



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13822.000094/2009-31
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-001.793 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 04 de agosto de 2020
Recorrente ELCIO ADRIANO MENDES MOSCA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

TERMO DE INDEFERIMENTO DE OPÇÃO. AGRAVAMENTO.

A possibilidade de “agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância” foi expurgada do processo administrativo fiscal desde a edição da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que revogou o parágrafo único do art. 15 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar 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, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

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 06.04.2009, e-fl. 07:

- 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.

A relação dos débitos está à disposição do contribuinte no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, em "Pesquisa de Situação Fiscal".

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 com jurisdição sobre o domicílio tributário do contribuinte e protocolizada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Considera-se feita a intimação quinze dias contados da data do registro deste Termo (Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 5º, 15, 17 e 23, § 2º, III, "b").

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 9ª Turma DRJ/RPO/SP n.º 14-31.489, de 11.11.2010, e-fls. 26-27:

SIMPLES NACIONAL. EXISTÊNCIA DE DÉBITO.

A existência de débitos previdenciários constitui vedação para ingresso no regime de tributação Simples Nacional.

Impugnação Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 16.12.2010, e-fl. 31, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 13.01.2011, e-fls. 32-33, 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:

O DIREITO

Em conformidade com a Legislação do SIMPLES NACIONAL, todos os débitos existentes poderiam ser parcelados ou quitados até a data limite para a solicitação da opção. Excepcionalmente para o ano calendário de 2.009 e com efeitos a partir de 01.01.2009, o prazo final para opção, bem como regularização de possíveis pendências foi até 20 de fevereiro de 2.009. Em conformidade com a legislação foi o que cumpriu a recorrente, ou seja, solicitou sua opção com data de 19/01/2009 e sanou todas as suas pendências até o dia 20/02/2009, conforme comprovantes anexados.

No que concerne ao pedido conclui que:

DO PEDIDO

A vista de todo exposto, demonstrada a improcedência do débito previdenciário, que fundamenta o julgamento do recurso em questão, espera e requer a recorrente que este Conselho Administrativo, reexamine e acolha este RECURSO, incluindo-a no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL), com efeitos desde 01.01.2009, pois os débitos que foram exigidos pela Receita Federal (constante no IP) estão devidamente recolhidos na data legal exigida, conforme comprovantes apresentados. Manter a decisão do JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO, seria totalmente injusto, pois além de todas as pendências constantes na época ter sido resolvidas dentro dos prazos legais, a argumentação da recorrente é verídica, de direito e honesta, podendo ser comprovada por documentos anexados.

É o Relatório.

Fl. 3 do Acórdão n.º 1003-001.793 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13822.000094/2009-31

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 n.º 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Existência de Débito

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que “sanou todas as suas pendências até o dia 20/02/2009, conforme comprovantes anexados”.

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)¹.

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

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

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/RS² 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.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 627543/RS. Ministro Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Julgamento em 31 de outubro de 2013, Publicação em 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282017/false>>. Acesso em: 30 jun 2020.

Consta nas Perguntas e Respostas Simples Nacional³:

2.2. Quem está impedido de optar pelo Simples Nacional?

A empresa (base legal: art. 3º, II, §§ 2º e 4º, e art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006): [...]

• 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 – ver Pergunta 2.12; [...]

2.12. A ME ou a EPP que possuir débito para com algum dos entes federativos poderá ingressar no Simples Nacional?

Não. É necessário que a empresa regularize os débitos que possui junto à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no período de opção pelo Simples Nacional.

(Base legal: art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123, de 2006; art. 6º, § 2º, inciso I, da Resolução CGSN nº 140, de 2018.)

Notas:

1. Os débitos tributários que impedem a opção não são só os relativos aos tributos incluídos no Simples Nacional, mas de qualquer tributo, p.ex., IPVA, IPTU etc.

2. Informações sobre o parcelamento dos débitos tributários abrangidos pelo Simples Nacional encontram-se no Capítulo 9. [...]

2.17. Contribuinte teve indeferida a sua opção ao Simples Nacional, como deverá proceder se quiser contestar o indeferimento?

Será expedido termo de indeferimento da opção por autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado que decidiu o indeferimento, cabendo a este conduzir o processo administrativo conforme a sua legislação específica – que regulará os prazos a observar e a forma de ciência do resultado do processo.

Assim, caso as pendências que motivaram o indeferimento da opção sejam originadas de mais de um ente federativo, serão expedidos tantos termos de indeferimento quantos forem os entes que impediram o ingresso no regime. O termo emitido pela RFB/PGFN estará disponível no Portal do Simples Nacional e no Domicílio Tributário Eletrônico do Simples Nacional (DTE-SN), de acordo com o art. 122 da Resolução CGSN nº 140, de 2018. Os termos dos demais entes observarão as formas de notificação previstas na legislação processual própria.

A contestação à opção indeferida deverá ser protocolizada diretamente na administração tributária (RFB, Estado, Distrito Federal ou Município) na qual foram apontadas as irregularidades que vedaram a entrada no regime.

1. A contestação do indeferimento não tem efeito suspensivo. Ou seja, durante sua tramitação, a empresa não será considerada optante pelo Simples Nacional, mas poderá preencher e transmitir o PGDAS-D, assumindo o risco de ter que refazer tudo pelo regime comum de tributação, caso sua contestação não seja acolhida – ver Pergunta 6.2.

³ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Nacional. Simples Nacional. Manuais. Perguntas e Respostas Simples Nacional. Disponível : <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

2. Existe um Modelo de Impugnação ao Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional no site da Receita Federal.

Verifica-se que a Recorrente foi notificada 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, e-fls. 07 e 10:

| Competência [...] | Rubricas | Valor GFIP |
|----------------------|-------------|------------|
| 05/2007 | Previdência | 151,73 |
| 04/2007 | Previdência | 161,62 |
| 03/2007 | Previdência | 152,58 |
| TOTAL 3 divergências | | |

A Recorrente apresenta os comprovantes de pagamento dos débitos que motivaram o indeferimento da opção em 20.09.2009, e-fls. 11-14, na forma, no tempo e no lugar excepcionados pelo art. 17-A da Resolução CGSN n.º 04, de com redação dada pela Resolução CGSN n.º 54, de 29 de janeiro de 2009, que vigia à época:

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.

Consta no Acórdão da 9ª Turma DRJ/RPO/SP n.º 14-31.489, de 11.11.2010, e-fls. 26-27:

O contribuinte alega que quitou os débitos perante a Previdência Social, anexando as guias de pagamento referentes a 03/2007, 04/2007 e 05/2007.

No entanto, conforme se pode verificar nos autos, na folha 22, o contribuinte possuía, em 16/06/2009, diversas outras divergências entre o valor declarado em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP e o valor recolhido, nos anos de 2007 e 2008, algumas delas sendo recolhidas somente em 29/01/2010, como mostra consulta atualizada na folha 24.

Portanto, o contribuinte não poderia ser incluído no regime de tributação Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, uma vez que a existência de débito perante o INSS constitui vedação ao seu ingresso, conforme artigo 17, V, da mencionada Lei.

Verifica-se que a decisão de primeira instância inovou nos fundamentos de fato e de direito indicados originalmente no do ato administrativo original, e-fls. 07 e 10, a partir dos quais o litígio foi instaurado, que se estabilizou desde a ciência válida do correspondente termo.

Neste sentido, em relação aos demais débitos identificados somente em sede de primeira instância não foi instaurada as lide de forma correta, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. Por esta razão esta motivação específica apresentada pela primeira vez em sede do Acórdão da 9ª Turma DRJ/RPO/SP n.º 14-31.489, de 11.11.2010, e-fls. 26-27, não pode ser analisada como justificativa do indeferimento da opção pelo Simples Nacional, tendo em vista que as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal). Ademais, na condução da relação processual, o ordenamento jurídico dotou o Conselheiro de poderes cabendo-lhe adotar o princípio dispositivo da ação no qual deve

prestar a tutela jurisdicional nos limites que a Recorrente requereu primitivamente e nos casos e nas formas legais. A legislação processual obriga-o a que se contenha dentro da relação jurídica processual tal como foi configurada no ato administrativo vestibular, estando adstrito, não necessariamente aos fatos alegados pela parte no curso do processo, mas sim ao que foi originalmente objeto do feito fiscal, ou seja, no limite da lide. Essa é uma exigência da teoria da substanciação adotada pelo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo, em que o limite de proposição deve relacionar-se ao pedido inicial e à causa de pedir, esta se referindo ao conjunto de fundamentos de fato e de direito que justificam o pedido (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e inciso III do art. 319 do Código de Processo Civil).

Aliás essa possibilidade de “agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância” foi expurgada do processo administrativo fiscal desde a edição da Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009, que revogou o parágrafo único do art. 15 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. Nesse sentido, a contestação aduzida pela Recorrente, por isso, pode ser sancionada.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (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 dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva