



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

Processo n° 13603.721420/2011-47
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.244 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 07 de dezembro de 2017
Matéria SIMPLES NACIONAL - INDEFERIMENTO DA OPÇÃO
Recorrente IINSTITUTO ELIZABETH KALIL LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO DE OPÇÃO. EXISTÊNCIA DE DÉBITO COM EXIGIBILIDADE NÃO SUSPensa. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO.

Se no prazo limite para a opção a empresa possuir débitos sem exigibilidade suspensa perante a Fazenda Pública, não poderá ingressar no Simples Nacional.

ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF N°. 02

Aplicação da Súmula CARF n°. 02: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Belém (PA), mediante o Acórdão nº 01-29.680, de 22/07/2014 (e-fls. 121/130), objetivando a reforma do referido julgado.

Em 18/01/2011, a empresa fez a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, que foi indeferida, mediante o “Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional”, de 17/02/2011 (e-fl. 116), sob o fundamento de que a pessoa jurídica incorreu, naquele momento, na(s) seguinte(s) situação(ões) impeditiva(s):

Débito com a Secretaria da Receita Federal de natureza **previdenciária**, cuja exigibilidade não está suspensa na data limite.

Lista de Competências

- 1)Competência - 13/2008
Valor : R\$ 4.457,70
- 2)Competência - 05/2009
Valor : R\$ 173,93
- 3)Competência - 07/2009
Valor : R\$ 91,18
- 4)Competência - 09/2009
Valor : R\$ 119,55
- 5)Competência - 10/2009
Valor : R\$ 119,54
- 6)Competência - 11/2009
Valor : R\$ 119,56
- 7)Competência - 02/2010
Valor : R\$ 119,60
- 8)Competência - 03/2010
Valor : R\$ 79,04
- 9)Competência - 04/2010
Valor : R\$ 135,24
- 10)Competência - 05/2010
Valor : R\$ 124,84
- 11)Competência - 06/2010
Valor : R\$ 256,92
- 12)Competência - 07/2010
Valor : R\$ 142,88
- 13)Competência - 08/2010
Valor : R\$ 7.265,72

Processo nº 13603.721420/2011-47
Acórdão n.º 1001-000.244

S1-C0T1
Fl. 144

14) Competência - 09/2010
Valor : R\$ 7.113,56

Débito com a Secretaria da Receita Federal de natureza **não previdenciária**, cuja exigibilidade não está suspensa na data limite.

Lista de Débitos

- 1) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 07/2007
Saldo Devedor : R\$ 7.448,34
- 2) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 08/2007
Saldo Devedor : R\$ 7.393,73
- 3) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 09/2007
Saldo Devedor : R\$ 8.825,95
- 4) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 10/2007
Saldo Devedor : R\$ 10.292,76
- 5) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 11/2007
Saldo Devedor : R\$ 6.979,69
- 6) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 12/2007
Saldo Devedor : R\$ 5.340,41
- 7) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 01/2008
Saldo Devedor : R\$ 5.713,22
- 8) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 02/2008
Saldo Devedor : R\$ 6.654,73
- 9) Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 03/2008
Saldo Devedor : R\$ 10.303,21

Processo nº 13603.721420/2011-47
Acórdão n.º 1001-000.244

S1-C0T1
Fl. 145

10)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 04/2008
Saldo Devedor : R\$ 11.959,33

11)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 05/2008
Saldo Devedor : R\$ 11.953,36

12)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 06/2008
Saldo Devedor : R\$ 14.243,82

13)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 07/2008
Saldo Devedor : R\$ 15.943,59

14)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 08/2008
Saldo Devedor : R\$ 14.735,18

15)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 09/2008
Saldo Devedor : R\$ 18.186,80

16)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 10/2008
Saldo Devedor : R\$ 17.924,70

17)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 11/2008
Saldo Devedor : R\$ 17.281,62

18)Débito - Código da Receita :3333
Nome do Tributo : SIMPLES NAC.
Número do Processo : 0
Período de Apuração: 12/2008
Saldo Devedor : R\$ 18.434,28

- Débito inscrito em **Dívida Ativa da União** (Procuradoria–Geral da Fazenda Nacional), cuja exigibilidade não está suspensa.

Lista de Débitos

1)Débito - Código da Receita : 8822

Processo nº 13603.721420/2011-47
Acórdão n.º 1001-000.244

S1-C0T1
Fl. 146

Nome do Tributo : SIMPLES
Nº do Processo : 13603201827200512
Número da Inscrição: 6040505829268
Data da Inscrição : 22/09/2005

2)Débito - Código da Receita : 8822
Nome do Tributo : SIMPLES
Nº do Processo : 13603001173200197
Número da Inscrição: 6040700066707
Data da Inscrição : 31/07/2007

A interessada apresentou manifestação de inconformidade contra o indeferimento da sua opção pelo Simples Nacional, alegando, em síntese que efetuou o pagamento dos débitos consignados no Termo de Indeferimento e que a Lei 10.522/2002 instituiu, no âmbito da RFB e da PGFN, o parcelamento ordinário de tributos devidos.

A DRJ negou provimento ao pedido, cujo acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

*INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL.
PENDÊNCIAS NÃO SOLUCIONADAS.*

Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá regularizar eventuais pendências impositivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo.

Constatado que o solicitante incide em hipótese de vedação ao enquadramento, torna-se incabível seu pedido de inclusão..

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Ciente da decisão de primeira instância em 29/12/2014, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 132, a Recorrente apresentou recurso voluntário, via postal, em 27/01/2015 (e-fls. 133/138), conforme carimbo apostado no envelope de correspondência à e-fl. 139.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

Gira a lide sobre o indeferimento do pedido de inclusão no Simples Nacional, em virtude dos referidos débitos não pagos no prazo legal, ou cuja exigibilidade não estava suspensa. A base legal do indeferimento foi o art. 17, inciso V, da Lei Complementar 123/2006, *verbis*:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a 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**; (grifo não consta do original)*

Nesse particular, mediante o art 6º, §§1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94/2011, o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN), assim dispôs sobre a forma de ingresso no regime especial:

DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 2º)

§ 2º Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

*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**; (grifos não pertencem ao original)*

No recurso interposto, a recorrente argumenta, em síntese, que o indeferindo o pleito contraria a própria Constituição e cita o artigo 146; que "*a aplicação da penalidade antes de se dar a oportunidade ao infrator de sanar as irregularidades constituiu verdadeiro confisco, na medida em que o único intuito da administração fazendária é exclusivamente o arrecadatório*"; e acrescenta: (grifos não constam do original)

*Como constou de sua Manifestação de Inconformidade, à época da opção pelo Simples Nacional o contribuinte **não detinha qualquer débito em aberto haja vista ter aderido ao REFIS 4** (Lei 11.941), Entretanto, nada fora considerado.*

*Importante reiterar que **no caso em tela não pode ser observada a existência de nenhuma prova direta, apenas indícios interpretados pelo Fisco** de forma a tentar caracterizar a inidoneidade da documentação fiscal. Todavia, o Autuado trouxe aos autos novas informações, contradizendo os argumentos do*

Fisco, fato que, certamente prejudicou a ação fiscal que ficou sem sólida base de fundamentação, capaz de preencher a certeza e liquidez essenciais do crédito tributário.

A uma, porque a Impugnante não tem o dever legal de atuar como agente fiscalizador, ou melhor, sequer possui legitimidade para tanto. A duas, em razão de não deter capacidade técnica para analisar requisitos estruturais de recibos a fim de apontar se são idôneas ou não.

Assim, não pode ser apenada administrativamente, sob pena de se estar punindo não o descumprimento de uma conduta previamente determinada, mas sim aquele que corretamente cumpriu com seus deveres jurídicos e agiu de boa-fé, em total inobservância ao insculpido no art. 5º, II, CF/88.

Diante disso, não resta inquestionável que o presente recurso coloca em cheque o trabalho fiscal, fazendo-se necessária a aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional, que introduz na seara tributária o princípio oriundo do Direito Penal de que "in dubio pro contribuinte".

Esses argumentos foram fundamentadamente afastados em primeira instância, pelo que peço vênia para transcrever o excerto a seguir do voto condutor do acórdão recorrido, adotando-o desde já como razões de decidir, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/1999:

Consoante tela do SIEF à fl. 120, verifiquei que, com relação aos débitos relativos à SIMPLES NACIONAL, CÓDIGO 3333, não constam pagamentos para os mesmos.

O artigo 6º da Resolução do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, assim dispunha:

(omissis)

É de suma importância observar que as presunções “*juris tantum*”, muito embora admitam prova em contrário, dispensam do ônus da prova aquele a favor de quem se estabeleceram, cabendo ao sujeito passivo, no caso, a produção de provas em contrário, no sentido de ilidí-las.

Esse também é o entendimento do Egrégio Conselho de Contribuintes, exarado no Acórdão do 1º CC nº 01-0.071/1980, do qual se destaca o seguinte trecho:

“O certo é que cabendo ao fisco detectar os fatos que constituem o conteúdo das regras jurídicas em questão, e constituindo-se esses fatos em presunções legais relativas de rendimentos tributáveis, não cabe ao fisco infirmar a presunção, sob pena de laborar em ilogicidade jurídica absoluta. Pois, se o fisco tem a possibilidade de exigir o tributo com base na presunção legal, não me parece ter o menor sentido impor ao fisco o dever de provar que a presunção em seu favor não pode subsistir. Parece-me elementar que a prova para infirmar a presunção há de ser produzida por quem tem interesse para tanto. No caso, o contribuinte.”

A jurisprudência administrativa é mansa e pacífica no tocante à necessidade de provas concretas com o fito de se elidir a tributação erigida por lançamento. À Fazenda Pública cabe tornar evidente o fato constitutivo do seu direito. Cabe ao litigante provar os fatos modificativos ou extintivos desse direito.

Cumpra reproduzir aqui o disposto no art. 16, III e § 4º do Decreto nº 70.235, de 1972:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

.....

*III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e **provas** que possuir;*

.....

*§ 4º A prova documental será apresentada na **impugnação**, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:*

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”

Não comprovada as alegações do sujeito passivo, tem a autoridade fiscal o poder/dever de efetuar o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância da legislação.

A autoridade lançadora não deve nem pode fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento. O lançamento tributário é rigidamente regrado pela lei, ou, no dizer do art. 3º do CTN, é “atividade administrativa plenamente vinculada”. Conforme o art. 142 do CTN, ocorrido o fato gerador a autoridade fiscal deve constituir o crédito tributário, calculando a exigência de acordo com a lei vigente à época do fato, não tendo repercussão a atual situação econômico-financeira do sujeito passivo.

Em vista disso, a empresa estava impedida de ingressar no Simples Nacional, em virtude de não haver solucionado tempestivamente, até 31/01/2011, as pendências com a Fazenda Nacional que a impediram de ingressar no Simples Nacional.

Em relação às supostas inconstitucionalidades alegadas, é vedado ao julgador administrativo negar aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade. O tema é pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo, nos termos da Súmula CARF nº. 02:

Súmula CARF nº. 02: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de Lei Tributária”.*

A autoridade administrativa é vinculada à legalidade estrita, seja nos termos da Lei 8.112 de 1990, em seu artigo 116, III, como bem assinalou a decisão recorrida, seja pelo artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

Assim, a partir do momento em que a norma é inserida em nosso sistema legislativo, é obrigação da autoridade administrativa a sua aplicação, não cabendo ao julgador administrativo expressar seu juízo de valor por eventuais injustiças que esta norma tenha causado, papel este incumbido aos tribunais competentes.

A hipótese colocada, sem dúvida alguma, configura aquela a situação prevista na Súmula acima mencionada, desta forma, entendo que a decisão recorrida não merece ser reformada quanto aos pontos alegados pela recorrente.

Por todo o exposto, face à comprovada existência de débitos não suspensos perante a Fazenda Nacional na data limite para a opção, voto por negar provimento ao recurso voluntário mantendo-se o indeferimento da opção pelo Simples Nacional.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni