizá-los.

NULIDADE

Não há que se cogitar de nulidade do ato formal de exclusão do Simples emitido com estrita observância às disposições contidas no PAF.

INCONSTITUCIONALIDADE

A autoridade administrativa não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária, devendo, por ser sua atividade vinculada, aplicar a legislação vigente.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

No acórdão proferido pela DRJ, esta destacou as seguintes razões:

“Cabe observar que a impugnação deve conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui (art. 16, III, do PAF com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993), considerando-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante (artigo 17 do PAF com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997). Assim, motivações, tais como: problemas financeiros, falta de profissional especializado, desconhecimento ou não entendimento da legislação, entre outros, não constituem litígio a ser apreciado por essa instância administrativa.

Inconstitucionalidade

Registre-se que, como consta da súmula do CARF, a autoridade administrativa não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária, devendo, por ser sua atividade vinculada, aplicar a legislação vigente.

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

E não podia ser de forma diferente, uma vez que, segundo o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, no âmbito do processo administrativo fiscal, é “vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, exceto nas hipóteses previstas no § 6º do mesmo dispositivo, as quais não se aplicam ao caso vertente.

Em conformidade com essa vedação, a Portaria MF nº 341/2011, que disciplinou o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, determina que o julgador observe as normas legais e regulamentares (art. 116, III, da Lei nº 8.112/90), bem assim o entendimento da Receita Federal expresso em atos normativos.

Nulidade

Na manifestação de inconformidade são invocadas circunstâncias que, na visão do defendente, eivam de nulidade o ato administrativo.

Diante da alegação de nulidade, cumpre notar que não se verifica nesses autos qualquer das hipóteses previstas no art 59 do Decreto nº 70.235/72 (PAF):

Art. 59. São nulos;

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade do ato formal de exclusão do Simples emitida com estrita observância às disposições contidas no no PAF.

Ademais, prescreve o citado Decreto que:

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

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Numa leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a manifestação de inconformidade instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo.

Antes disso, não há que se falar em litígio ou cerceamento de direito de defesa.

Após a ciência da exclusão, a contribuinte tem o prazo de trinta dias para ter vista do inteiro teor do processo no Órgão Preparador e apresentar manifestação de inconformidade escrita, instruída com os documentos em que se fundamentar, exercitando seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Note-se que nenhum procedimento administrativo dificultou ou impediu o interessado de apresentar sua manifestação de inconformidade.

Importa destacar o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na disposição contida na Carta Magna fica estampado que só cabe arguir cerceamento do direito de defesa após instaurado o litígio, assim como no PAF que se reporta somente a despachos e decisões proferidos com cerceamento do direito de defesa.

Mérito

Cumpre então reproduzir parte dos 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.

Deve-se transcrever, ainda, a alínea d do inciso II do art. 3º e o inciso I do art. 5º, ambos da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 15, de 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 nº 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; Pela legislação acima, conclui-se que não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP que possuir débito junto à Fazenda Pública Federal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

A interessada tinha débitos e não efetuou a comunicação de exclusão obrigatória e, em consequência foi excluída de ofício.

A empresa não comprovou a regularização dos débitos motivadores da exclusão em tempo hábil, não havendo como permitir a sua permanência como optante pelo Simples Nacional.”

Cientificado da decisão de primeira instância em 27/02/2014 (Aviso de Recebimento à e-Fl. 20), inconformada, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 10/03/2014 (e-Fls. 21 a 39).

Em sede de recurso, a Recorrente alega, em síntese:

- i. Que por impossibilidade financeira não conseguiu efetuar os pagamentos dos débitos indicados no ADE dentro do prazo de 30 (trinta) dias, tendo apresentado a Impugnação administrativa, o que acarretou a suspensão dos efeitos da exclusão;
- ii. Que, assim que possível, realizou o pagamento de todos os débitos que ensejaram a exclusão do SIMPLES NACIONAL, na data de 31.12.2010 “como se verifica nos Comprovantes de Arrecadação ora apresentados cujos valores do principal são respectivamente de, R\$ 5.674,69, R\$ 3.147,69, R\$ 2.888,38, R\$ 4.581,70, R\$ 4.170,18, R\$ 2.179,52 e R\$ 2.807,84”;
- iii. Que em razão da instauração do processo administrativo não conseguiu requerer a inclusão para o ano-calendário 2011, tendo permanecido no Simples até 31.12.2013, oportunidade em que deixou o regime por opção própria;
- iv. Por fim, requer a reconsideração do ato que excluiu a empresa do Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto n.º 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

Tem-se que a controvérsia do presente caso reside na exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL (LC n.º 123/06), por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 437397, de 01.09.2010, em razão da constatação dos seguintes débitos para com a Fazenda Pública Federal:

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

Período de Apuração	Valor Originário*	Período de Apuração	Valor Originário*	Período de Apuração	Valor Originário*
07/2007	R\$ 5.674,69	08/2007	R\$ 3.147,69	09/2007	R\$ 2.868,38
12/2007	R\$ 4.581,70	01/2008	R\$ 4.170,18	02/2008	R\$ 2.179,62
03/2008	R\$ 2.807,84				

Como fundamento legal, enquadrado o ADE na vedação prevista no inciso V, do Art. 17, da LC n.º 123/2006, “in verbis”:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte: (Redação dada pela Lei Complementar n.º 167, de 2019)

(...)

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;**”

Ainda, quanto aos efeitos, o ADE determinou que se dariam a partir de 01.01.2011, em conformidade com o que dispõe o inciso IV do art. 31 da mesma legislação:

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

I - na hipótese do inciso I do **caput** do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de (...)

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;”

Compulsando-se a peça Recursal, verifica-se ser incontestável o fato de que a Recorrente não realizou a regularização dos débitos no prazo exigido pelo ADE, previsto no Art. 31, §2º, da LC n.º 123/2006.

Entretanto, a Recorrente demonstra ter efetuado o pagamento integral dos débitos constantes no ADE até a data de 30.12.2010, conforme comprovantes de arrecadação juntados aos autos (e-Fls. 26 a 32), e alega ter ficado impossibilitada de requerer a inclusão em razão da suspensão dos efeitos pela instauração do processo administrativo.

Analisando-se o caso, constata-se que o **ato de exclusão** da contribuinte fora devido, e efetivamente consumado após o transcurso do prazo de 30 (trinta) dias da notificação do ADE.

Todavia, observa-se que a Recorrente comprovou que realizou os pagamentos dos débitos que ensejaram a exclusão até a data de 30.12.2010.

Ademais, pelo Art. 2º, II, da Resolução CGSN n.º 58/2009, vigente à época, as empresas poderiam aderir ao regime simplificado até o último dia útil do mês de janeiro, ou seja, 31 de Janeiro de 2011, conforme verifica-se a seguir:

“Art. 2º A opção de que trata o art. 1º:

I – será irretratável para todo o ano-calendário;

II – para a empresa já constituída, deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, ressalvado o disposto no § 1º.”

Dessa forma, entendo que a situação vedada pelo o inciso V, do Art. 17, da LC n.º 123/2006 deixou de existir em tempo hábil para se realizar o pedido de uma nova inclusão para o mesmo ano-calendário, razão pela qual entendo fazer jus a contribuinte a **reinclusão** ao Simples Nacional a partir de 01 de janeiro de 2011.

Apesar de entender que o pedido de inclusão em regra compete ser apreciado pela DRF da unidade de origem, na presente situação a Recorrente ficou impossibilitada de requerer por conta da suspensão da exclusão, tornando-se possível a reinclusão de ofício por este órgão.

Ressalta-se que nesse mesmo sentido já decidiu, por unanimidade de votos, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão de n.º 9101-002.220, de relatoria da Conselheira Adriana Gômes Rego, à vista da ementa a seguir:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

Ementa:

SIMPLES. EXCLUSÃO. REINCLUSÃO DE OFÍCIO. ADMISSIBILIDADE.

Verificado que a situação motivadora da exclusão de ofício deixou de existir, estando o Ato Declaratório com seus efeitos suspensos desde a data da instauração da lide, deve a autoridade julgadora determinar tão somente o interregno de tempo em que teria surtido efeito a exclusão.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, dar provimento.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para considerar a reinclusão da contribuinte no Simples Nacional a partir de 01 de Janeiro de 2011.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves