



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.725949/2018-50
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.641 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 05 de outubro de 2021
Recorrente RAYTEL-TELEMÁTICA ENGENHARIA E COMÉRCIO EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A concessão de tutela antecipada é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, tornando-a fator motivador de impedimento à exclusão do Simples Nacional, não se aplicando o disposto no inciso V, do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça e Carlos Alberto Benatti Marcon.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

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/BHE/ nº 3206597, de 31.01.2018, com efeitos a partir de 1º de Janeiro de 2019, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fls. 30-31:

[...]

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, relacionados no Anexo Único a este Ato Declaratório Executivo (ADE), conforme disposto 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 14 de dezembro de 2006, e no inciso XV do art. 15 e alínea “d” do inciso II do art. 81 da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018.

Nome Empresarial: RAYTEL - TELEMATICA ENGENHARIA E COMERCIO EIRELI

Número de Inscrição no CNPJ: 97.423.339/0001-32

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2019, conforme disposto no inciso IV do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e inciso I do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

Art. 3º Considerar-se-á realizada a ciência no dia em que a pessoa jurídica consultar a mensagem disponibilizada em seu Domicílio Tributário Eletrônico do Simples Nacional (DTE-SN) ou, caso essa consulta ocorra em dia não útil, será considerado o primeiro dia útil seguinte, conforme disposto nos § 1º-A e § 1º-B do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Parágrafo único. Se a consulta não for efetuada em até 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da disponibilização dessa mensagem no DTE-SN, será considerada automaticamente realizada na data do término desse prazo, conforme disposto no § 1º-C do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 4º Caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica seja regularizada no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, ou mesmo antes da data de ciência, a exclusão tornar-se-á automaticamente sem efeito, ressalvada a possibilidade de emissão de novo ADE devido a outras pendências porventura identificadas, conforme disposto no § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e § 1º do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

Art. 5º A pessoa jurídica que desejar contestar a sua exclusão do Simples Nacional deverá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, impugnação dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de sua jurisdição, conforme disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e art. 121 da Resolução CGSN nº 140, de 2018, e nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Parágrafo único. Na hipótese de apresentação de impugnação tempestiva, o termo de exclusão somente se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, conforme disposto no § 3º do art. 83 da Resolução CGSN nº 140, de 2018, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 84 dessa Resolução.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a Manifestação de Inconformidade, a qual teve a Ementa e o Acórdão da 6ª Turma DRJ10 nº 110-001.270, de 14.10.2020, e-fls. 61-64, a seguir:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2019

DÉBITOS. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

A existência de débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, não regularizados no prazo legal, é causa de exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

ACÓRDÃO

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Cientifique-se o interessado, ressaltando-lhe o direito à interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no prazo de trinta dias, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

Recurso Voluntário

A Recorrente apresentou o Recurso Voluntário, e-fls. 67-77, em 23.11.2020, discorrendo sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge, importando mencionar que o recurso atende aos pressupostos de admissibilidade.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que(excertos):

[...]

I - DOS FATOS

[...]

I.2. Como já explicado nos autos, a Recorrente foi indevidamente inscrita no Cadin pelas CDAs de n.º 60.5.09.007275-77, 60.5.09.007681-76 e 60.5.09.007285-49, como corresponsável pelos débitos de um ex-sócio, que havia deixado a sociedade vários anos antes.

I.3. Inconformada, ajuizou a ação de n.º 0000221-73.2014.4.01.3800, em trâmite perante a 20ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais onde foi proferida por aquele D. Juízo decisão interlocutória concedendo à Recorrente o direito de ter expedida certidão positiva com efeito de negativa pela União Federal, mantendo seu regular funcionamento enquanto se discute o imbróglio.

I.4. Ocorre que, mesmo possuindo certidão vigente atestando sua regularidade fiscal, o Fisco insurge-se no sentido de exclusão da Recorrente do Regime Simplificado.

I.5. Assim, estando na iminência de ser arbitrariamente excluída do Simples Nacional, objetivando a preservação do seu direito contra ato da PFN/MG que almeja excluí-la do regime tributário mais benéfico de forma ilegal, a Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade.

I.6. Ocorre que, não obstante os fundamentos que foram trazidos a estes autos pela Recorrente que comprovam a insubsistência do aludido Ato Declaratório Executivo - ADE, a i. Turma julgadora a quo, seguindo o voto do Relator, os rejeitou, julgando procedente a acusação fiscal e decidindo pela manutenção do mencionado Ato que determinou a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

I.7. Entretanto, "concessa vênias", a referida decisão, não guarda a correta correspondência com os elementos demonstrados, nem, tampouco, com determinação legislativa vigente, pelo que se mostra necessário aviar o presente Recurso Voluntário.

II – DO DIREITO

Para melhor análise, necessária se faz a divisão do presente tópico em subtópicos, a saber:

II.1. DA REGULARIDADE FISCAL DA RECORRENTE – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

II.1.1 Conforme já exposto nos autos, a Lei Complementar nº 123/06 estipula que o contribuinte poderá ser excluído de ofício quando a comunicação obrigatória de alguma das causas de exclusão do Simples Nacional deixar de ser feita (art. 29, I c/c art. 30).

II.1.2. Por sua vez, o inciso V do art. 17 do mesmo diploma veda o ingresso no Simples Nacional à microempresa ou empresa de pequeno porte que possua débitos com a Fazenda Pública, quando sua exigibilidade não estiver suspensa.

II.1.3. Noutro passo, preconiza o art. 205 do CTN que será expedido ao interessado a certidão negativa de tributo, comprovando sua quitação. Em seguida, o art. 206 esclarece que “Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”.

II.1.4. Ou seja, quando o crédito for não vencido, estiver garantido ou com sua exigibilidade suspensa (art. 151, CTN), a certidão (positiva) terá os mesmos efeitos da certidão negativa.

II.1.5. No caso em tela, a Recorrente está sendo excluída do regime especial instituído pela Lei Complementar nº 123 de 2006, por haver contra si “débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, [...] conforme disposto 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...” (Ato Declaratório DRF/BHE nº 3206592).

II.1.6. Não obstante, a Recorrente teve proferida em seu favor tutela antecipada autorizando a expedição da certidão que alude o art. 206 do CTN, o que, como demonstrado, será expedida quando o crédito tributário estiver com sua exigibilidade suspensa, fulcro no art. 151, inc. V do mesmo diploma legal.

II.1.7. Evidente que, ao se determinar a expedição das certidões de regularidade fiscal em favor da empresa Recorrente, mesmo constando débitos inscritos, os quais, frise-se, ainda estão sendo discutidos na via própria, os mesmos se tornaram inexigíveis, requisito para a expedição da respectiva certidão, nos termos do art. 206 c/c art. 151, inc. V, ambos do CTN.

II.1.8. Incoerente a Receita Federal emitir certidão atestando a regularidade fiscal de alguém e, paralelamente, cobrar e penalizar alguém pela inadimplência dos mesmos débitos.

II.1.9. Deve, portanto, o Ato Declaratório DRF/BHE em questão ser declarado NULO, por não respeitar os requisitos legais para a exclusão de ofício do contribuinte, na medida em que eventual exclusão somente seria permitida em caso de modificação da situação de regularidade fiscal da Recorrente, como se daria com a constituição de outros débitos ou com a revogação da decisão judicial que lhe permitiu a emissão de certidões neste sentido.

II.1.10. No entanto, caso não seja o entendimento dos nobres julgadores deve, de forma subsidiária, ser o referido Ato Declaratório ser SUSPENSO até decisão final, com trânsito em julgado, do processo judicial de nº 0000221-73.2014.4.01.3800, em que se discute a legitimidade da Recorrente para responder pelas inscrições de nº 60.5.09.007275-77, 60.5.09.007681-76 e 60.5.09.007285-49.

II.2. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA – ART.170, PARÁGRAFO ÚNICO DA CF/88

II.2.1. Além dos elementos acima demonstrados, inegável que o DTE mencionado, na medida em que exclui o contribuinte do regime especial, cerceia a liberdade de organização e de exercício das atividades comerciais da Recorrente como forma de compeli-la ao pagamento de supostos débitos tributários, contrariando a jurisprudência e

doutrina pátrias, na medida em que obsta o exercício do direito constitucional de livre iniciativa.

II.2.2. Importante ressalta a sua inconstitucionalidade, porquanto a Administração Federal não tem competência para impedir e/ou condicionar o exercício de um direito garantido expressamente pela Constituição. Ao assim proceder, realiza uma insustentável inconstitucionalidade por ação, conforme a magistral exposição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, constitucionalista de escol, ao prelecionar:

“10 - Inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com elas são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.”

II.2.3. Ora, a Constituição Federal de 1988 elegeu como princípio constitucional a liberdade de exercício de atividade econômica, determinando no parágrafo único do art. 170 que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei.”

II.2.4. A liberdade de exercício de atividade econômica consagrada neste dispositivo é a mais ampla possível, não comportando exigência alguma, à exceção das previstas em lei. Deste modo, a Recorrente tem o direito de optar pelo regime tributário que melhor atende os seus interesses, quando estiver devidamente enquadrada nas hipóteses de admissão previstas em Lei.

II.2.5. Com efeito, o ato de exclusão baseado em fatos desguarnecidos de amparo legal não pode ser utilizado como coação ao contribuinte para o cumprimento de seus deveres para com o Estado, conforme ensina Hugo de Brito Machado:

“[...] Mesmo o contribuinte mais renitente na prática de infrações à lei tributária não pode ser proibido de comerciar. Mesmo aquele que tenha sido condenado, no juízo criminal competente, por prática de crime de sonegação de tributos, tem o direito de continuar exercendo o comércio, porque a lei não comina aos que cometem esse crime a pena de proibição do exercício do comércio.

Aliás, mesmo a lei penal, lei ordinária federal posto que à União compete legislar em matéria penal, não pode cominar a pena de cancelamento da inscrição do contribuinte, posto que estaria instituindo pena de caráter perpétuo, que a Constituição proíbe (CF/88, art. 5º, inc. XLVII, alínea ‘b’).”

II.2.6. Quem exercita atividade econômica, mesmo que não pague tributo, continua protegido pela garantia constitucional, devendo o Fisco, com respeito ao devido processo legal, valer-se dos procedimentos que a ordem jurídica oferece para constituir o crédito tributário e, por meio de ação de execução fiscal, cobrá-lo.

II.2.7. Por tais fundamentos, o Poder Judiciário há muito tem rechaçado as renitentes tentativas de coação para pagamentos perpetrados pelo Fisco, em sua voracidade arrecadatória, como revelam as súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal - STF que assim dispõe:

“Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo.

Súmula 547: Não é lícito à Autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”

II.2.8. Soma-se a isto o fato de que com a eleição da propriedade privada e sua respectiva função social como princípio da ordem econômica, o princípio do livre exercício econômico não mais poderá ser, no dizer de José Afonso da Silva, “considerada puro direito individual, relativizando-se o seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

II.2.9. Portanto, percebe-se nitidamente que DTE está impondo à Recorrente uma sanção nitidamente ilegal, impedindo-a de exercer seu direito à livre iniciativa privada, com fito de coagi-la ao pagamento do débito tributário, mesmo tendo atestada a sua regularidade fiscal pelo próprio fisco.

II.3. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

II.3.1. O princípio da proporcionalidade impõe ao legislador e ao administrador o dever de considerar a harmonia entre os meios e os fins colimados na função estatal cujo exercício lhes é imputado.

II.3.2. Inúmeros são os precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF que identificam a proporcionalidade e a razoabilidade como critérios que, necessariamente, devem ser observados pela administração pública ou privada, no exercício de suas funções típicas, porque vocacionais tais postulados a inibir e a neutralizar os abusos de poder, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos.

II.3.3. No tocante ao assunto, elucida José dos Santos Carvalho Filho:

“Tal hipótese, entretanto, sempre poderá ser analisada no que toca às causas, aos motivos e à finalidade do ato. Concluindo-se ausentes tais elementos, ofendidos estarão os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificando, em consequência, a invalidação do ato. Tais princípios [...] refletem poderosos instrumentos para enfrentar as condutas eivadas de abuso de poder, principalmente aquelas dissimuladas sob a capa da legalidade.”

II.3.4. A incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo, inclusive, foi objeto de explícita consagração por parte do art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da Lei nº 9.784, que exigiu adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações.

II.3.5. Não há dúvida: que o ADE guarda obediência aos elementos aqui demonstrados, sob pena de dar ensanchas a punições excessivas em relação aos fatos que as motivam.

II.3.6. Assim é que, caso o ato sancionador tenha sido praticado em desobediência aos princípios, ou não se mostre proporcional à infração praticada, poderá ser revisto, ou mesmo ter sua nulidade declarada pelo Poder Judiciário.

II.3.7. Esse é o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. Confere-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRATO ADMINISTRATIVO - UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - FUNDAÇÃO CEFETMINAS - DESCUMPRIMENTO - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL - PENALIDADE GRAVOSA - LIMINAR - SOBRESTAMENTO DA PENALIDADE - REQUISITOS - PRESENÇA - DEFERIMENTO - DECISÃO REFORMADA.

- Diante da desproporcionalidade entre as falhas cometidas pela CEFETMINAS, Fundação contratada para realização do Vestibular UEMG/2017, e a sanção aplicada pelo ente estadual contratante, mostra-se prudente a suspensão da penalidade, até o julgamento da ação originária. - Presentes os requisitos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, deve ser reformada a decisão que indeferiu o pedido liminar para determinar o sobrestamento da decisão administrativa que suspendeu temporariamente a

Impetrante do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual pelo prazo de doze meses. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.101356- 6/001, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/02/0019, publicação da súmula em 22/02/2019)

II.3.8. Como se infere, as sanções mais graves se adequam às condutas mais reprováveis, ou seja, a reprovabilidade da conduta do contratado traduz a aplicação de sanção proporcionada e correspondente.

II.3.9. A partir dessa análise, não restam dúvidas de que o ADE é claramente desproporcional, inexistindo fato gerador para uma sanção administrativa desse porte, ainda mais pelo fato de que a questão ainda está sendo discutida de modo judicial.

II.3.10. Ressalta-se que, como já explicado, os débitos inscritos em dívida ativa são objeto de decisão judicial e que a empresa possui decisão liminar vigente que lhe garante a regularidade fiscal.

II.3.11. Ademais, verifica-se através dos autos que a decisão administrativa baseou-se em inconsistências abstratas e sem apontamentos legais e objetivos.

II.3.12. Nesse compasso, ensina a professora Maria Sylvia Zanelli Di Pietro¹, proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar. Vejamos:

“A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.” (negritos nossos)

II.3.13. Quanto a razoabilidade, segundo o jurista Humberto Ávila, “a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece”²

II.3.14. Assim sendo, com base na Razoabilidade, Proporcionalidade e nas razões acima apresentadas, ressalta-se a necessidade de afastamento do ADE em questão, uma vez que incompatível com a realidade fática e legal, devendo ser determinada a anulação da decisão retro.

Finaliza requerendo o provimento do Recurso a fim de que a decisão seja totalmente reformada, diante da nulidade do Ato Declaratório em tela, uma vez que o mesmo não obedece os requisitos legais para a sua exclusão de ofício do Simples Nacional, ou então, na eventualidade, no mérito, que o citado Ato seja suspenso até a decisão final do processo judicial em que se discute a legitimidade dos débitos conforme inscrições nºs 60.5.09.007275-77, 60.5.09.007681-76 e 60.5.09.007285-49.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Benatti Marcon, Relator.

Tempestividade

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, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Assim, dele tomo conhecimento.

Da Exclusão do Simples Nacional

Em sua decisão, a 6ª Turma da DRJ10 julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, votando por manter a Recorrente excluída do Simples Nacional, tendo como base para essa decisão a resposta da PFN(e-fl.56) ao questionamento feito anteriormente, por meio do qual foi afirmado que a decisão judicial abrangeu somente a expedição de Certidão Positiva Com Efeitos de Negativa, mas não suspendeu a exigibilidade dos débitos. Veja o despacho a seguir:

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

Trata-se de encaminhamento de PA à PFN/MG para fins de informação sobre a situação da exigibilidade dos débitos da empresa RAYTEL em 2018. Em consulta ao sistema da dívida ativa, bem como ao relatório de pendências, constata-se que existia uma decisão judicial determinando a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, porém essa decisão não suspendeu a exigibilidade dos débitos (decisão judicial anexa). Assim, solicito ao SERDA a devolução deste PA à DRF.

Das Alegações da Recorrente

II.1. DA REGULARIDADE FISCAL DA RECORRENTE – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

A Recorrente alega que os débitos estariam com a exigibilidade suspensa em razão de decisão judicial, que mesmo constando débitos inscritos, os quais ainda estão sendo discutidos na via própria, os mesmos se tornaram inexigíveis, requisito para a expedição da respectiva certidão, nos termos do art. 206 c/c art. 151, inc. V, ambos do CTN.

E por essa razão, entende a Recorrente que tal fato não poderia obstar a sua continuação no Simples Nacional, devendo, portanto, o Ato Declaratório DRF/BHE em questão ser declarado nulo.

II.2. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA – ART.170, PARÁGRAFO ÚNICO DA CF/88

A Recorrente alega que é inegável que o Ato Declaratório(impropriamente nominado de DTE) na medida em que a exclui do regime especial, cerceia a sua liberdade de organização e de exercício das atividades comerciais, obstando seu direito constitucional de livre iniciativa.

Ressalta a inconstitucionalidade da medida de exclusão, uma vez que a Administração Federal não tem competência para impedir e/ou condicionar o exercício de um direito garantido expressamente pela Constituição.

Quanto a esse aspecto importa frisar que ao CARF não compete pronunciar-se sobre inconstitucionalidade da legislação tributária, conforme Súmula CARF nº 2:

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

II.3. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Alega a Recorrente, em síntese, que não restam dúvidas de que o Ato Declaratório é claramente desproporcional, inexistindo fato gerador para uma sanção administrativa desse porte, ainda mais considerando que a questão está sendo discutida judicialmente.

Reafirma que os débitos inscritos em dívida ativa são objetos de decisão judicial e que a empresa possui decisão liminar vigente que lhe garante a regularidade fiscal.

Ressalta a necessidade de afastamento do ADE, requerendo a anulação da decisão.

Conclusão

Como visto, a decisão da DRJ se baseou na informação fornecida pela Procuradoria da Fazenda Nacional-MG para manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

O argumento central para a decisão foi a de que a decisão judicial abrangeu somente a expedição de Certidão Positiva Com Efeitos de Negativa, mas não suspendeu a exigibilidade dos débitos.

No entanto, na decisão judicial(e-fls. 47-53) não se encontra a citação de que os débitos não foram suspensos.

Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, determinando a expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa em favor da Recorrente. Veja a seguir:

Pelo exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, para determinar a expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa em favor da autora, se inexistir outro impedimento que não o ora questionado.

Assiste razão à Recorrente ao se socorrer dos artigos 151, V e 206, do Código Tributário Nacional, para contestar a decisão da 1ª instância, os quais são reproduzidos a seguir:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; [\(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

[...]

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

O artigo 205, estabelece o seguinte:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

É de se concluir que a Recorrente se enquadra adequadamente nos dispositivos acima citados, tornando-os fatos motivadores de impedimento à sua exclusão do Simples Nacional, não se aplicando o disposto no inciso V, do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Diante do exposto, voto em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon