



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.721491/2019-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.310 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 06 de abril de 2021
Recorrente MARCO AURÉLIO RIOS BOREL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

TERMO DE INDEFERIMENTO DE OPÇÃO. EXISTÊNCIA DE DÉBITO.

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 não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional.

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 negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Termo de Indeferimento de Opção

A Recorrente foi noticiada do Termo de Indeferimento da Opção ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados com relação anexa de todos os débitos que justificaram o desatendimento registrado em 28.01.2019, e-fls. 22-24:

CNPJ: 10.976.668/0001-22

NOME EMPRESARIAL: MARCO AURÉLIO RIOS BOREL

DATA DA SOLICITAÇÃO DE OPÇÃO: 28/01/2019

DATA DE ABERTURA DA EMPRESA CONSTANTE NO CNPJ: 21/07/2009

A pessoa jurídica acima identificada incorreu na(s) seguinte(s) situação(ões) que impediu(ram) a opção pelo Simples Nacional:

Estabelecimento CNPJ: 10.976.668/0001-22

- Débito com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, cuja exigibilidade não está suspensa.

Fundamentação legal: Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso V.

Débitos Fazendários

Lista de Débitos (saldo devedor em valor original sujeito a acréscimos):

- 1) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 09/2014 Saldo devedor: R\$ 8.372,02
- 2) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 10/2014 Saldo devedor: R\$ 10.093,96
- 3) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 11/2014 Saldo devedor: R\$ 5.469,82
- 4) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 12/2014 Saldo devedor: R\$ 10.331,37
- 5) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 01/2015 Saldo devedor: R\$ 4.262,75
- 6) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 02/2015 Saldo devedor: R\$ 13.258,12
- 7) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 03/2015 Saldo devedor: R\$ 2.899,98
- 8) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 04/2015 Saldo devedor: R\$ 10.722,31
- 9) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 05/2015 Saldo devedor: R\$ 12.528,32
- 10) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 06/2015 Saldo devedor: R\$ 7.721,27
- 11) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 07/2015 Saldo devedor: R\$ 7.008,95
- 12) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 08/2015 Saldo devedor: R\$ 7.518,04
- 13) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 09/2015 Saldo devedor: R\$ 5.626,64
- 14) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 10/2015 Saldo devedor: R\$ 6.178,15
- 15) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 11/2015 Saldo devedor: R\$ 9.008,64

- 16) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 12/2015 Saldo devedor: R\$ 7.049,99
- 17) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 01/2016 Saldo devedor: R\$ 2.586,68
- 18) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 02/2016 Saldo devedor: R\$ 8.574,03
- 19) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 03/2016 Saldo devedor: R\$ 10.134,55
- 20) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 04/2016 Saldo devedor: R\$ 4.862,04
- 21) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 05/2016 Saldo devedor: R\$ 4.713,90
- 22) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 06/2016 Saldo devedor: R\$ 1.097,07
- 23) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 07/2016 Saldo devedor: R\$ 2.402,31
- 24) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 08/2016 Saldo devedor: R\$ 7.990,85
- 25) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 09/2016 Saldo devedor: R\$ 10.846,21
- 26) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 10/2016 Saldo devedor: R\$ 11.200,82
- 27) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 11/2016 Saldo devedor: R\$ 4.889,22
- 28) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 12/2016 Saldo devedor: R\$ 11.761,37
- 29) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 01/2017 Saldo devedor: R\$ 4.018,06
- 30) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 02/2017 Saldo devedor: R\$ 6.084,01
- 31) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 03/2017 Saldo devedor: R\$ 3.366,22
- 32) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 05/2017 Saldo devedor: R\$ 4.361,66
- 33) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 06/2017 Saldo devedor: R\$ 3.465,74
- 34) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 07/2017 Saldo devedor: R\$ 9.343,74
- 35) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 08/2017 Saldo devedor: R\$ 7.038,15
- 36) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 09/2017 Saldo devedor: R\$ 2.900,34
- 37) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 10/2017 Saldo devedor: R\$ 6.153,82

- 38) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 11/2017 Saldo devedor: R\$ 7.983,00
- 39) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 12/2017 Saldo devedor: R\$ 5.637,56
- 40) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 01/2018 Saldo devedor: R\$ 10.057,66
- 41) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 02/2018 Saldo devedor: R\$ 5.686,38
- 42) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 03/2018 Saldo devedor: R\$ 10.701,21
- 43) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 04/2018 Saldo devedor: R\$ 8.982,33
- 44) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 05/2018 Saldo devedor: R\$ 7.288,52
- 45) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 08/2018 Saldo devedor: R\$ 16.193,89
- 46) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 09/2018 Saldo devedor: R\$ 10.038,71
- 47) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 10/2018 Saldo devedor: R\$ 16.068,34
- 48) Nome do tributo : SIMPLESNAC. Período de apuração: 11/2018 Saldo devedor: R\$ 7.055,99

A pessoa jurídica poderá impugnar o indeferimento da opção pelo Simples Nacional no prazo de trinta dias contados da data em que for feita a intimação deste Termo. A impugnação deverá ser dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento cora jurisdição sobre o domicílio tributário do contribuinte e protocolizada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Considera-se feita a Intimação no dia em que o sujeito passivo consultara mensagem disponibilizada em seu Domicílio Tributário Eletrônico do Simples Nacional (DTE-SN). Se a consulta cederem dia não útil, a comunicação será considerada realizada no primeiro dia útil seguinte. A consulta deverá ser feita em até 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da disponibilização deste Termo no Portal do Simples Nacional, sob penado ser considerada realizada na data de encerramento desse prazo.

(Lei Complementar ri. 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 16, § 1º-B, incisos IV e V, § 1º-C)

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 2ª Turma DRJ/CGE/MT nº 04-52.213, de 05.03.2020, e-fls. 115-118:

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a Manifestação de Inconformidade, nos termos do voto do Relator.

Recurso Voluntário

Notificada em 30.03.2020, e-fl. 120, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 30.04.2020, e-fls. 123-129, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

II. 1 — PRELIMINAR

De mesma sorte, foram excluídas do Simples Nacional 521.018 empresas (Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2019/janeiro/receita-federal-exclui-devedores-do-simplesnacional-1>) em virtude da não regularização dos débitos, a partir de 1º de janeiro de 2019.

A significativa quantidade de empresas excluídas do Regime Simplificado de tributação, merece muita atenção, por sua representatividade na econômica nacional.

Dentre o universo de empresas no Brasil ativas em 2018, não há dúvidas de que as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) são de grande importância para o país e podemos citar alguns dados que comprovam isso: representam cerca de 98,5% do total de empresas privadas, respondem por 27% do PIB e são responsáveis por 54% do total de empregos formais existentes no país, ou seja, empregam mais trabalhadores com carteira assinada que as médias e grandes empresas. (Disponível em <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal/020Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20em%202018.pdf>).

Devido à crise política e financeira que assola o país, bem como cenário econômico atual, a empresa impugnante teve inadimplência de seus clientes.

Especialmente por sua cliente, NOBYLLE IND E COM DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA., CNPJ 15.823.658/0001-70, no valor de R\$ 125.869,69 todas as notas fiscais protestadas em Tabelionato, conforme relação abaixo: [...].

Por este motivo, não conseguiu manter os débitos em dia ou parcelados. Sendo objetivo principal da empresa, honrar com todos os seus compromissos, sobretudo os tributários.

Enfrentam a mesma dificuldade as demais empresas citadas pelo SEBRAE e exclusas do Simples Nacional.

Desta forma, a exclusão do regime tributário diferenciado, é terminar de matar o micro ou pequeno empresário, decretando sua extinção.

II. 2 - MÉRITO

A empresa excluída do simples nacional em 31/12/2018 por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/NHO N° 3482516, de 31 de agosto de 2018 com posterior indeferimento do pedido de adesão de 2019, em 15/02/2019 através do Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional número do recibo 00.10.38.72.46 ambos os atos de exclusão embasados por dívidas tributárias.

Tal procedimento de exclusão é ilegal e inconstitucional, por constituir-se em expediente sancionatório indireto para o cumprimento da obrigação tributária.

O entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região quando refere-se à coação indireta, afirmando ser a jurisprudência uníssona para afastar a sanção que obrigue as pessoas a saldarem débitos pendentes, prescrevendo que "não pode, em razão da existência de débito, recusar a prestação de seus serviços, uma vez que o ordenamento jurídico confere ao credor meios legais próprios para cobrança de seus

créditos, sendo desarrazoada, portanto, a utilização de sanções administrativas como meio coercitivo para compelir o administrado ao pagamento de seu débito".

Cabe ressaltar que a vedação aos excessos praticados pela Fazenda Pública no ato da exigibilidade dos débitos tributários, encontra respaldo nos princípios constitucionais da proporcionalidade e do livre exercício da atividade econômica (artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal), caracterizado, pela adequação e razoabilidade dos atos administrativos, sempre no intuito de atingir a finalidade. Assim sendo, o ato de exclusão do Simples Nacional por dívida tributária (artigo 17, V, da Lei Complementar 123/2006), sem dúvida, materializa ilegalidades e inconstitucionalidades, valendo, ainda, ressaltar que o princípio do exclusivismo exprime o contido nos artigo 110 do CTN, ao afirmar que não se pode exigir nenhum elemento adicional ao descrito na Constituição Federal.

Da mesma forma, a medida impõe uma discriminação arbitrária, desarrazoada e incompatível com o princípio da isonomia, considerada a capacidade contributiva dos agentes. Porém, se o Fisco pretende haver seus créditos contra os contribuintes, pode e deve lançar mão de meios mais adequados para essa finalidade, conforme previsões dispostas nas legislações.

Alusivo à impugnação ao ato declaratório executivo que excluir a empresa do simples nacional, em decorrência de dívida tributária, indispensável referir a Solução de Consulta Cosit 18, 51 de 30 de julho de 2014, [...].

A previsão de suspensão dos efeitos da exclusão da empresa do simples nacional, em decorrência de dívida tributária, também encontra respaldo no art. 75, § 3.º, da Resolução 94/2011 do Comitê Gestor do Simples Nacional, ao prever que, quando impugnado, o ato de exclusão do Simples Nacional dependerá de decisão definitiva do processo administrativo fiscal.

Nesse sentido, editou o Supremo Tribunal Federal as Súmulas n.º 70, 323 e 547, com o objetivo de impedir que a autoridade administrativa, a pretexto de obrigar o contribuinte a cumprir suas obrigações tributárias, inviabilize a atividade por ele desenvolvida. (RE 106.759/SP, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJU 18.10.1985).

Por tratar-se de Empresa de Pequeno Porte, resta à atividade inviabilizada, visto a tributação que a empresa deverá optar fora do regime do simples nacional, seja ela Lucro Presumido, Arbitrado ou Real. A empresa não terá condições de concorrer com as grandes empresas do seu ramo, não restando outra alternativa, senão o encerramento das atividades.

Desde já, manifestamos a forte possibilidade de liquidação da empresa, restando ela fora do regime do Simples, pois a carga tributária torna inviável e insustentável a sua situação econômica e financeira, que conforme relatamos, não é saudável no momento. A exclusão do Simples Nacional ou a liquidação da empresa, não facilitam ou viabilizam a quitação do crédito tributário, pelo contrário, torna a cobrança inacessível e inexitosa.

Pede-se a aplicação do Art. 179 a Constituição Federal que assevera: [...].

A empresa continuará sendo EPP na sua essência, porém terá a tributação das Grandes empresas, não havendo mais o tratamento diferenciado, fato este não previsto na Constituição de Federal.

A medida de exclusão mostra-se perversa e nefasta, como resultado, a reduzida probabilidade de sobrevivência e competitividade.

Outrossim, pedimos urgência na análise desta impugnação, visto que a empresa fica com situação tributária indefinida, sendo prejudicada em suas declarações e

obrigações principais e acessórias mensais e anuais, bem como no recolhimento e cálculo dos impostos.

No que concerne ao pedido conclui que:

III - A CONCLUSÃO

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do termo de indeferimento, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, incluindo-a no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

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. Assim, dele tomo conhecimento. Esta circunstância fundamenta-se do que consta no Despacho de e-fl. 135: “Tendo em vista a Portaria RFB 543/2020 que versa sobre a suspensão de prazos processuais, encaminho recurso tempestivo ao CARF”.

Sobre a suspensão da exigibilidade dos débitos indicados no Termo de Indeferimento da Opção, o Código Tributário Nacional determina: [...]

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, define:

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

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

A Solução de Consulta Cosit 18, de 30 de julho de 2014, assim dispõe:

5. Com base no art. 39 da LC n.º 123, de 2006, entende-se que a Manifestação de Inconformidade contra a Exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 do CTN.

6. Nos termos do § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) n.º 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamentos de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.

Analisando este ato normativo que fundamentando no art. 39 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, reconhece a aplicação do inciso III do Código Tributário Nacional e seus efeitos, infere-se que há suspensão da exigibilidade dos débitos identificados no Termo de Indeferimento da Opção ao Simples Nacional até a definitividade da decisão administrativa.

Delimitação da Lide

Conforme princípio de adstrição do julgador aos limites da lide, a atividade judicante está constricta ao exame do litígio em relação ao Termo de Indeferimento da Opção ao Simples Nacional, e-fls. 22-24 (art. 15, art. 141 e art. 492 do Código de Processo Civil, que se aplica supletiva e subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal - Decreto n.º 70.235, de 02 de março de 1972).

Nulidade do Termo de Indeferimento de Opção e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos ao argumento de que direitos foram violados.

O Termo de Indeferimento de Opção foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança

jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Existência de Débito

A Recorrente discorda do procedimento fiscal .

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo

resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Verificada a ocorrência em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o indeferimento da opção é formalizado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente (art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

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 não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional (art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 627543/RS com trânsito em julgado em 14.11.2014, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

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. 5. Recurso extraordinário não provido.

Verifica-se que a Recorrente foi notificada do Termo de Indeferimento da Opção ao Simples Nacional motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados com relação anexa de todos os débitos que justificaram o desatendimento registrado em 28.01.2019, e-fls. 22-24.

Diferentemente da tese defendida no recurso voluntário, a legislação de regência da matéria não contempla como exceção ao indeferimento da opção a “inadimplência de seus clientes”.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Nesse sentido, a identificação destes débitos estavam disponibilizados a Recorrente na internet no sítio institucional da RFB, sendo-lhe permitida a opção pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização dos débitos no prazo legal, fato não evidenciado nos presentes autos, e-fls. 42-111. A contestação aduzida pela Recorrente, por isso, não pode ser sancionada.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 2ª Turma DRJ/CGE/MT n.º 04-52.213, de 05.03.2020, e-fls. 115-118, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

Cabe anotar, preliminarmente, que não cabe discussão da constitucionalidade ou ilegalidade de lei em sede administrativa, consoante estabelece o caput do art. 26-A do Decreto n.º 70.235/1972 na redação dada pelo art. 25 da Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009 [...].

Acresce, como ensina SEABRA FAGUNDES, que “administrar é aplicar a lei de ofício”, e dispendo a Lei Complementar n.º 123, de 2006, no art. 17, inciso V, que está impedida de optar pelo Simples Nacional quem possui débitos tributários cuja exigibilidade não esteja suspensa, não há como acolher suas alegações.

Desta forma, é de se rejeitar todas as alegações a esse título aduzidas ao longo da peça impugnatória.

Acresce, ainda, que o Supremo Tribunal Federal negou provimento a recurso de um contribuinte (RE n.º 627.543/RS), que questionava a exigência de regularidade fiscal para ingressar no Simples Nacional (v. Notícias do STF de 30/10/2013), validando a exigência constante na norma legal de que só pode pertencer ao Simples Nacional a empresa que está em dia com suas obrigações fiscais, ou seja, que não possui débitos pendentes.

Na espécie, quanto ao mérito, não trouxe a interessada nenhuma comprovação dos recolhimentos e mesmo do parcelamento, bem como não trouxe a certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa de débitos, o que comprovaria sua regularidade fiscal, nos termos dos arts. 205 e 206 do CTN, pois é este o documento hábil que comprova a regularidade fiscal da empresa.

Aliás, pelos relatórios Informações de Apoio à Emissão de Certidão da RFB (fls. 112-113) e Resultado de Consulta da Inscrição da PGFN (fls. 76-111), constata-se que os débitos continuam em cobrança e não estão com a exigibilidade suspensa.

Logo, não tendo a contribuinte regularizado os débitos pendentes no prazo legal, nos termos do artigo 6º, §§ 1º e 2º, inciso I, da Resolução CGSN n.º 140, de 22 de maio de 2018, não há como deferir seu pleito.

Revisão de Ofício.

No que se refere à possível incongruência atinente a débito confessado, o Parecer Normativo Cosit/RFB n.º 08, de 03 de setembro de 2014, traz esclarecimentos sobre o procedimento de revisão e retificação de ofício, cuja competência é da autoridade administrativa preparadora, nos termos do art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN).

Ônus da Prova

Vale esclarecer que a norma específica que trata do processo administrativo fiscal estabelece que a impugnação, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as alegações e instruída com os elementos de prova que as justificam, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais (art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972). Tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação probatória que o rege, cabe a Recorrente o ônus da prova de seus argumentos com a finalidade de alterar do ato administrativo, já que a atuação da autoridade julgadora limita-se ao controle da sua legalidade, por expressa previsão legislativa (art. 145 do Código Tributário Nacional).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva