



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

Processo nº 10865.003478/2008-31
Recurso nº
Resolução nº **1803-000.140 – Turma Especial / 3ª Turma Especial**
Data 25 de março de 2015
Assunto PER/DCOMP - DILIGÊNCIA
Recorrente NIITSU & CIA LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em realização de diligência, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora e Presidente

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

RELATÓRIO

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/LIM/SP nº 370.301, de 22.08.2008, fl. 06, com efeitos a partir de 01.01.2009, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, relacionados no item "Pessoa Jurídica", assunto "Simples Nacional", do Sítio da Secretaria da Receita Federal do

Brasil na internet, no endereço eletrônico <www.receita.fazenda.gov.br>, conforme disposto no inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e na alínea "d" do inciso II do art. 32, combinada com o inciso I do art. 52, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007:

Nome Empresarial: NIITSU & CIA LTDA ME CNPJ. 73.043.705/0001-60 Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 12 de janeiro de 2009, conforme disposto no inciso IV do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 3º Tomar-se-á sem efeito a exclusão, caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica sejam pagos ou parcelados no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE).

Cientificada em 16.09.2008, fl. 17, a Recorrente apresentou a impugnação, fl. 04, com os argumentos a seguir discriminados:

1-) Um dos motivos para o recebimento do Ato Declaratório Executivo da exclusão do supersimples é a dívida que a empresa tem com a Previdência Social, IP 00000003982662008.

2-) A empresa no presente momento está com dificuldades financeira para recolher o débito em 30 dias a partir da data do recebimento da exclusão, procuramos junto a Receita Federal a possibilidade de parcelamento, o que não é possível até o momento, pois se trata de valor de INSS descontado de segurados.

3-Diante dos fatos argumentamos: Embora a Lei Complementar 123/2006, diga que "não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do Simples nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte 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", a alínea "d" do inciso III do artigo 146 da Constituição/1988, que está acima de todas as outras leis, não fala que o regime simplificado está subordinado à condição financeira das empresas. "Ao instituir que empresas em débito com a Receita serão excluídas do regime, a Lei Complementar 123 contrariou a Constituição, impondo um limite que ela não prevê".

4- Sendo assim solicitamos que até o julgamento desta contestação do Ato Declaratório Executivo (ADE) o mesmo seja suspenso.

Está registrado como ementa do Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/BEL/PA nº 01-27.190, de 19.09.2013, fls. 24-27:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2009 SIMPLES NACIONAL. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS. EXCLUSÃO.

Se os débitos motivadores da exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional não foram regularizados dentro do prazo legal, deve-se manter a exclusão.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos legais. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Sem Crédito em Litígio Notificada em 12.11.2013, fl. 30, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 06.12.2013, fls. 32-33, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Acrescenta que:

I - OS FATOS

Nosso processo de inconformidade com a exclusão do simples nacional a partir de 01/01/2009 contra o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/LIM nr. 370.301 de 22/08/2008, foi considerado improcedente, pois não comprovamos o pagamento do débito relativo ao INSS gerador de nossa exclusão que não foi pago devido a dificuldades financeira da empresa ou a existência de alguma condição para suspensão de sua exigibilidade o qual também até aquela data não havia previsão legal para possibilidade de parcelamento do débito do INSS.

II - O DIREITO

Em 2009 houve a possibilidade de solicitarmos o parcelamento do débito do INSS através da Medida Provisória 449 de 2008 artigo 1º. Conforme anexado Recibo de Solicitação de Benefícios para dívidas de pequeno valor datado de 27/03/2009-Recibo nr. 00062999892934956480, transformada em Lei nr 11.941 de 27/05/2009 confirmando o parcelamento através do Recibo de Pedido de Parcelamento da Lei nr. 11.941 de 27 de maio de 2009 datado de 25/11/2009-Recibo nr.00062999892934956930.

Como observam quando surgiu a primeira oportunidade para nossa empresa com grandes dificuldades financeiras regularizar tais débito imediatamente fizéssemos através da solicitação do parcelamento.

III - A CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se a exclusão do simples nacional a partir de 01/01/2009.

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

É o Relatório.

VOTO

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

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

Sobre a realização de todos os meios de prova, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos¹.

Privilegiando o princípio da verdade material, em sede de segunda instância de julgamento, cabe identificar se o débito previdenciário IP nº 3982662008, no valor de R.\$4.807,00, fl. 16, foi objeto de pagamento ou parcelamento, porque esse está identificado como causa da situação excludente. Essa providência tem o escopo de apurar se o débito estava com a exigibilidade suspensa em 16.10.2008, ou seja, no trintídio legal após a ciência do ato de exclusão do Simples Nacional.

Compulsando os presentes autos, resta constatado que não se encontram em condições de julgamento, pelas razões que passo a expor.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

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

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

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

Não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional a pessoa jurídica que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. Excepcionalmente é permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão².

¹ Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

² Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 40, de 30 de maio de 2007, e Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de

Ainda atinente a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou o recurso extraordinário com repercussão geral (leading case RE 627543), tema nº 363, com trânsito em julgado ocorreu em 14.11.2014, cuja decisão definitiva de mérito ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF (art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009):

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

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

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

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

4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo.³

Sobre os débitos não pagos, consta no Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/BEL/PA nº 01-27.190, de 19.09.2013, fls. 24-27 que as circunstâncias fáticas que motivaram a exclusão foram analisadas nos seguintes termos:

2007, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

3

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3922675&numeroProcesso=627543&classeProcesso=RE&numeroTema=363>>. Acesso em: 10 mar.2015.

Documento assinado digitalmente em 06/04/2015 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 06/04/2

015 por CARMEN FERREIRA SARAIVA

Impresso em 07/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A consulta efetuada ao sistema SIVEX mostra que os débitos geradores do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional, referem-se ao Simples Federal, código de receita 6106, relativo ao mês 06/2007, no valor de R\$109,09, e débitos previdenciários IP nº 3982662008, no valor de R\$4.807,00.

O débito de Simples Federal, no valor de R\$36,09, não consta mais como pendência impeditiva após o prazo de regularização, conforme consulta Sivex, às fls. 16, que aponta apenas o débito previdenciário IP nº 3982662008, no valor de R\$4.807,00 como pendência impeditiva de permanência da empresa no Simples Nacional.

Verifica-se que, em relação ao débito previdenciário identificado como IP nº 3982662008, no valor de R\$4.807,00, não está evidenciado nos autos que tenha sido objeto de pagamento ou de suspensão da exigibilidade (art. 151 do Código Tributário Nacional). Os autos não estão instruídos com a comprovação de que os débitos foram regularizados até 16.10.2008, ou seja, no prazo legal de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão em 16.09.2008, fl. 17. A Recorrente afirma que parcelou a dívida em 27.03.2009, conforme "Recibo de Solicitação de Benefícios para dívidas de pequeno valor datado de 27/03/2009-Recibo nr. 00062999892934956480, transformada em Lei nr 11.941 de 27/05/2009".

Em assim sucedendo e com observância do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, voto por converter o julgamento na realização de diligência para que a autoridade preparadora da Unidade da Receita Federal do Brasil que jurisdicione a Recorrente identificar se o débito previdenciário IP nº 3982662008, no valor de R\$4.807,00, fl. 16, foi objeto de pagamento ou parcelamento e em que data, porque esse está identificado como causa da situação excludente, observando que essa providência tem o escopo de apurar se esse débito estava com a exigibilidade suspensa em 16.10.2008, ou seja, no trintídio legal após a ciência do ato de exclusão do Simples Nacional.

A autoridade designada ao cumprimento da diligência solicitada deverá elaborar o Relatório Fiscal circunstanciado e conclusivo sobre os fatos averiguados.

A Recorrente deve ser cientificada dos procedimentos referentes à diligência efetuada e do Relatório Fiscal para que, desejando, se manifeste a respeito dessas questões com o objetivo de lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes⁴.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

⁴ Fundamentação legal: inciso LV do art. 5º da Constituição da República.