



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10945.000383/2009-56
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.240 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 11 de novembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CASA VITÓRIA UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. VEDAÇÃO. INCISO V DO ART. 17 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. QUITAÇÃO EM 30 DIAS APÓS O INDEFERIMENTO DO PLEITO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO DA NORMA DO §2º DO ART. 31 DA MESMA LEI COMPLEMENTAR. PROCEDÊNCIA DO PLEITO.

Ainda que verificada, durante a análise de *opção* pelo SIMPLES Nacional, a existência de débitos tributários exigíveis, se tal pendência é liquidada ainda no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir do indeferimento da pretensão, deve ser deferida a inclusão.

As regras dos arts. 17 e 31 da Lei Complementar nº 123/2006 devem ser interpretadas sistematicamente, observando, igualmente, a *isonomia* entre os contribuintes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Viviane Vidal Wagner, assim como, por outros fundamentos, os Conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Andréa Duek Simantob. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (fls. 150 a 154) interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em face do v. Acórdão n.º 1101-001.061 (fls. 01 a 11), proferido pela C. 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção deste E. CARF, em sessão de 12 de março de 2014, que deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado pela Contribuinte, deferindo sua inclusão no SIMPLES Nacional. Confira-se:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2002

SIMPLES NACIONAL. INCLUSÃO. REGULARIZAÇÃO DENTRO DE 30 DIAS. ANALOGIA. POSSIBILIDADE.

A razão da norma que permite a permanência da pessoa jurídica optante do Simples Nacional quando comprovar a regularização do débito no prazo assinado pelo art. 31, § 2º é estimular o empreendedorismo, assegurando que os contribuintes possam usufruir do regime diferenciado, e, ao mesmo tempo, assegurar o interesse de a Fazenda Pública ver seus créditos saldados.

O intuito da norma permite-nos lançar mão do recurso à analogia, para que se estenda à hipótese do indeferimento do pedido de inclusão a permissão contida para a excepcionar a exclusão no caso de regularização no prazo de 30 dias.

Em resumo, a contenda tem como objeto Opção pelo SIMPLES Nacional, procedida pela Contribuinte em 25/03/2009, que foi indeferida pela existência de débitos tributários sem exigibilidade suspensa em nome da empresa, sendo mantida a denegação da opção pela DRJ, mesmo após a quitação do crédito tributário, logo após a ciência de tal impedimento.

A seguir, para um maior aprofundamento, adota-se trecho do relatório do v. Acórdão de Recurso Voluntário, ora recorrido:

Segundo o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional de 25/03/2009 fl. 14, o contribuinte teve seu pedido de ingresso indeferido em razão da existência de débito com a Secretaria da Receita Federal do Brasil relativo a contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91, e das contribuições instituídas a título de substituição, cuja exigibilidade não estava suspensa.

Cientificado do indeferimento de seu pedido, o contribuinte apresentou em manifestação com as seguintes alegações:

No ato do pedido de ingresso no Simples, conforme relatório do INSS de 22/01/2009, não foi constatado nenhuma irregularidade, tanto que foi expedida uma CND nesta data;

O indeferimento de 25/03/2009 resultou de divergências de valores declarados e recolhidos nas competências 07/2004 e 09/2004; e

Quanto à competência 01/2005, informa que o agente arrecadador efetuou o recebimento desta guia sem desmembrar a parte de outras entidades e alega que, para o referente mês 01/2005, foram apresentados os documentos Sefip e GPs no INSS e o fiscal já regularizou essa informação no sistema.

Em 21/05/2009, a DRF de Foz do Iguaçu efetuou a análise do caso e emitiu a Informação Fiscal de fls.90/92 concluindo que persistiam débitos em aberto para as competências 07/2004, no montante de R\$8,97, e 09/2004, no montante de R\$46,20.

Em 22/05/2009, a empresa efetuou o recolhimento dos débitos que ensejaram o indeferimento de inclusão no Simples.

Tendo em vista que a regularização fiscal da contribuinte se deu após o prazo para efetuar o pedido de inclusão ao Simples, a DRJ manteve a decisão que indeferiu a inclusão da empresa no regime.

Em Recurso Voluntário (fl. 139/142), a empresa argui que as irregularidades foram sanadas, de forma que não mais existiria justificativa para o indeferimento do pedido de inclusão. Segundo a contribuinte, a demora da Fiscalização em analisar o pedido de inclusão ao Simples fez com que ela não pudesse regularizar sua situação perante ao Fisco dentro do prazo para pleitear sua inclusão no regime simplificado.

É o relatório.

Como visto, a DRJ negou provimento à Manifestação de Inconformidade da Contribuinte, indeferindo sua *opção*, em razão da existência de pendências fiscais no momento do seu exercício, sendo ineficaz a liquidação após a emissão do Termo de Indeferimento. Inconformada, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário a este E. CARF, reiterando seus argumentos, em resumo, afirmando que só tomou ciência da existência de tais débitos quando intimada do indeferimento de sua solicitação, prontamente liquidando-os.

Quando do julgamento de tal primeiro *Apelo*, entendeu a C. Turma Ordinária que assistia razão à Contribuinte, dando provimento à reclamação, para deferir a inclusão no SIMPLES Nacional, com base na aplicação *análoga* do art. 31, § 2º, da Lei Complementar nº 123/06, o qual permite a regularização em 30 (trinta) dias de débitos tributários, quando estes motivam a exclusão de tal regime.

Intimada, a Fazenda Nacional não apresentou Embargos de Declaração, interpondo diretamente o Recurso Especial ora sob julgamento, demonstrando a existência suposto dissídio jurisprudencial sobre o tema neste E. CARF, alegando que a vedação do art. 17 da Lei Complementar nº 123/06 é objetiva e não pode ser superada.

Processado, o Recurso Especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional teve seu prosseguimento determinado através do r. Despacho de Admissibilidade de fls. 157 e 159, onde concluiu-se que *resta patente a divergência apontada pela Fazenda Nacional entre o acórdão recorrido e o paradigma acima.*

Devidamente cientificada, a Contribuinte apresentou Contrarrazões (fls. 174 a 182) pugnando apenas pela improcedência do *Apelo* Especial e a manutenção do v. Acórdão recorrido.

Em seguida, o processo foi sorteado para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

Admissibilidade

Reitera-se a tempestividade do Recurso Especial da Contribuinte, conforme atestado anteriormente no r. Despacho de Admissibilidade. Considerando a data de sua interposição, como igualmente antes já registrado, seu cabimento estava sujeito à hipótese regida pelo art. 67 do RICARF, instituído pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações.

Conforme relatado, a Contribuinte não questiona em Contrarrazões o conhecimento do *Apelo*.

Assim, considerando tal silêncio, uma simples análise do v. Acórdão nº 1802-002.217, previamente acolhido como paradigma válido para a singular matéria questionada, referente à ineficácia da quitação de débitos, após sua identificação pela Autoridade Tributária, no processamento da *opção* pelo SIMPLES Nacional, basta para constatar a similitude fática necessária e a notória a presença da divergência com o entendimento estampado no v. Acórdão nº 1101-001.061, ora recorrido.

Arrimado também na hipótese autorizadora do §1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, entende-se por conhecer do *Apelo* interposto, nos termos do r. Despacho de Admissibilidade de fls. 157 e 159.

Mérito

Uma vez conhecido o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, passa-se a apreciar a matéria submetida a julgamento, qual seja a *impossibilidade de opção pelo SIMPLES Nacional, diante da existência de débitos no período, mesmo que quitados logo a após a decisão de indeferimento*.

A Recorrente defende, invocando os termos do inciso V do art. 17 Lei Complementar nº 123/2006, que, *no momento da análise da opção do contribuinte pelo SIMPLES NACIONAL a autoridade constatou a existência de débitos tributários em aberto, desta forma, não poderia aquela autoridade tomar outra decisão que não a de indeferimento da opção, inclusive sob pena de responsabilização pelo frontal descumprimento de norma legal*.

Acrescenta ainda, que entendemos não ser cabível no caso a interpretação analógica como proposta pelo acórdão recorrido, pois não se trata de matéria a ser resolvida por interpretação extensiva, uma vez que a lei é claríssima as situações de impeditivas da opção pelo SIMPLES NACIONAL. Nem, tampouco, é admissível a integração por aplicação de analogia, uma vez que a questão está claramente regulada por lei, que definiu de forma clara e inequívoca as situações impeditivas do ingresso naquele programa.

Pois bem, inicialmente, analisando os termos e a motivação do v. Acórdão recorrido, no que tange à matéria questionada por meio do Recurso Especial fazendário, temos que estes são muito claro. Confira-se:

Recorro, porém, à analagia, que é método de integração e de interpretação da legislação tributária, para suprir a ausência de norma reguladora dessa hipótese fática. Como assevera o art. 108 do CTN, na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária poderá utilizar-se da analogia, sempre que não resulte exigência ou dispensa de tributo.

Entendo que a razão da norma que permite a permanência da pessoa jurídica optante do Simples Nacional quando comprovar a regularização do débito no prazo assinado pelo art. 31, § 2º, é estimular o empreendedorismo, assegurando que os contribuintes possam usufruir de regime diferenciado e, ao mesmo tempo, assegurar o interesse de a Fazenda Pública ver seus créditos saldados.

O intuito da norma permite-nos lançar mão do recurso à analogia, para que se estenda à hipótese do indeferimento do pedido de inclusão a permissão contida para a excepcionar a exclusão no caso de regularização no prazo de 30 dias, já que, ao permitir a inclusão ao Simples mediante sua regularização perante o Fisco, serão contemplados os objetivos de promover o empreendedorismo, de um lado, e assegurar o interesse da Fazenda Pública.

O Termo de Indeferimento data de 25/03/2009 (fl. 14) e dele foi dada ciência ao Contribuinte que apresentou “Impugnação” (fl. 2/4). Em 21/05/2009, a DRF de Foz do Iguaçu efetuou a análise do caso e emitiu a Informação Fiscal de fls. 90/92 concluindo que persistiam os débitos indicados no Termo de Indeferimento. No dia 22/05/2009, a Contribuinte apresenta nova “Impugnação”, em que junta as guias de recolhimento, aduzindo que não existiria a razão pela qual foi negada a inclusão ao Simples.

Retomo os principais eventos e suas datas para afirmar que, segundo o Despacho SECAT de fl. 132, ambas as “Impugnações” são recebidas como Manifestação de Inconformidade, sendo remetidos os autos para a DRJ, que as analisou em conjunto na decisão ora recorrida.

Contados os 30 dias para regularização a partir do Termo de Indeferimento, a regularização perante o Fisco ter-se-ia dado a destempo. Entendo, porém, que a negativa de adesão ao Simples fora analisada complexivamente pela autoridade preparadora, tendo o indeferimento de adesão ocorrido no dia

21/05/2009, data em que é dada a ciência ao contribuinte da Informação Fiscal.

Como a regularização ocorreu no dia seguinte à Informação Fiscal, entendo que deve ser aplicada, analogamente, a regra do art. 31, § 2º, da Lei Complementar 123/06, para dar provimento ao Recurso Voluntário.

Além disso, causa-me espécie que um formalismo exarcebado possa impedir a dicção de uma norma constitucional, que visa a promover o desenvolvimento econômico e social do país com atenção aos micro e pequenos empreendedores. No presente processo, estamos diante de um débito ínfimo que – os tributos somados perfazem o montante de R\$55,17 –, o que, no meu entender, ensejam a aplicação de um juízo de razoabilidade.

Lembre-se que o débito de que se cuida o indeferimento é inclusive inferior ao limite que dispensa a própria constituição do crédito tributário, segundo o art. 18 da Lei n. 10.522/2002.

Como se observa, o I. Relator entendeu ser aplicável ao caso, de opção pelo SIMPLES Nacional, de forma análoga, a norma inserida no art. 31, §2º, da Lei Complementar nº 123/2006, a qual confere aos contribuintes excluídos do programa do SIMPLES Nacional o prazo de 30 (trinta) dias para quitarem suas pendências tributárias, tornando sem efeito o ato de exclusão.

No entender desse Conselheiro – já expresso em outros votos de matéria praticamente idêntica, mas referente à *inclusão* no SIMPLES Federal - mostra-se muito acertada e procedente a posição adotada pelo I. Relator, a qual, inclusive, fora acompanhada de forma unânime pelos demais I. Julgadores da C. Turma Ordinária *a quo*.

Em suma, tem-se que o art. 31, §2º da Lei Complementar nº 123/2006 (nos exatos moldes §5º do art. 15 da *antiga* Lei nº 9.317/96) permite aos contribuinte sujeitos a Ato Declaratório de Exclusão (ADE), fundamentando na existência de pendências fiscais, permanecerem no SIMPLES Nacional, se efetuada a liquidação dos débitos em 30 (trinta) dias. Confira-se:

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

(...)

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

Ainda que no presente caso não se trate, propriamente de hipótese de *exclusão* do SIMPLES Nacional, mas, sim, de *opção*, onde o único óbice identificado para exercer tal direito da Contribuinte era a existência de débitos previdenciários - quitados no dia seguinte da emissão de Informação Fiscal contendo tal informação, em resposta direta à sua pretensão - a devida interpretação sistemática de todos dispositivos da Lei Complementar nº123/2006, sob a ótica da *isonomia* entre contribuintes, certamente, socorre à Recorrida.

Ora, se é conferido ao contribuinte efetivamente já optante o prazo de 30 (trinta) dias para regularizar seus débitos, podendo normalmente permanecer no SIMPLES Nacional, se assim proceder, no momento da opção por outros contribuintes, o mesmo tratamento deve ser conferido em relação à constatação dessa mesma modalidade de limitação ao gozo regime.

Tendo sido o débito prontamente quitado, dentro do prazo de 30 (trinta) após a derradeira decisão de indeferimento de sua inclusão no SIMPLES Nacional, assim como no caso previsto na norma para os *ADE*, mostra-se correta a conclusão alcançada no v. Acórdão recorrido.

Mesmo que bastante consistentes as razões do Recurso Especial fazendário, o mesmo considera as disposições do art. 17 da Lei Complementar nº123/2006 de modo isolado, sem ponderar os demais mecanismos da sistemática, incluindo o art. 31, acima colacionado, cujas prescrições não podem ser desconsideradas na aplicação daquela norma.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, para manter o v. Acórdão nº 1101-001.061, de modo a deferir à Contribuinte a opção pelo SIMPLES Nacional, nos termos pretendidos.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Acompanhei o I. Relator em suas conclusões de negar provimento ao recurso especial da PGFN porque reformulei meu entendimento acerca da legislação de regência depois de ter participado do julgamento expresso no acórdão recorrido e endossado a interpretação contestada pela PGFN. Neste sentido, assim me manifestei em declaração de voto no Acórdão nº 9101-004.420:

Como bem exposto pela I. Relatora, a Resolução CGSN nº 94/2011 estipula que a regularização de eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional deve se promover até o término do prazo de inscrição.

Atualmente observa-se que o sujeito passivo pode acompanhar sua solicitação, que é deferida quando não há pendências com nenhum ente federado, e permanece em “análise” caso haja pendências. Assim, enquanto não vencido o prazo para a solicitação da opção, o sujeito passivo pode verificar as pendências impeditivas e regularizá-las para ingressar no Simples Nacional.

Não foi possível identificar, junto ao Portal do Simples Nacional se esta opção de consulta estava disponível em 2011, quando a Contribuinte em tela solicitou seu ingresso. Apesar disso, considerando a inexpressividade do débito que motivou o indeferimento de sua opção, é razoável supor que, ainda que disponível esta opção de consulta, a Contribuinte deixou de acessá-la e acabou incorrendo em circunstância impeditiva ao deferimento de sua solicitação.

Neste cenário, discordo da interpretação no sentido de que deve ser concedido ao sujeito passivo que teve sua solicitação de ingresso indeferida o mesmo prazo facultado para regularização de débitos àquele que, já inscrito no Simples Nacional, sujeita-se à exclusão em razão daquelas pendências. As circunstâncias são distintas e, especialmente porque o sujeito passivo tem a possibilidade de acompanhar a análise de seu pedido de inclusão, exige-se a regularização das pendências até o término do prazo para opção. Já o sujeito passivo inscrito no Simples Nacional só tem conhecimento das pendências identificadas quando notificado de sua exclusão, contexto no qual o Comitê Gestor do Simples Nacional resolveu facultar-lhe a regularização nos 30 (trinta) dias subsequentes à exclusão.

Contudo, no presente caso, como bem expõe a I. Relatora, há patente lapso não intencional, cuja consequência é desproporcional em relação à falta cometida, e exige interpretação da norma da forma mais favorável ao acusado, nos termos do art. 112, incisos II e III do CTN, em alinhamento com o art. 146, III, “d” da Constituição Federal, no que se refere à definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, bem como com o art. 179 da Constituição Federal, que também determina que *a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*

Assim, considerando a inexpressividade do débito que a Contribuinte deixou de regularizar até o prazo final para opção (31/01/2011), mas quitando-o em 29/04/2011, deve ser deferido seu pedido de solicitação de ingresso no Simples Nacional em 2011.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Como bem observa a PGFN em seu recurso especial, a Lei Complementar nº 123/2006 disciplina a forma de opção pelo SIMPLES Nacional e fixa como condição impeditiva ao ingresso a existência de débitos para com o INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal. Neste contexto, o sujeito passivo tem a possibilidade de acompanhar a análise de seu pedido e regularizar as pendências que podem resultar no indeferimento de sua opção, contexto distinto daquele no qual o sujeito passivo, já optante, somente por ocasião da exclusão tem conhecimento da existência de débitos que a motivam. Ressalte-se, ainda, que,

conforme atos constitutivos juntados aos autos, a Contribuinte exercia atividades minimamente desde 1992, e somente em 2009 manifestou sua intenção de ingressar na sistemática simplificada de recolhimentos, circunstância na qual lhe é exigível confirmar o cumprimento dos requisitos legais para se valer das vantagens fiscais pretendidas.

No presente caso, porém, há evidências de que o sujeito passivo desconhecia a existência de débitos que pudessem resultar no indeferimento de sua opção, primeiro porque, à semelhança do precedente acima citado, os débitos que efetivamente existiam, e remanesceram nas análises feitas pela autoridade fiscal depois da comprovação apresentada pela Contribuinte por ocasião da inconformidade manifestada contra o indeferimento de sua opção, equivaliam a R\$ 8,97 e R\$ 46,20, e sua inexpressividade indica a não quitação anterior se deu por lapso não intencional.

Para além disso, a Contribuinte demonstra em manifestação de inconformidade que *relatório emitido do INSS no dia 22/01/2009 não indicava nenhuma irregularidade, tanto que foi expedida uma CND nesta data*. Confirma-se na Certidão Negativa de Débitos relativos às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros, juntada à e-fl. 18, que ela foi emitida em 21/01/2009 e assim não contemplava os débitos previdenciários que teriam motivado o indeferimento da opção. Acrescente-se, ainda, que na análise preliminar deste manifestação, a autoridade fiscal indica que os débitos, embora pertinentes a competências de 2004, teriam origem em GFIP apresentada em 27/03/2009, o que também fragiliza a premissa de que havia débitos em aberto por ocasião do registro do Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional (datado de 25/03/2009, conforme e-fl. 14), ou mesmo no prazo final para formalização da opção (31/01/2009).

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA

Declaração de Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner

Acompanhei o i.relator pelas conclusões, pois discordo do fundamento de que, uma vez intimado do indeferimento do pedido de ingresso no Simples Nacional, o contribuinte teria o prazo de 30 (trinta) dias para regularizar as pendências porventura existentes.

Nesse sentido, considerou o i.relator que: “o art. 31, §2º da Lei Complementar nº 123/2006 (nos exatos moldes §5º do art. 15 da antiga Lei nº 9.317/96) permite aos contribuinte sujeitos a Ato Declaratório de Exclusão (ADE), permanecerem no SIMPLES, se efetuada a liquidação dos débitos em 30 (trinta) dias.”

Entendo de modo diverso, como já havia me manifestado ao divergir da tese aprovada por maioria, em caso similar, no Acórdão nº 9101-004.420 – CSRF / 1ª Turma, julgado na sessão de 12 de setembro de 2019, sob o voto condutor da i.Conselheira Relatora Livia De Carli Germano, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO DA OPÇÃO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO.

O artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2006 dispõe que, para optar pelo Simples Nacional, o contribuinte deve regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso até o término do prazo da opção. Já o §2º do artigo 31 do mesmo diploma legal autoriza a permanência do contribuinte que já está no SIMPLES Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão. Na ausência de fundamento jurídico para tratar de forma desigual contribuintes que já se beneficiam do Simples Nacional e aqueles que querem optar pelo regime, é válida a interpretação de que o artigo 31, §2º, da Lei Complementar nº 123/2006, ao remeter expressamente à situação descrita no artigo 17, V, acaba por estender o prazo de 30 dias para a regularização dos débitos aos contribuintes ingressantes no sistema.

Dirirjo dessa tese por considerar que as regras são distintas e não se confundem. O contribuinte que deseja ingressar no Simples Nacional tem um tratamento diferenciado, vez que lhe cabe comprovar a regularização dos débitos pré-existentes para fazer jus à sistemática mais benéfica. Ao interessado compete o ônus da prova. De outro lado, o contribuinte já inscrito no Simples Nacional deve ter a oportunidade de, após cientificado da existência de débitos dentro da sistemática, antes de ser dela excluído, poder quitar o débito apurado. Aqui depreende-se o potencial de geração de litígio tributário, sendo devida a observância dos princípios do devido processo legal e do direito ao contraditório e à ampla defesa. Por essa razão, justifica-se a expressa previsão de faculdade de regularização nos 30 (trinta) dias subsequentes à comunicação, o que não se estende aos casos de solicitação de inclusão no Simples Nacional, como aqui analisado.

A Lei Complementar nº 123/2006 assim dispõe:

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 nº 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;

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

[...]

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

Em relação ao prazo para sanar as pendências levantadas, a norma de regência estabelece como termo final o último dia do mês de opção pelo regime, conforme art. 6º da Resolução nº 94/2011:

Art. 6º **A opção pelo Simples Nacional** dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º A opção de que trata o **caput** deverá ser realizada **no mês de janeiro, até seu último dia útil**, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 5º

§ 2º Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá:

I - regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo; (grifou-se)

Nesse caso, portanto, o contribuinte deveria regularizar as pendências apontadas até o dia 31 de janeiro do ano da opção, sujeitando-se ao indeferimento da mesma se não o fizesse.

Do mesmo modo, explicitarei mais detalhadamente o meu entendimento em processo de minha relatoria julgado nesta mesma sessão de julgamento, nos autos do processo nº 18470.723792/2012-65, o qual, contudo, apreciou hipótese bem semelhante a dos presentes autos.

Aqui, como lá, em que pese a quitação do débito ter se dado após o prazo estabelecido pelo legislador, entendo que a característica do débito – sua natureza diminuta (somando o montante de R\$55,17) atrai interpretação mais benéfica, consoante a regra interpretativa prevista no art. 112, IV do CTN:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

[...]

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

A Lei Complementar nº 123, de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, traz a seguinte disposição:

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 nº 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;** (grifou-se)

Cabe lembrar que a Lei Complementar nº 123, de 2006 decorre da expressa previsão constitucional sobre o tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas, incentivando a simplificação tributária, devendo ser interpretada à luz do art. 179 da Carta Magna:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

[...]

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais (Cadin), posteriormente alterada pela Lei nº 11.033, de 2004, dispõe o seguinte:

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

[...]

§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

§ 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis.

§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.

(grifou-se)

Veja-se que a Lei do Cadin (editada há quase 20 (vinte) anos!), em seu art.18, determina o cancelamento da inscrição em Dívida Ativa da União de débitos de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais) (§1º), e o arquivamento dos processos de execução fiscal correspondentes, ressalvados casos de débito remanescente “legalmente exigíveis” (§2º). Em outras palavras, considera o legislador como não exigível o valor de débito passível de inscrição em Dívida Ativa da União igual ou inferior a R\$ 100,00.

Nestes autos, o contribuinte insurge-se contra o indeferimento de sua opção pelo Simples Nacional por valor pendente de liquidação, expresso monetariamente em R\$ 55,17, referente a débitos de períodos anteriores ao ano de opção (2009), os quais foram liquidados assim que cientificados, embora posteriormente ao prazo legal.

Voltando à previsão legal da LC nº 123, de 2006, em seu art. 17, inciso V, nota-se que somente os débitos “cuja exigibilidade não esteja suspensa” impedem o recolhimento de tributos sob a sistemática do Simples Nacional.

No caso presente, isso implica em afirmar que o valor do débito existente na época da opção não deveria ser coercitivamente exigível ou, quando menos, judicialmente exigível, nos termos em que materializado o princípio da insignificância no âmbito da Administração Tributária Federal (art. 18, §1º, da Lei nº 10.522, de 2002).

Considerando-se os argumentos aqui expendidos, é de se concluir que o débito verificado nos presentes autos, em razão de seu ínfimo valor, deve equivaler a um débito com exigibilidade suspensa, o qual não poderia impedir a opção do contribuinte pelo Simples Nacional no ano-calendário 2009.

Essas as razões pelas quais, por fundamentos distintos do i.relator, nego provimento ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Declaração de Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Em que pesem os valorosos argumentos contidos no voto do ilustre Relator, Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, acabei por acompanhá-lo por suas conclusões.

Isso porque discordo aplicação do prazo de 30 (trinta) dias para regularização de débito para *exclusão* do Simples Nacional previsto no § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123/2006, uma vez que o caso concreto não trata de exclusão de contribuinte desse regime privilegiado, mas sim de pedido de inclusão, cujas regras estão descritas no art. 17 do mesmo diploma legal, sem que haja qualquer prazo adicional para regularização de débito impeditivo de ingresso nesse regime.

Também não acompanho o raciocínio do acórdão recorrido, e acolhido por alguns dos ilustres conselheiros deste colegiado, quanto à insignificância dos débitos apontados pelo Fisco: o disposto no art. 18 da Lei nº 10.522/2002¹, com a devida vênia ao M.D. Conselheiro Relator do aresto recorrido, não fixou limites de valores para dispensa da “*própria constituição do*

¹ Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

I - à contribuição de que trata a Lei no 7.689, de 15 de dezembro de 1988, incidente sobre o resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988;

II - ao empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei no 2.288, de 23 de julho de 1986, sobre a aquisição de veículos automotores e de combustível;

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei no 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nos 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei no 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

IV - ao imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira – IPMF, instituído pela Lei Complementar no 77, de 13 de julho de 1993, relativo ao ano-base 1993, e às imunidades previstas no art. 150, inciso VI, alíneas "a", "b", "c" e "d", da Constituição;

V - à taxa de licenciamento de importação, exigida nos termos do art. 10 da Lei no 2.145, de 29 de dezembro de 1953, com a redação da Lei no 7.690, de 15 de dezembro de 1988;

VI - à sobretaxa ao Fundo Nacional de Telecomunicações;

VII - ao adicional de tarifa portuária, salvo em se tratando de operações de importação e exportação de mercadorias quando objeto de comércio de navegação de longo curso;

VIII - à parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-Lei no 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei no 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores;

IX - à contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins, nos termos do art. 7º da Lei Complementar no 70, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar no 85, de 15 de fevereiro de 1996.

X - à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2º do Decreto-Lei no 2.295, de 21 de novembro de 1986. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

crédito tributário”, na realidade, o *caput* desse dispositivo dispensa a constituição de crédito tributário das *matérias* elencadas em seus 10 incisos. O § 1º do art. 18 que cita o limite de R\$ 100,00, em verdade, tratou da extinção *estranque* de débitos inscritos em Dívida Ativa da União até aquele limite, não havendo efeitos prospectivos para não constituição de créditos tributário até R\$ 100,00.

Contudo, no caso concreto, o contribuinte fez sua opção pelo Simples Nacional em 15/01/2009, ou seja, 15 dias antes do prazo fatal que era dia 30/01/2009², ocasião em que o contribuinte apresentou certidão negativa perante a Receita Federal.

Pudesse o Fisco analisar de imediato o pedido do contribuinte para ingresso no Simples Nacional e indicasse a existência de qualquer débito, teria ele ainda 15 dias para regularizar sua situação.

Entretanto, somente em 25/03/2009 o contribuinte foi intimado pela Receita Federal acerca de possíveis débitos em aberto, sendo que, após alguns esclarecimentos do contribuinte, em 21/05/2009 a Receita Federal definiu os exatos valores dos débitos em aberto, e, **no dia seguinte**, o contribuinte efetuou o pagamento.

É certo que o débito abaixo de R\$ 10,00, por normas fixadas pela Receita Federal, não poderia ser óbice para o ingresso do contribuinte no Simples Nacional, uma vez que débitos abaixo desse limite não têm como ser adimplidos. Contudo, havia outro débito acima desse valor. Entretanto, conforme já exposto, se o contribuinte tivesse sido intimado do débito no próprio dia em que fez o pedido de inclusão no Simples Nacional, teria ainda 15 dias para regularizar o débito até a data fatal para essa opção (último dia útil do mês de janeiro).

Desse modo, não poderia o contribuinte ser penalizado pelo fato de a Receita Federal, após o pedido do contribuinte, demorar mais de dois meses para apontar os débitos existentes, posto que, conforme já esclarecido, se a RFB o fizesse de imediato, e o contribuinte recolhesse os débitos no dia seguinte (conforme o fez após ser intimado sobre o valor devido), nada obstaría sua opção pelo Simples Nacional.

Por essas razões, voto por CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional para, no mérito, NEGAR-LHE provimento.

(documento assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto

² Último dia útil do mês de janeiro, conforme dispõe o § 2º do art. 16 da Lei Complementar nº 123/2006.