



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

Processo nº 13123.000062/2009-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1003-000.026 – Turma Extraordinária / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente R K INÁCIO FEITOSA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e estando a decisão motivada de forma explícita, clara e congruente, não há que se falar em nulidade dos atos em litígio.

TERMO DE INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL.

A opção pelo Simples Nacional , irretratável para todo ano-calendário deve ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção. Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção a pessoa jurídica pode regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo.

DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

O Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, fl. 08, pedido fundamentando-se no fato de que:

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

- 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 nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, cuja exigibilidade não está suspensa. Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso V.

- Débito com a Secretaria da Receita Federal do Brasil oriundo da então Secretaria da Receita Federal, cuja exigibilidade não está suspensa. Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso V.

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 4ª Turma/DRJ/BSA/MG nº 03-42.212, de 17.03.2011, e-fls. 24-26:

SIMPLES NACIONAL – DECISÃO INDEFERITÓRIA DA OPÇÃO DE INGRESSO.NÃO REGULARIZAÇÃO DAS PENDÊNCIAS NO PRAZO REGULAMENTAR

1. A regularização de eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional deve ser feita enquanto não vencido o prazo para a solicitação da opção .

Impugnação Improcedente

Notificada em 12.05.2011, e-fls. 84-85, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 10.06.2010, fls. 90-101, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade.

Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge alegando nulidade do ato de indeferimento de opção com base no enunciado da Súmula CARF nº 22 arguindo que:

Portanto, a ausência da discriminação dos débitos no referido Termo nº 00.02.69.22.37 datado de 11/03/2009, torna nulo o procedimento de exclusão, tendo em vista o cerceamento do direito a defesa, de acordo o artigo 59, caput e inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal.

Referente ao cumprimento dos requisitos para deferimento da Opção pelo Simples Nacional no caso de existência de débitos aduz que:

Podemos notar controvérsias nas decisões proferidas pela 4a Turma da DRJ/BSB. Em um primeiro momento declarou nulo o Termo de Indeferimento sustentando a falta da discriminação dos débitos que originaram o indeferimento do Pedido de Opção ao Simples Nacional. Porém em um segundo julgamento procede de maneira totalmente diferente, acata o segundo Termo de Indeferimento, no qual discrimina os débitos, julgando improcedente a MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE, conforme Acórdão nº 03-42.212 - 4ª Turma da DRJ/BSB, em anexo .

Cabe ressaltar que o Princípio da Segurança Jurídica, deve ser avocado no caso vertente. Pois, o Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil, resolve expedir outro Termo de Indeferimento, sanando as irregularidades apontadas pelo acórdão nº 03.37.378-4 da 4ª Turma da DRJ/BSB. Sendo assim o Contribuinte ficou a mercê do Poder do Agente Público.

Ao alegar que regularização deveria ter ocorrido antes de vencido o prazo para a solicitação da opção, podemos observar que o Próprio Termo de Indeferimento nº 00.02.69.22.37 datado de 11/03/2009, não demonstrava os débitos que impedia o deferimento do Pedido para ingressar no Simples Nacional.

A própria Constituição Federal estabelece que MEs e EPPs devem ter tratamento diferenciado. Deixar uma empresa fora do Sistema de tributação mais benéfica para essas empresas por motivo de débitos os quais já foram quitados, e por bem dizer no momento oportuno, acaba violando um preceito Constitucional. Muito, tem se discutido quanto à exclusão do Simples Nacional por falta de pagamento, pois é de conhecimento de todos que existem outras formas do Erário Público fazer a cobrança de seus créditos.

Concernente ao pedido expõe que:

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do Termo de Indeferimento, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional para o ano de 2009.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

A Recorrente alega que os ato administrativo é nulo.

O Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa de vedação 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 e da qual a pessoa jurídica foi regularmente científica. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas¹.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e estando a decisão motivada de forma explícita, clara e congruente, não há que se falar em nulidade dos atos em litígio. Consta no Despacho Decisório DRF/PAL/TO nº 77, de 11.03.2010, fls. 34-36, referente aos débitos de Simples Federal do período de janeiro a junho de 2007, fls. 10 e 45, que a situação fiscal da Recorrente não foi regularizada no prazo legal, fls. 70-75. A Recorrente tinha conhecimento do conjunto probatório robusto que instrui os autos e comprova a existência dos débitos mencionados em cobrança. Nesse sentido não tem aplicação ao presente caso o enunciado da Súmula CARF nº 22, mesmo porque os acórdãos paradigmas com base nas quais foi edita referem-se ao Simples Federal previsto na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. A proposição afirmada na peça recursal, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente se insurge contra o Termo Indeferimento da Opção Pelo Simples Nacional.

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

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

¹ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, art 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Simples Nacional está regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretratável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet.

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, ou seja, 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. 3º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965).

Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais que constituem pressupostos essenciais de sua existência e de sua validade. O Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional é a manifestação unilateral da administração pública e o motivo indicado é a existência de débitos com a RFB, cuja exigibilidade não esteja suspensa vincula o ente federativo que o emitiu, uma vez que esta questão é afeta à repartição constitucional de competências tributárias Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais que constituem pressupostos essenciais de sua existência, de sua validade e de sua eficácia. Ademais o ato administrativo deve ser motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos de modo explícito, claro e congruente².

O pressuposto é de que não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional a pessoa jurídica que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção a pessoa jurídica pode regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo³.

Ainda atinente a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral RE 627543⁴ com trânsito em julgado em

² Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

³ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 e Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário nº 62.7543/RS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 30 out. 2013. Publicado no DJe em 20 out.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+627543%2 ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+627543%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a35tf3a>>. Acesso em 27 mai. 2018.

14.11.2014, cuja decisão definitiva de mérito deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF⁵:

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.

Em conformidade com o que determina a Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, a situação fiscal pode ser regularizada, desde que seja efetivada no prazo legal de opção pelo Simples Nacional:

⁵ Fundamentação legal: 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da 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 §3º deste artigo e observado o disposto no § 3º do art. 21.

§ 1º-A Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

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;

II - efetuar o cancelamento da solicitação de opção, salvo se o pedido já houver sido deferido. (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009). [...]

Art. 17-A. Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2009, a opção a que se refere o art. 7º poderá ser realizada do primeiro dia útil de janeiro de 2009 até 20 de fevereiro de 2009, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2009 (Incluído pela Resolução CGSN nº 54, de 29 de janeiro de 2009) (grifos acrescidos)

Está registrado no voto condutor do Acórdão da 4ª Turma/DRJ/BSA/MG nº 03-42.212, de 17.03.2011, e-fls. 24-26: cujos fundamentos de fato e de direito devem ser adotados nesta segunda instância de julgamento:

Acerca dos procedimentos para se efetuar a opção de ingresso ao Simples Nacional, tem-se, no campo infralegal, a Resolução CGSN nº 4/2007: [...]

Especificamente para o ano-calendário de 2009, o prazo para opção ao regime do Simples Nacional teve como termo final o dia 20/02/2009: [...]

A despeito de o § 1ºA do artigo 7º supracitado ter vigência somente a partir de 24/03/2009, com a publicação da Resolução CGSN nº 56/2009, há que se observar que o próprio sistema oficial do Simples Nacional já emitia, em janeiro de 2009, documento intitulado “Acompanhamento do Resultado da Solicitação de Opção” no qual alertava para a desnecessidade de se solicitar nova opção, acaso “as pendências detectadas já tenham sido solucionadas ou sejam resolvidas” até último dia da opção, para fins de deferimento ao ingresso no regime em comento.

Os débitos apontados como motivadores do indeferimento da opção são os de código 6106, PA 01/2007 a 06/2007, discriminados à fl. 53-d.

O Despacho Decisório DRF/PAL nº 77, de 11/03/2010, informa que os débitos aqui tratados estavam incluídos em processo de parcelamento que fora cancelado em 06/12/2008 e que novo pedido de parcelamento foi efetuado em 05/03/2009, todavia foi considerado indevido (fls. 37-d/39-d).

Os documentos de fls. 14-d e 67-d, trazidos pela própria impugnante, destacam o retrocitado pedido de parcelamento de 05/03/2009.

Ainda que tenha ocorrido regularização das referidas pendências posteriormente, há que se destacar que a regularização de eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional deve ser feita enquanto não vencido o prazo para a solicitação da opção.

Tem-se, portanto, que os débitos não se encontravam em situação de quitação ou exigibilidade suspensa quando do termo final para regularização, em 20/02/2009.

Especificamente sobre a Opção pelo Simples Nacional, cabe ressaltar que o princípio da legalidade estabelece os limites da atuação administrativa e tem por objeto o exercício de direitos individuais em benefício da coletividade e nesse sentido a vontade da Administração Pública decorre tão somente da lei de modo que apenas pode fazer o que a lei permite (art. 37 da Constituição Federal).

A regularização da situação fiscal no presente caso deveria ter sido efetivada até 20.02.2009 excepcionalmente no ano-calendário de 2009, referente aos débitos de Simples Federal do período de janeiro a junho de 2007, fls. 10 e 45, conforme expressa previsão legal.

Consta no Despacho Decisório DRF/PAL/TO nº 77, de 11.03.2010, fls. 34-36, referente aos débitos mencionados que a situação fiscal da Recorrente não foi regularizada, fls. 70-79. Diante da existência de débitos em cobrança até dia 20.02.2009 o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional do ano-calendário de 2009 está correto. A ilação designada na peça recursal destaca-se como improcedente.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional. A alegação relatada na peça recursal, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de constitucionalidade⁶.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (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). A falta de cumprimento das condições legais impede o deferimento da Opção pelo Simples Nacional.

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

⁶ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva