



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

**Processo n°** 19311.720535/2013-48  
**Recurso n°** 003.568 Voluntário  
**Acórdão n°** **2302-003.568 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 20 de janeiro de 2015  
**Matéria** CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NFLD  
**Recorrente** PRODUTOS ALIMENTÍCIOS MARCHIORI LTA - EPP  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2011

ATO ADMINISTRATIVO. AUTOEXECUTORIEDADE.

A Autoexecutoriedade é o atributo que autoriza a Administração Pública a executar, de imediato, os atos administrativos, sem a necessidade de ordem judicial prévia específica, inclusive mediante o uso da força, se necessário for.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 77.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

MANDADO DE SEGURANÇA. RENÚNCIA TÁCITA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo as contribuições previdenciárias patronais, porque a sociedade empresária não era inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liége Lacroix Thomasi – Presidente de Turma.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente de Turma), André Luís Mársico Lombardi, Leo Meirelles do Amaral e Arlindo da Costa e Silva.

## Relatório

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2011.

Data da lavratura dos Autos de Infração: 20/06/2013.

Data da Ciência dos Autos de Infração: 20/06/2013.

Tem-se em pauta Recurso Voluntário interposto em face de Decisão Administrativa de 1ª Instância proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande/MS, que julgou improcedente a impugnação oferecida pelo sujeito passivo do crédito tributário lançado por intermédio dos Autos de Infração de Obrigação Principal nº 51.038.267-3 e 51.038.268-1, consistentes em contribuições sociais a cargo da empresa destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a Outras Entidades e Fundos, incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e segurados contribuintes individuais que lhe prestaram serviços em cada mês, declaradas formalmente em GFIP, porém não recolhidas aos cofres da Seguridade Social, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 18/23.

De acordo com a resenha fiscal, através de consultas realizadas aos sistemas informatizado de dados da Receita Federal do Brasil foi constatado que a empresa Autuada não estava incluída na sistemática do SIMPLES Nacional, porém se declarava como empresa optante desse sistema simplificado nas suas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, no período verificado de 01/2011 a 12/2011 - inclusive 13º salário.

Através da análise dos documentos e informações obtidas pelo sistema de fiscalização da Receita Federal do Brasil a Fiscalização constatou ser indevido o enquadramento declarado pela empresa em suas GFIP como empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, período verificado: de 01/2011 a 12/2011. A empresa não consta cadastrada como optante deste regime.

De fato, o Contribuinte em tela impetrou mandado de segurança nº 0009214-28.2011.4.03.6105 perante a Justiça Federal – Subseção Judiciária de Campinas/SP, com pedido de prolação de ordem judicial que determinasse a autoridade impetrada a suspender os efeitos do ato declaratório executivo que a excluiu do Simples Nacional.

O pedido de liminar concedendo o efeito suspensivo foi indeferido.

Sentença com solução de mérito, de 04/10/2011, julgou o pedido improcedente.

A Apelação interposta pelo contribuinte houve-se por recebida, tão somente, em seu efeito devolutivo, não no suspensivo, estando ainda pendente de julgamento.

Assim, pelo fato de a empresa não estar incluída no SIMPLES nacional, são devidas, além das contribuições dos segurados, as contribuições correspondentes à parte patronal, inclusive a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e as contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos, incidentes sobre o total das remunerações pagas aos seus segurados.

A base de cálculo utilizada foi obtida através da GFIP (Base Declarada em GFIP pelo contribuinte) e encontra-se discriminada mensalmente na planilha anexa ao relatório fiscal.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o sujeito passivo apresentou impugnação a fls. 66/71.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande/MS lavrou Decisão Administrativa aviada no Acórdão nº 04-35.091 – 4ª Turma da DRJ/CGE, a fls. 102/107, julgando procedente o lançamento e mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

O Sujeito Passivo foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 16/04/2014, conforme Aviso de Recebimento a fl. 110.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 111/116, respaldando seu inconformismo em argumentação desenvolvida nos termos que se vos seguem:

- Que a exclusão da empresa do Simples Nacional se encontra *sub judice*;
- Que enquanto não houver sentença definitiva transitada em julgado, que exclua a empresa do regime do Simples Nacional, o crédito tributário pretendido não se reveste de certeza e liquidez;
- Que a empresa foi excluída indevidamente do Simples Nacional;
- Que a exclusão da empresa ocorreu em 2011, sendo assim, a exclusão somente produzirá efeitos a partir de 1º de Janeiro do ano-calendário subsequente, ou seja, somente a partir de 1º de janeiro de 2012, nos termos do artigo 31, I, da Lei Complementar nº 123/2006. Aduz que, por isso, os débitos referentes ao período de 01/2011 a 12/2011 são indevidos;

Ao fim, requer que as contribuições ora lançadas sejam reconhecidas como indevidas.

Relatados sumariamente os fatos ora relevantes.

## Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

### 1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

#### 1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 16/04/2014. Havendo sido o recurso voluntário protocolizado em 07/05/2014, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Ante a inexistência de questões preliminares a serem dirimidas, passamos diretamente ao exame do mérito.

### 2. DO MÉRITO

Cumpra de plano assentar que não serão objeto de apreciação por este Colegiado as matérias não expressamente impugnadas pelo Recorrente, as quais serão consideradas como verdadeiras, assim como as matérias já decididas pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não expressamente contestadas pelo sujeito passivo em seu instrumento de Recurso Voluntário, as quais se presumirão como anuídas pela Parte.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as questões de fato e de Direito referentes a matérias substancialmente alheias ao vertente lançamento, eis que em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho, assim como as questões arguidas exclusivamente nesta instância recursal, antes não oferecida à apreciação do Órgão Julgador de 1ª Instância, em razão da preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

#### 2.1. DO ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES

Alega o Recorrente que a empresa foi excluída indevidamente do Simples Nacional. Aduz que a exclusão da empresa do Simples Nacional se encontra *sub judice* e que, enquanto não houver sentença definitiva transitada em julgado, que exclua a empresa do regime do Simples Nacional, o crédito tributário pretendido não se reveste de certeza e liquidez.

Razão não lhe assiste.

Mostra-se indispensável trazer a lume, inicialmente, que o ato administrativo é conceituado como todo ato lícito praticado pela Administração Pública que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos com finalidade pública. Trata-se, portanto, de toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo como tal, ou agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Dessarte, o objeto do ato administrativo consubstancia-se na criação, modificação ou extinção de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas a ação do Poder Público.

Autores de nomeada identificam nos atos administrativos determinados atributos que os diferenciam dos atos jurídicos em geral. Divergências doutrinárias à parte, são atributos do ato administrativo a presunção de legalidade e legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e autoexecutoriedade.

A Autoexecutoriedade é o atributo que faz com que os atos administrativos possam ser executados de imediato, sem a necessidade de uma ordem judicial prévia, inclusive mediante o uso da força, se necessário for. Essa possibilidade decorre da presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo e da necessidade que algumas atuações administrativas têm de ser ágeis e imediatas visando preservar a coletividade.

No fabuloso dizer de Hely Lopes Meirelles (*in* Direito administrativo brasileiro, 20ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 100), a autoexecutoriedade deve ser entendida como um verdadeiro poder administrativo, uma prerrogativa posta à consecução do interesse coletivo (objetivo primário da existência da Administração Pública) e um dos “*instrumentos de trabalho adequados à realização das tarefas administrativas*”.

A autoexecutoriedade é, portanto, o atributo indispensável do ato administrativo para a persecução do interesse público e o mecanismo por intermédio do qual o Poder Público também deve perseguir esse interesse.

A autoexecutoriedade encontra o seu espaço no âmbito dos poderes administrativos, exatamente por ser uma prerrogativa pública posta em razão de um regime jurídico administrativo orientado para a consecução do interesse coletivo. Assim, estando o Poder Público submetido ao regime de prerrogativas, tal Poder se afirma a partir sujeições e restrições ou de limites postos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos administrados. Exsurge daí a dicotomia do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração.

Nessa vertente, em contrapartida à prerrogativa da autoexecutoriedade dos atos administrativos, assinados pelo Poder Público visando ao interesse coletivo, existirá sempre a subsunção necessária à legalidade, sob pena do controle judicial preventivo ou repressivo, quando provocado pelo administrado.

Nessa esteira, sendo o Ato de Exclusão do Simples Nacional um ato administrativo por excelência, este goza de presunção de legitimidade e legalidade, bem como possui a prerrogativa da autoexecutoriedade, prescindindo de qualquer provimento judicial para a produção dos efeitos que lhe são próprios.

No caso em comento, a empresa foi excluída do simples pelo Ato Declaratório Executivo DRF/JUN nº 439666 de 1º de setembro de 2010, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2011. A empresa interpôs, então, recurso voluntário em face do Ato

Declaratório Executivo DRF/JUN nº 439666/2010, o qual se houve por indeferido, tendo sido a empresa intimada da decisão em 13/04/2011, conforme Comunicação DRF/JUN/SEORT nº 182/2011. A exclusão tornou-se definitiva administrativamente, conforme consta do processo 13836.000593/2010-11.

Por tal razão, a contar de 01/01/2011, por força do Ato Declaratório Executivo DRF/JUN nº 439666/2010, a empresa ora recorrente não mais se encontrava albergada pelo regime jurídico do Simples Nacional, se submetendo, portanto, a todas as obrigações tributárias previstas na Lei nº 8.212/91.

Conforme já salientado alhures, a presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo possui natureza relativa, podendo ser posta em *xeque* tanto na via administrativa, pela própria administração pública ou pelo administrado, quanto na esfera judicial, por aquele que tenha legitimidade para tanto.

No caso em apreço, não obtendo sucesso na Instância Administrativa, o Autuado ingressou na Instância Judicial, em 28/07/2011, mediante o ajuizamento do Mandado de Segurança nº 0009214-28.2011.4.03.6105 perante a Justiça Federal – Subseção Judiciária de Campinas/SP, querendo ao fim:

- a) de forma LIMINAR, a manutenção da Impetrante no regime tributário do Simples Nacional, afastando a pretensão da autoridade coatora no tocante a sua exclusão em razão da falta de pagamento de seus débitos em única parcela;*
- b) de forma LIMINAR, a inclusão da Impetrante no parcelamento ordinário de débitos federais, instituído pela Lei nº 10.522/2002, referente aos débitos do Simples Nacional devidos;*
- c) de forma LIMINAR, determinar a expedição pela autoridade coatora de Certidão Positiva de Débitos, com efeitos Negativos, até final do processo, para que possa exercer suas atividades essenciais;*
- d) de forma LIMINAR, a suspensão da exigibilidade do débito tributário, em razão do parcelamento perseguido;*
- e) de forma LIMINAR, determine que a autoridade coatora se abstenha de promover atos de restrição de crédito, desautorizando o envio ou inclusão da Impetrante junto aos Órgãos de proteção ao crédito, tais como no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal - CADIN; e*
- f) no mérito, seja concedida a segurança, tornando definitivas as medidas liminares pleiteadas, evitando que a Impetrante sofra prejuízos de monta ao serem impedidos de licitar e gerenciar negócios, atividades atinentes à própria essência da empresa.*

Não se deslembre que a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, importa renúncia às instâncias administrativas, bem como desistência de eventual recurso já interposto, a teor do §3º do art. 126 da Lei nº 8.213/91, e da Súmula nº 1 do CARF.

**Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**

*Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)*

(...)

*3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.*

**Súmula CARF nº 1:**

*Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

Na Instância Judicial, Sentença datada de 04/10/2011, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0009214-28.2011.4.03.6105, publicada no Diário Eletrônico de sentença em 06/10/2011, pag 58/88, indeferiu a medida liminar pretendida e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos formuladas pela Produtos Alimentícios Marchiori Ltda, consignando, expressamente, na fundamentação da sentença, como regular o ato declaratório executivo de exclusão da impetrante do Simples Nacional.

E diga a doutra Sentença, *ad litteris et verbis*:

*“Cuida-se de mandado de segurança impetrado por PRODUTOS ALI-MENTÍCIOS MARCHIORI LTDA, qualificada nos autos, em face de ato do DELE-GADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS-SP. Deduz pedido de prolação de ordem judicial que determine à autoridade impetrada suspenda os efeitos de ato declaratório executivo, que a excluiu do Simples Nacional. Advoga a possibilidade de parcelamento dos débitos anotados no ato declaratório referido, nos moldes como previsto pela Lei 10.522/2002, o que possibilitaria a sua permanência no regime de tributação simplificado. Com a inicial foram juntados os documentos de ff. 12-22. **O pedido liminar foi indeferido (f. 25).** Notificada, a autoridade impetrada prestou informações às ff. 37-42. Informa que a existência de pendências tributárias em nome da impetrante impede a sua permanência no Simples Nacional, sendo legítimo o ato declaratório de exclusão, ora impugnado. Refere a impossibilidade, por ausência de previsão legal, de acolhimento do pedido de parcelamento nos moldes como pretendido pela impetrante, uma vez que os débitos relativos ao Simples Nacional contam com regramento particular e específico regulado pela LC nº 123/06. Instado, o Ministério Público Federal manifestou inexistência de interesse público a justificar sua manifestação meritória no writ (f. 45). Vieram os autos conclusos para sentença.*

*Relatei.*

[...]

*Com efeito, os requisitos e termos para o parcelamento de débitos tributários devem ser objeto de lei, como de fato o são pelos sucessivos diplomas normativos criadores de programas de parcelamentos tributários. Ora, tendo optado pelo regime tributário do Simples Nacional, não pode a impetrante, agora, a seu critério de conveniência e oportunidade, querer valer-se da sistemática prevista pela Lei nº 10.522/2002, válida para as situações gerais em que não se incluem as empresas optantes do regime tributário específico do Simples Nacional, que tem regramento na Lei Complementar nº 123/2006. Tal pretensão viola mesmo o princípio da legalidade tributária estrita. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente: "(...) Nos termos do art. 558 do CPC, a suspensão da eficácia de decisão agravada encontra-se condicionada à presença de dois fatores: a relevância da fundamentação e a configuração de situação que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, que, neste aspecto, deve ser certa e determinada, capaz de comprometer a eficácia da tutela jurisdicional. No caso dos autos, a agravante não demonstrou a presença dos requisitos legais aptos à suspensão da decisão recorrida. Com efeito, presente na decisão a análise dos pressupostos para a concessão da medida pleiteada, preserva-se neste momento processual a cognição desenvolvida pelo Juízo de origem como mecanismo de prestígio às soluções postas pelo magistrado, privilegiando-se a decisão proferida na medida em que, quando do julgamento do processo, o juiz poderá analisar todas as questões difundidas com o ajuizamento do mandado de segurança. Nesse sentido, a redação do artigo 10 da Lei nº 10.522/02 prevê parcelamento abrangente envolvendo apenas os débitos relacionados com a Secretaria da Receita Federal do Brasil e inscritos em Dívida Ativa da União. Por seu turno, a sistemática do Simples Nacional - prevista na Lei Complementar nº 123/2006, inclui, além de tributos federais, tributos estaduais e municipais, mediante regime único de arrecadação. Dessa forma, evidencia-se, ao menos neste juízo de cognição sumária, que o parcelamento previsto na Lei nº 10.522/02 não permite a inclusão de outros tributos além daqueles indicados pela lei ordinária indicada. Ressalte-se que a inscrição no SIMPLES é uma faculdade do contribuinte, cabendo a ele analisar as vantagens ou desvantagens de sua inclusão no programa para o desenvolvimento de sua atividade empresarial, porquanto o sistema impõe determinadas restrições. Não se pode pretender a efetivação de sistema híbrido em que a agravante se favoreça dos benefícios da tributação pelo regime comum com as facilidades do SIMPLES. Considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, mormente neste momento de apreciação de efeito suspensivo ao recurso, tenho que a agravante não demonstrou a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada. Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado (...)."[TRF - 3ª R.; AI 0003131-75.2011.4.03.0000; Sexta Turma; Julg. em 16.03.2011; DJF3 de 18.03.2011, Rel. Des. Fed. Mairan Maia]*

*O valor em si mesmo do princípio da legalidade tributária estrita já é suficiente para negar procedência à pretensão da impetrante de parcelamento particular e específico, por provimento judicial, de seus débitos tributários - haja vista, como já dito, a inexistência de*

*norma legal autorizadora da postulação. À falta de lei para parcelamento nos termos pretendidos pela impetrante, é regular o indeferimento administrativamente do pedido de parcelamento formulado. A procedência de seu pedido à autorização judicial para parcelamento tributário individual, ademais, violaria o princípio constitucional da isonomia, pois declinaria a ela tratamento tributário favorecido não oferecido a todos os demais contribuintes optantes do Simples em situação de inadimplência. Por último, observo que a impetrante já se beneficia de parcelamento regado pela legislação do SIMPLES (artigo 79 da LC 123/06). Assim, como já dito, não lhe cabe eleger o parcelamento que melhor lhe agrade, valendo-se de regras de um e outro sistema e criando, assim, uma terceira, própria e inexistente legislação. Por tudo, caracterizada a regularidade do ato declaratório executivo de exclusão da impetrante do Simples Nacional, entendo por denegar a ordem.*

*DISPOSITIVO.*

*Diante do exposto, denego a ordem, resolvendo o mérito da impetração nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem condenação honorária de acordo com o artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e súmulas nº 512/STF e 105/STJ. Custas na forma da lei. Após o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

Inconformada, a Impetrante interpôs recurso de apelação, o qual se houve por recebido, tão somente, em seu efeito devolutivo, consoante Despacho publicado no Diário Eletrônico de despacho, em 02/02/2012 ,pag 122/125, *in verbis*:

*“1. Recebo a apelação do Impetrante em seu efeito devolutivo, nos termos do artigo 14, parágrafo 3º, da Lei 12.016/2009”.*

Assim, não tendo a demanda judicial obstruído os efeitos do Ato Declaratório Executivo de Exclusão da Impetrante do Simples Nacional ora em questão, este permanece hígido e eficaz, conforme asseverado pela Sentença de mérito, produzindo todos os efeitos que lhe são de estilo, em louvor ao atributo da autoexecutoriedade que lhe é típico.

Não procede, portanto, a alegação de que a exclusão da empresa do Simples Nacional estaria *sub judice*, tampouco a de que, enquanto não houver sentença definitiva transitada em julgado, que exclua a empresa do regime do Simples Nacional, o crédito tributário pretendido não se revestiria de certeza e liquidez.

Os efeitos da exclusão do Simples Nacional decorre diretamente do atributo da autoexecutoriedade do Ato Declaratório Executivo de Exclusão da empresa do Simples Nacional, prescindindo de qualquer provimento judicial para a produção dos seus efeitos de estilo.

Eventual demanda judicial poderia cassar tais efeitos, caso fossem verificados vício de legalidade no ato administrativo em questão. Tal fato não veio a ocorrer. Ao contrário, a sentença de mérito ratificou a regularidade do ato administrativo em tela enquanto que a apelação apenas houve-se por recebida em seu efeito devolutivo, não obstando, de maneira alguma, os efeitos do ato administrativo em realce.

A tal conclusão também converge a Súmula do CARF nº 77

**Súmula CARF nº 77:**

*A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.*

Também não procede a alegação de que a empresa teria sido excluída indevidamente do Simples Nacional.

Ao ingressar na Esfera Judicial, a Recorrente abdicou tacitamente, por força de lei, à Instância Administrativa, de maneira que a Administração Pública assim como o Recorrente passaram a se submeter à sorte do provimento judicial em foco.

Todavia, no Foro Judiciário houve-se por indeferido o pedido de medida liminar, e a sentença de mérito julgou improcedentes os pedidos formulados pela Impetrante, ratificando, expressamente, a regularidade do Ato Declaratório Executivo de Exclusão da empresa do Simples Nacional, enquanto que a apelação apenas houve-se por recebida em seu efeito devolutivo, não obstante, de maneira alguma, os efeitos do ato administrativo em realce.

Não procede, igualmente, a alegação de que a exclusão da empresa do Simples Nacional somente produziria efeitos a partir de 1º de Janeiro do ano-calendário subsequente, ou seja, somente a partir de 1º de janeiro de 2012, nos termos do artigo 31 da Lei Complementar nº 123/2006.

As hipóteses vertidas no art. 31 da Lei Complementar nº 123/2006 se referem, apenas e tão somente, aos casos em que a exclusão do Simples Nacional se deva a comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, não se aplicando aos casos de exclusão de ofício.

**Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**

*Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, **mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte**, dar-se-á: (grifos nossos)*

*I - por opção;*

*II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou*

*III - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário de início de atividade, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período, em relação aos tributos e contribuições federais, e, em relação aos tributos estaduais, municipais e distritais, de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), também multiplicados pelo número de meses de funcionamento no período, caso o Distrito Federal, os Estados e seus respectivos Municípios tenham adotado os limites previstos nos incisos I e II do art. 19 e no art. 20, ambos desta Lei Complementar.*

§1º *A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:*

*I - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro;*

*II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;*

*III - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente ao do início de atividades.*

§2º *A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor.*

*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 janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo; (grifos nossos)*

*II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;*

*III - na hipótese do inciso III do caput do art. 30 desta Lei Complementar:*

*a) desde o início das atividades;*

*b) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, na hipótese de não ter ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite proporcional de que trata o § 10 do art. 3º desta Lei Complementar, em relação aos tributos federais, ou os respectivos limites de que trata o § 11 do mesmo artigo, em relação aos tributos estaduais, distritais ou municipais, conforme o caso;*

*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.*

§1º *Na hipótese prevista no inciso III do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a microempresa ou empresa de pequeno porte não poderá optar, no ano-calendário subsequente ao do início de atividades, pelo Simples Nacional.*

§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.*

§3º *A exclusão do Simples Nacional na hipótese em que os Estados, Distrito Federal e Municípios adotem limites de receita bruta inferiores a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) para efeito de recolhimento do ICMS e do ISS seguirá as regras acima, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.*

§4º *No caso de a microempresa ou a empresa de pequeno porte ser excluída do Simples Nacional no mês de janeiro, na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, os efeitos da exclusão dar-se-ão nesse mesmo ano.*

§5º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, uma vez que o motivo da exclusão deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício no caso do inciso I do caput do art. 29 desta Lei Complementar, o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, limitado, porém, ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir.

A exclusão de ofício, como assim se revela o caso dos autos, é regida pelo art. 29, I, c.c. art. 30, II, c.c. art. 17, V, todos da Lei Complementar nº 123/2006.

**Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 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. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:*

*I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;*

*II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;*

*III - for oferecida resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde desenvolvam suas atividades ou se encontrem bens de sua propriedade;*

*IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;*

*V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;*

*VI - a empresa for declarada inapta, na forma dos arts. 81 e 82 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores;*

*VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;*

*VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;*

*IX - for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;*

*X - for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou*

*industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade.*

*XI - houver descumprimento da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 desta Lei Complementar;*

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

*§1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.*

*§2º O prazo de que trata o §1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.*

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

*§4º (REVOGADO);*

*§5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.*

*§6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput deste artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.*

*§7º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a notificação de que trata o §6º deste artigo poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão, cabendo ao Comitê Gestor discipliná-la com observância dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica.*

*§8º A notificação de que trata o §7º deste artigo aplica-se ao indeferimento da opção pelo Simples Nacional.*

No caso dos autos, a empresa se encontrava em débitos perante o Simples Nacional nas competências de março a dezembro de 2008, com exigibilidade não suspensa, conforme relacionados no Ato Declaratório Executivo DRE/JUN nº 439666/2010, a fl. 05 do PAF nº 13836.000593/2010-11.

A existência de débitos com a Fazenda Pública Federal e o INSS, com exigibilidade não suspensa, constitui-se situação de vedação de opção pelo Simples Nacional, a teor do art. 17, V, da Lei Complementar nº 123/2006, situação essa que deveria ser comunicada pela Empresa Optante à Fazenda Pública até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação, nos termos do art. 30, II e §2º, II, da Lei Complementar nº 123/2006.

Nesses casos, caso houvesse havido tal comunicação, a exclusão do Simples Nacional se daria a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva, conforme assim disposto no art. 30, II, da Lei Complementar nº 123/2006, e não a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, como assim advoga o Recorrente.

Todavia, como não se sucedeu a comunicação obrigatória, deu-se a exclusão da empresa do Simples Nacional por ato de ofício, com fulcro no art. 29, I, c.c. art. 30, II, c.c. art. 17, V, todos da Lei Complementar nº 123/2006.

### **3. CONCLUSÃO:**

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do Recurso Voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, Relator.