



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.720570/2019-44

Recurso Voluntário

Resolução nº 1003-000.298 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Turma Extraordinária

Sessão de 12 de maio de 2021

Assunto DILIGÊNCIA

Recorrente BATTISTELLA RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA.

Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do Recurso Voluntário em diligência à Unidade de Origem, para que esta informe se os débitos que deram causa à emissão do Termo de Indeferimento da Opção são de fato de obrigação “ex lege” da Recorrente, conforme Execução Fiscal nº 5003064-88.2014.4.04.7211/SC e se encontravam com a exigibilidade suspensa à época do pedido de opção pelo Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

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

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 10.01.2019, e-fl. 14:

CNPJ: 03.570.987/0001-78

NOME EMPRESARIAL: BATTISTELLA RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA.

DATA DA SOLICITAÇÃO DE OPÇÃO. 10/01/2019

DATA DE ABERTURA DA EMPRESA CONSTANTE NO CNPJ: 15/12/1999

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

Fl. 2 da Resolução n.º 1003-000.298 - 1^a Sejul/3^a Turma Extraordinária
Processo nº 11516.720570/2019-44

Estabelecimento CNPJ: 03.570.987/0001-78

- Débitos inscritos em Dívida Ativa da União (Procuradora-Geral da Fazenda Nacional), cuja exigibilidade não está suspensa.

Fundamentação legal Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso V.

Débitos Fazendários

1) Débito - Código da receita : 3623 Nome do tributo : CLT Número do processo : 46220004338200641 Número da inscrição: 9150800236604 Data da Inscrição : 07/10/2008

2) Débito - Código da receita : 3623 Nome do tributo : CLT Número do processo : 46220004428200631 Número da inscrição: 9150800239549 Data da inscrição : 08/10/2008

3) Débito - Código da receita : 3623 Nome do tributo : CLT Número do processo : 47620000193200740 Número da inscrição: 9150800229829 Data da inscrição : 03/10/2008

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 coro jurisdicção 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 pena de ser considerada realizada na data de encerramento desse prazo.

(Lei Complementar nº 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 2^a Turma DRJ/CGE/MS nº 04-52.216, de 05.03.2020, e-fls. 356-369:

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

Recurso Voluntário

Notificada em 10.03.2020, e-fl. 363, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 28.05.2020, e-fls. 366-381, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurgue.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

II – DA TEMPESTIVIDADE

Ab initio, o prazo para a interposição do recurso voluntário em tela teve início em 11/03/2020.

Contudo, diante da Pandemia proveniente do COVID-19, em 23/03/2020 foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria da Receita Federal do Brasil 543 de 20 de março de 2020, determinando em seu art. 6º a suspensão de todos os prazos processuais até 29/05/2020.

III – DAS RAZÕES PARA REFORMA

A) Das Nulidades na imputação de responsabilidade solidária à recorrente: formal e material

Conforme consta nas informações dos autos, a contribuinte está sendo impedida de se manter no sistema simplificado de tributação em razão de débitos contraídos pela empresa CANTINA CANSIAN LTDA., CNPJ 78.533.171/0001-73.

Tratam-se de débito proveniente de imputação de penalidade administrativa por infração a dispositivo da CLT, que tem como devedor principal pessoa jurídica diversa da contribuinte, haja vista a recorrente tem como identificação fiscal o seguinte CNPJ: 03.570.987/0001-78.

Embora a Manifestação de Inconformidade tenha demonstrada a clareza que a recorrente não pode ser penalizada com sua exclusão ao SIMPLES NACIONAL, especialmente por não ser responsável pela dívida que lhe é imputada, o órgão julgador concluiu, em suma:

“Quanto ao mérito, ressalte-se, que não cabe nesta sede discutir o mérito do débito, se pertence a essa empresa ou não, se é indevido etc., o que deve ser apreciado em processo próprio onde se discute tal imposição fiscal, por meio da competente impugnação, ou perante a PGFN e ou na Execução Fiscal (judicial), consoante a fase de tramitação do processo.

Aqui, compete tão somente verificar se o débito foi regularizado (pago ou parcelado) ou não, ou se está com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN.

No caso, verifica-se que o débito continua ativo, em cobrança e não está com a exigibilidade suspensa, constando a Manifestante como devedora solidária, conforme o relatório Resultado de Consulta Inscrição Localizada da PGFN (fls. 67-354), encontrando-se na situação Ativa Ajuizada, sendo que a Manifestante consta como co-devedora não só nas três inscrições objetos do Termo de Indeferimento (fls. 14), aqui tratado, (v. fls. 67 a 105, especificamente: fls. 73, 78, 85, 91, 98 e 105), mas também de outros débitos impertinentes ao objeto destes autos (v. fls. 106 a 354)”.

Máxima vénia, Ilustres Conselheiros, a conclusão acima mostrase evidentemente ilegal, conquanto que compete sim, à RFB verificar a regularidade de seus cadastros para fins de imputar ao contribuinte a responsabilidade pelo pagamento de débito.

No caso em tela, a responsabilidade pelo pagamento do débito está sendo imputada à recorrente em face de suposta responsabilidade solidária.

Todavia compete ao órgão julgador verificar que a imputação de responsabilidade solidária NÃO foi realizada adequadamente. Para isso, mister analisar a documentação que instruiu a Manifestação de Inconformidade.

Todavia, o órgão julgador primário, embora estivesse na posse de toda a documentação necessária ao deslinde do caso, escusou-se de suas competências, mantendo indevidamente o indeferimento sem verificar a nulidade constante na imputação da responsabilidade solidária.

Das informações fiscais acima sintetizadas, se constata que as alegadas dívidas foram inscritas em outubro de 2008. Decorridos mais de 10 anos, contados de sua inscrição, o fisco se insurgiu contra a manutenção da requerente no simples nacional e o faz imputando-lhe o ônus de ‘corresponsabilidade’ pela solvência da dívida.

Entretanto, tal imputação ocorreu sem a realização dos trâmites necessários, sem haver a instauração do procedimento legal apto a deflagrar a corresponsabilidade de empresa diversa, por meio de sua inscrição em dívida ativa.

Somente a utilização de meios processuais próprios, colocados à disposição do fisco e que garantisse o perfeito contraditório, poder-se-ia cogitar sobre eventual responsabilidade para responder por dívida de terceiros.

A inclusão de responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa (“CDA”) EXIGE a prévia fundamentação da Receita Federal ou da própria PGFN, não podendo ser realizada de forma automática, como ocorreu no caso em tela.

NÃO há nos autos qualquer documento que demonstre ter havido a regularidade de inscrição da contribuinte como devedora solidária do débito da Cantina Cansian, o que enseja em flagrante NULIDADE FORMAL diante do sistema legal e constitucional pátrio.

Logo, NÃO foi dada a oportunidade da empresa se manifestar contra a imputação de sua responsabilidade solidária, já que o órgão competente

NÃO instaurou o procedimento adequado para a inclusão na Certidão de Dívida Ativa da recorrente como solidária ao débito de outra empresa.

Portanto, totalmente descabida a decisão da RFB, que mesmo de posse de extensa documentação, inclusive decisões judiciais, concluiu “que não cabe nesta sede discutir o mérito do débito, se pertence a essa empresa ou não, se é indevido etc., o que deve ser apreciado em processo próprio onde se discute tal imposição fiscal, por meio da competente impugnação, ou perante a PGFN e ou na Execução Fiscal (judicial), consoante a fase de tramitação do processo”, vez que a própria RFB deixou de realizar os atos que lhe competiam para a inscrição da responsabilidade solidária.

Por essas razões, é inquestionável a ILEGALIDADE na inscrição da recorrente como devedora solidária dos débitos de terceiros, que foram óbices para a sua manutenção no regime do SIMPLES NACIONAL, razão pela qual merece reforma a decisão objurgada.

DA NULIDADE MATERIAL.

Se não bastasse a nulidade formal que se arguiu, igualmente há uma NULIDADE MATERIAL no ato de manutenção do indeferimento, haja vista a recorrente NÃO É RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA PELO DÉBITO QUE LHE ESTÁ SENDO IMPUTADO COMO RAZÃO DO INDEFERIMENTO AO REGIME DO SIMPLES NACIONAL.

Isso porque, conforme se verifica da documentação anexada na Manifestação de Inconformidade (fl. 23-40), a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho decretaram por meio de decisão transitada em julgado que NÃO há responsabilidade solidária entre a empresa BATTISTELLA RESTAURANTE E LANCHONETE pelos débitos contraídos pela empresa CANTINA CANSIAN.

CANTINA CANSIAN LTDA, nada tem a ver com BATTISTELLA RESTAURANTE E LANCHONETE. Em verdade são duas empresas distintas no nome, no CNPJ e no endereço; são geridas por pessoas totalmente diversas.

Logo, não há como incluir na CDA a recorrente como responsável solidaria pelos débitos da empresa Cantina.

Inclusive, a União tentou imputar a responsabilidade solidária através de execução fiscal, alegando, em resumo, que haveria um grupo econômico formado por duas estruturas familiares - BATTISTELLA e CANSIAN. Estes argumentos – por frágil e sem consistência – foram rechaçados pelo judiciário especializado.

Entretanto, a Justiça Federal, em basilar decisão, afastou qualquer pleito no sentido reconhecer a pretendia sucessão tributária para fins de imputar a outras empresas os débitos tributários pertencentes à Cantina Cansian, verbis:

Decisão 1. Requer a exequente o "reconhecimento de grupo econômico de fato, e por consequência, da solidariedade pela dívida tributária, entre as seguintes pessoas jurídicas: a) CANTINA CANSIAN LTDA. ME.; b) ALECRIM RESTAURANTE LTDA. ME.; c) CANSIAN LANCHONETE E REFEIÇÕES DE LAGES LTDA; d) RESTAURANTE E LANCHONETE CANSIAN LTDA. ME.; e) CANSIAN TRANSPORTES E TURISMO RODOVIÁRIO LTDA. e f) BATTISTELA RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA.; bem como das seguintes pessoas físicas: a) ARY PEDRO BATTISTELA; b) JORGE LUIZ BATTISTELLA; c) MARIO JOSÉ BATTISTELLA; d) ARY BATTISTELLA; e) MARTA SILENE CANSIAN BATTISTELLA; f) KATIA LUIZA CANSIAN GODOI; g) MARIA BALBINOT CANSIAN; h) CELSON CANSIAN; i) MARIA LUIZA BATTISTELLA; j) CASSIANA CANSIAN BATTISTELLA" (fls. 277-387).

(...)

DECIDO 2. Grupo econômico de fato e responsabilidade tributária solidária O STJ pacificou entendimento no sentido de que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária, (...) 3. A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores (Resp 968564/ RS 5^a Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dje 02/03/2009 - destaquei).

NO CASO, OS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA EXEQUENTE NÃO SÃO SUFICIENTES À COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO E, CONSEQUENTEMENTE, AO REDIRECIONAMENTO DO FEITO ÀS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS ARROLADAS PELA UNIÃO. (...) – GN

Primeiro, porque as empresas Cansian Lanchonete e Refeições de Lages Ltda., Cansian Transportes e Turismo Rodoviários Ltda. e Restaurante e Lanchonete Cansian Ltda. há anos estão inativas, conforme documento apresentado pela UNIÃO na Execução Fiscal n. 50005123920124047206 (Evento 24, EXTR10) e, afora o grau de parentesco com Jorge Luiz Battistella e Marta Silene Cansian Battistella, não restou demonstrada a existência de nenhum outro vínculo entre os demais sócios destas 03 (três) pessoas jurídicas e a executada Cantina Cansian Ltda.

Note-se que referidas sociedades empresariais possuíam sedes distintas daquela da executada, a indicar que não se tratavam de pessoas jurídicas com estrutura meramente formal ou com unidade laboral e patrimonial entre si, apesar de manterem, em alguns períodos, a mesma unidade gerencial, sob a responsabilidade de Jorge Luiz Battistella. (...)

O mesmo ocorre no tocante à empresa Battistella Restaurante e Lanchonete Ltda. Me. O único elemento comum entre ela e a executada Cantina Cansian Ltda. é o ramo de atividade, qual seja, exploração da atividade comercial de restaurante. De resto, são distintos os sócios e a sede, não havendo nenhuma comprovação de confusão patrimonial e unidade gerencial e laboral entre ambas.

4. Ante o exposto:

Fl. 6 da Resolução n.º 1003-000.298 - 1^a Sejul/3^a Turma Extraordinária
Processo nº 11516.720570/2019-44

4.1. Não caracterizado o grupo econômico, INDEFIRO o pedido da União de redirecionamento da execução às pessoas jurídicas Alecrim Restaurante Ltda. Me, Cansian Lanchonete e Refeições de Lages Ltda., Restaurante e Lanchonete Cansian Ltda. Me., Cansian Transportes e Turismo Rodoviário Ltda. e Battistela Restaurante e Lanchonete Ltda. e às pessoas físicas Ary Pedro Battistela, Mario José Battistella, Ary Battistella, Kátia Luiza Cansian Godói, Maria Balbinot Cansian, Celso Cansian, Maria Luiza Battistella, Wladimir Mantovani e Cassiana Cansian Battistella.

Se não bastasse, a questão foi alvo de julgamento pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12^a Região que concluiu pela inexistência da responsabilidade solidária, diante da ausência de vínculos que dê ensejo a deflagração da medida, nos seguintes termos:

“A União se rebela contra o não reconhecimento de grupo econômico e o não redirecionamento da execução fiscal de forma solidária (...).

Razão não lhe socorre.

(...)

Nesse ponto reproto, por minudente, as razões de decidir do Juízo Federal, citadas no julgado agravado, que esquadrilho o tema de interrelacionamento entre pessoas físicas e jurídicas, indicadas in verbis:

(...) os fundamentos apresentados pela exequente não são suficientes à comprovação da existência de grupo econômico (...) não restou demonstrada a existência de nenhum outro vínculo entre os demais sócios destas 03 pessoas jurídicas e a executada Cantina Cansian.

Note-se que as referidas sociedades empresariais possuem sedes distintas daquela da executada, a indicar que não se tratavam de pessoas jurídicas com estruturas meramente formal ou com unidade laboral e patrimonial entre si (...).

Não havendo qualquer confusão patrimonial e unidade gerencial e laboral, tampouco comprovado que a constituição dessa nova pessoa jurídica ocorreu de forma fraudulenta, apenas com o intuito de prejudicar os credores (...).

Pelos mesmos motivos tenho que não há como decretar a desconsideração da personalidade jurídica das indigitadas entidades empresárias para o direcionamento da execução contra seus sócios, visto que, conforme expedito, não houve a identificação da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei contrato social ou estatuto (...”).

Nos fundamentos do acórdão do TRT12 ficou evidente que a empresa BATTISTELLA RESTAURANTE E LANCHONETE não pode ser responsabilizada pelas multas administrativas por infrações a dispositivos da CLT cometidas pela CANTINA CANSIAN.

E mais!

O TRT12 rechaçou o reconhecimento de grupo econômico e a desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que a responsabilidade solidária proveniente do art. 135, do CTN só se aplica a créditos oriundos de obrigações tributárias, NÃO SENDO POSSÍVEL PARA OS CASOS DE MULTAS DE NATUREZA ADMINISTRATIVA IMPOSTA POR INFRAÇÃO À CLT, [...]

O art. 135, III, do CTN não deixa margem à dúvida quanto à sua aplicação específica a créditos advindos de obrigações tributárias, sendo dispositivo inaplicável à hipótese em que se discute o direcionamento da execução de multa administrativa, em face do descumprimento de dispositivo da CLT.

Isso porque, consoante disposição contida no art. 39, § 2.º, da Lei 4.320/64, as multas administrativas não constituem crédito de natureza tributária. [...]

Aliás, o E. STJ tem reiteradamente entendido que a execução fiscal de multa de natureza administrativa imposta por infração à CLT não pode ser direcionada nos termos do art. 135 do CTN, já que se aplica tão somente aos créditos decorrentes de obrigações tributárias, hipótese diversa das multas aplicadas pelos órgãos de fiscalização do trabalho. [...]

Por todo o exposto, não há como imputar à recorrente a responsabilidade pelo pagamento de multa decorrente de infração à CLT de outra empresa, sendo ato ilegal e arbitrário o indeferimento ao SIMPLES NACIONAL!

Assim e, considerando os fatos supra, reclama a Recorrente a imediata intervenção deste Conselho para rechaçar a ilegalidade cometida pela RFB ao responsabilizar a empresa pela dívida de outra, de modo a garantir a permanência no SIMPLES NACIONAL, não mais que isso.

Por essas razões, mister requerer a este Nobre Conselho a reforma do decisum, haja vista ser descabida a conclusão da RFB quanto a manutenção do indeferimento ao regime simplificado de tributação, vez que a recorrente faz jus ao benefício do SIMPLES NACIONAL, NÃO sendo possível a imputação da responsabilidade solidária de débitos de outra empresa, diante da nulidade formal e da material devidamente demonstradas.

B) Utilização da exclusão do SIMPLES NACIONAL como forma de coação ao pagamento de débito tributário.

Se não bastasse os fundamentos de nulidade arguidos acima, mostra-se descabida a conclusão adotada na decisão recorrida, vez que a recorrida dêis a sua constituição, obteve benefício diferenciado para recolher os seus encargos fiscais.

Embora a RFB tenha concluído que não há como acolher as alegações constantes da Manifestação de Inconformidade, porque “administrar é aplicar a lei de ofício, e dispondo a Lei Complementar nº 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”, a verdade é que a medida adotada pelo órgão é demasiadamente arbitrária e merece reforma.

Antes de mais nada, aplicar a lei de ofício, sem analisar as questões suscitadas de forma adequada, não é administrar, mas apenas se omitir diante das ilegalidades que são perpetradas aos contribuintes.

Em todas as suas postulações; em todas as manifestações fiscais, nunca, em momento algum, o fisco deixou de conceder os alegados benefícios. Nada objetou quanto a alegada dívida contraída em 2008.

Ora, decorridos mais de 10 anos, contados de sua inscrição, o fisco se insurge contra a manutenção da requerente no SIMPLES NACIONAL e o faz imputando lhe o ônus de ‘corresponsabilidade’ pela solvência de multa administrativa, sem que a empresa seja, de fato, corresponsável, e sem que tenha havido procedimento prévio para a inscrição da recorrente em dívida ativa como responsável solidário.

Demonstra-se que a ausência de procedimento prévio e a inscrição da empresa como responsável solidário aos débitos da empresa Cantina Cansian, indo de encontro com as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, recai em clara medida sancionatória e arbitrária.

Isso porque, a melhor doutrina consagrada pelos Tribunais, adota o entendimento de que a EXCLUSÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO SIMPLES NACIONAL, SOMENTE POR DÍVIDA TRIBUTÁRIA, É INDISCUTÍVEL E PURAMENTE SANÇÃO

POLÍTICA, IMPLICANDO EM NEGATIVA DE DIREITO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL.

Agindo assim, a Fazenda está fazendo “justiça pelas próprias mãos”, levando a empresa a inviabilizar suas atividades comerciais, justamente por impor restrições ao contribuinte em razão do não pagamento de tributo que não lhe compete.

Ora, se a RFB pretende receber seus créditos deve, salvo melhor juízo, lançar mão de meios mais adequados para essa finalidade, conforme previsões estipuladas em instrumentos legais, cujo conhecimento não pode ignorar.

Portanto, diferentemente do que concluiu a decisão recorrida, não é possível indeferir o pleito de manutenção ao SIMPLES sem que haja a análise dos fundamentos arguidos, pois muito embora conste no cadastro a inclusão da recorrente como responsável solidária, tal ato deve ser retificado.

Assim, a simples aplicação de ofício da lei, mesmo diante dos documentos anexados que demonstram a ilegalidade do ato de inscrição de solidariedade, demonstra-se que a manutenção da dívida como de responsabilidade da recorrente constitui-se como sanção política para fins de obrigar o pagamento de tributo.

Contrariamente ao que concluiu a RFB, essa não é a finalidade da Lei Complementar 123/2006!

A sobredita lei não foi instituída para resolver os problemas financeiros das Fazendas Públicas federais, estaduais ou municipais, mas sim para regulamentar o que está disposto na Constituição Federal, artigos 146, ‘d’, parágrafo único, 170, IX e parágrafo único.

Insista-se: As Fazendas Públicas, já possuem instrumentos de cobrança ágeis e eficazes das dívidas tributárias, dentre os quais se destacam: a Lei de Execuções Fiscais 6.830/1980, a negativação no cadastro do empreendedor (Cadin, Serasa), entre outros inúmeros recursos menos gravosos cujas sanções, sem dúvida, podem substituir o ato de exclusão do contribuinte do Simples Nacional, POR DÍVIDA TRIBUTÁRIA.

Nesta toa, não há como ignorar a existência do artigo 805 do CPC/15, que no caso de processo judicial, aqui utilizado por analogia, que determina ao juiz o dever de dar seguimento a execução de modo menos gravoso ao devedor.

Requerer o afastamento da medida por ser clara sanção administrativa indireta como forma coativa de cobrança de tributo não perfaz na necessidade de declaração de constitucionalidade de dispositivo legal, ato vedado aos órgãos administrativos. [...]

A manutenção indevida da exclusão ao SIMPLES NACIONAL vem acarretando à recorrente impactos negativos a serem suportados indevidamente, dentre os quais se destacam econômicos, financeiros e jurídicos, atingindo direta e frontalmente a FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA que norteia e protege as relações de emprego e renda.

A Lei Complementar 123/2006 – e suas atualizações – sempre primou pela obediência aos preceitos transindividuais, com destaque aos direitos humanos.

Diante disso, a serôdia insurgência expressa no indeferimento da manutenção no Simples Nacional, não se sustenta. Não apenas por ser ilegal e teratológica decisão contestada, como também por se tratar de dívida contraída por pessoa jurídica que não guarda qualquer liame obrigacional com a Requerente e notadamente por ter sido alcançada pela prescrição.

Por essas razões, entende a recorrente que o decisum deve ser totalmente reformado por esse E. Conselho, para fins de afastar essa sanção administrativa imposta em contrariedade aos procedimentos administrativos necessários, como também ao

posicionamento dos Tribunais pátrios, consubstanciando-se em medida arbitrária que visa, apenas, coagir ao pagamento de tributo.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

III – DO REQUERIMENTO

À vista do exposto e, considerando que o direito e a justiça depõem em favor da empresa contribuinte do Simples Nacional, REQUER se dignem Vossas Senhorias a julgar totalmente procedente o presente Recurso Voluntário determinando a inclusão retroativa da recorrente ao regime do SIMPLES NACIONAL que lhe é de direito:

A). Receber e mandar processar o presente Recurso Voluntário, intimando a parte ex-adversa para, querendo, opor resistência ao pleito detonado, e que se abstenha de impedir e/ou suspender a fruição dos benefícios concedidos pelo Simples Nacional à requerente;

B). Declarar a nulidade da pretendida imputação de dívida contraída exclusivamente pela Cantina Cansian, diante do alegado vício formal, pela inexistência de procedimento administrativo para inclusão da recorrente como responsável tributária na certidão de dívida ativa;

C). Declarar a nulidade da pretendida imputação de dívida contraída exclusivamente pela Cantina Cansian, diante do alegado vício material, haja vista que a Justiça Federal e o TRT12 já reconheceram inexistir grupo econômico entre a recorrente e a Cantina Cansian, sendo ILEGAL a imputação da responsabilidade solidária pelo pagamento de multa administrativa por infração à CLT;

D). Declarar que dívida de terceiros, com CNPJ próprio e distinto da requerente, não é meio hábil para imputar a requerente RESTAURANTE E LANCHONETE CANSIAN LTDA a obrigação de “corresponsável” para solvê-las, razão de evidente nulidade de todos os atos praticados após o despacho que indeferiu a manutenção da recorrente no SIMPLES NACIONAL, forte no entendimento.

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, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional, tendo em vista as determinações da Portaria RFB nº 543, de 20 de março de 2020¹. Assim, dele tomo conhecimento.

¹ BRASIL Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Nota de Esclarecimento de 01.06.2020. "O CARF informa que não prorrogou a suspensão dos prazos para a prática de atos processuais no âmbito do Conselho, portanto esses prazos voltaram a fluir normalmente.

Entretanto, como a Receita Federal do Brasil, por meio da Portaria RFB nº 543, de 20/03/2020, com a redação dada pela Portaria RFB nº 936, publicada em 29/05/2020, estendeu até 30 de junho de 2020 a suspensão dos prazos para a prática de atos processuais em suas repartições, consideram-se suspensos até essa data os prazos para a prática de atos processuais perante as Unidades da Receita Federal do Brasil (RFB).

Existência de Débito

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento que os débitos que deram causa à emissão do Termo de Indeferimento da Opção não são de sua obrigação “ex lege”.

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 nº 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 irretratável 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).

O indeferimento de opção pelo Simples Nacional sucede no caso em que se verifica de plano que a pessoa jurídica incorre em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis e o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

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

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou 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;

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

Assim, estão suspensos até 30 de junho de 2020, apenas os prazos para o protocolo de peças processuais junto aos Centros de Atendimento ao Contribuinte da RFB, na modalidade presencial e virtual - CAC e e-CAC.”
Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2020/nota-de-esclarecimento-1>>. Acesso em 06 abr. 2021.

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.

Consta no Acórdão da 2ª Turma DRJ/CGE/MS nº 04-52.216, de 05.03.2020, e-fls. 356-369:

A impugnante argumentou que os débitos referem-se a outra pessoa jurídica, a Cantina Cansian Ltda., com a qual não possui nenhum vínculo obrigacional ou responsabilidade solidária e requereu fosse mantida no Simples Nacional. [...]

Quanto ao mérito, ressalte-se, que não cabe nesta sede discutir o mérito do débito, se pertence a essa empresa ou não, se é indevido etc., o que deve ser apreciado em processo próprio onde se discute tal imposição fiscal, por meio da competente impugnação, ou perante a PGFN e ou na Execução Fiscal (judicial), consoante a fase de tramitação do processo.

Aqui, compete tão somente verificar se o débito foi regularizado (pago ou parcelado) ou não, ou se está com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN.

Por seu turno e com o objetivo de contrapor os motivos apresentados em sede de decisão de primeira instância de julgamento, a Recorrente reitera os argumentos apresentados em face da decisão proferida em Execução Fiscal nº 5003064-88.2014.4.04.7211/SC pela 1ª Vara Federal de Lages Seção Judiciária de Santa Catarina da Justiça Federal, e-fls. 23-40.

Nesse sentido, analisando o acervo-fático-probatório produzido nos autos remanesce a dúvida razoável a respeito do fato da sujeição passiva dos débitos identificados no

Termo de Indeferimento da Opção, conforme Execução Fiscal nº 5003064-88.2014.4.04.7211/SC.

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 nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Tendo em vista o início de prova produzido pela Recorrente e com observância do disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, voto em converter o julgamento do Recurso Voluntário em diligência à Unidade de Origem, para que esta informe se os débitos que deram causa à emissão do Termo de Indeferimento da Opção são de fato de obrigação “ex lege” da Recorrente, conforme Execução Fiscal nº 5003064-88.2014.4.04.7211/SC e se encontravam com a exigibilidade suspensa à época do pedido de opção pelo Simples Nacional.

A autoridade designada para cumprir a diligência solicitada deverá elaborar o Relatório Fiscal circunstanciado e conclusivo sobre os fatos averiguados.

A Recorrente deve ser cientificada dos procedimentos referentes às diligências efetuadas 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 inerentes (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e art. 35 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011).

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva