



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

Processo n° 13836.000575/2007-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1003-000.016 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**
Sessão de 06 de junho de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente REGINA VEZZANI GRILLO ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO. INCLUSÃO RETROATIVA.

Exceto se comprovado erro de fato, não existe previsão legal para o rito de inclusão retroativa no Simples Nacional.

CIRCUNSTÂNCIA DE VEDAÇÃO. DÉBITO.

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.

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

A Recorrente formalizou em 30.08.2007, fl. 01, o Pedido de Inclusão Retroativa no Simples Nacional, nos seguintes termos:

[...] vem requerer sua inclusão no cadastro da Receita Federal como optante do simples nacional, uma vez que ao fazer o TERMO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL, por um erro funcional não deu seqüência no salvamento do termo, como segue anexo documentação. Esclarece que desde então demonstra interesse nessa modalidade de pagamento de impostos, e que também vai regularizar possíveis pendências em que se encontra.

O Contribuinte declara ainda, sob as penas da lei, não incorrer em qualquer das situações impeditivas à opção pelo Simples Nacional previstas nos art. 3º, 17 e 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

No Despacho Decisório de Inclusão no Simples Nacional DRF/Jundiaí/SP, de 21.01.2008, fls. 21-22, consta que o pedido foi indeferido fundamentado no fato de que:

Na verificação da admissibilidade ao Simples Nacional, a natureza jurídica e a atividade exercida pelo contribuinte, 2349-4-99 - Fabricação de produtos cerâmicos não-refratários não especificados anteriormente, não são vedadas para a opção, conforme cópia dos atos constitutivos, fls. 04/05, e extrato do cadastro no CNPJ, fls. 10/11. Quanto às demais hipótese de vedação à opção, pesquisas aos sistemas de informações da RFB, fls. 12/14, resultaram na existência de débitos com a Fazenda Pública Federal cuja exigibilidade não está suspensa, consubstanciando, desse modo, a vedação imposta pelo o art. 17, inciso V, da Lei Complementar n.º 123/2006, transcrito abaixo:

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; (g.n.)

Isto posto, e tendo em vista o disposto no art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006, proponho O INDEFERIMENTO do pedido.

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado Está registrado na ementa do Acórdão da 1ª Turma/DRJ/CPS/SP nº 05-21.718, de 17.04.2008, fls. 30-31:

SIMPLES NACIONAL. INGRESSO. DÍVIDA. VEDAÇÃO.

A existência de débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, é circunstância impeditiva para o ingresso ou a permanência no Simples Nacional.

Solicitação Indeferida [...]

Notificada em 28.05.2008, fl. 34, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 13.06.2008, fls. 35-35 e 71, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

No que tange à existência de débito argui que:

No entanto, a mesma vem esclarecer que realmente não consta o referido débito para com a Receita Federal, bem como mostra [...] a sua insubsistência, através da entrega da PJSI/2006 - Simples (Retificadora) (Doc. Anexo).

Informa-se que não foram juntados referidos documentos no recurso acima mencionado, por total desconhecimento do débito referido, vez que, com a entrega da mencionada Declaração Retificadora, o problema seria sanado, o que deixou de ser acatado por V.Sas.

Vale ressaltar, que o contribuinte recolheu a Guia-DARF-Simples a maior do que deveria, isto quer dizer, maior do que o valor declarado no PJSI/2006. (cópia da Guia-Darf-Simples em anexo).

Relativamente aos pedidos aduz que:

Portanto, mediante a comprovação de inexistência do referido débito, o contribuinte deverá ser incluído imediatamente no Simples Nacional, vez que, se encontra regular com suas obrigações tributárias perante a Receita Federal.

Nesse passo, trata-se de Empresa de Pequeno Porte, sem nenhuma vedação para seu enquadramento no Simples Nacional, conforme Lei Complementar 123/06 em seu art. 17, que constam as vedações previstas para seu enquadramento. [...]

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do termo de indeferimento, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para assim ser decidida e incluída no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, bem como, o cancelamento do debito fiscal reclamado, pela sua inexistência.

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 diz que deve ser deferida a sua inclusão retroativa no 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.

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.

Especificamente sobre o pedido de inclusão retroativa, 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 legais e do processo administrativo com a finalidade de implementar o controle de legalidade do ato administrativo. Vale lembrar que por essa razão, o servidor não pode por um mero ato administrativo conceder direitos, criar obrigações ou impor proibições aos sujeitos passivos sem previsão legal (art. 37 da Constituição Federal), exceto se comprovado erro de fato na solicitação pela sistemática.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, determina que a opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição. O indeferimento da opção será formalizado mediante ato da Administração Tributária e a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das pessoas jurídicas optantes. É de fato irrelevante o fato de possa ter havido intenção inequívoca de inclusão retroativa sa sistemática, uma vez que não há permissivo legal que ampare sua pretensão de opção apresentada fora do prazo legal. A solicitação arguida na peça recursal, por essa razão, não pode ser deferida, exceto se comprovado erro de fato na solicitação pela sistemática.

Passa-se a análise de todas as circunstâncias factuais para fins de evidenciar se houve erro de fato na solicitação pela sistemática.

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. Excepcionalmente é permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão ¹.

Ainda atinente a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral RE 627543² com trânsito em julgado em

¹ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 33 e art. 39 da 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, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

² 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%2E+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 dever ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF³:

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.

A Recorrente formalizou seu Pedido de Inclusão Retroativa no Simples Nacional em 30.08.2007, fl. 01. Consta no Acórdão da 1ª Turma/DRJ/CPS/SP nº 05-21.718, de 17.04.2008, fls. 30-31, cujos fundamentos de fato e de direito devem ser adotados nesta segunda instância de julgamento:

³ Fundamentação legal: 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Realmente existe a orientação do Comitê Gestor do Simples Nacional referida pelo Contribuinte - disponível no Portal do Simples Nacional na internet. Dita orientação, circunscrita aos casos de **exclusão** de Contribuintes do Simples Nacional, está em consonância com o disposto no art. 39 da LC nº 123, de 2006 (garantia de instância administrativa aos parâmetros, no caso da União, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972) e § 2º, art. 31, da mesma Lei (garantia de permanência no sistema tributacional sob atenção, mas desde que providenciada a regularização do débito no prazo para a oferta de manifestação de inconformidade contra eventual ato de **exclusão**).

Art. 31. [...]§ 2º Na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contado a partir da **ciência da comunicação da exclusão**.

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

Nesse exato ponto, a orientação sobredita faz referência à Resolução CGSN nº 23, de 13/11/2007, que fez acrescer o § 13 ao art. 6º da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007, nos termos seguintes:

§ 13. No caso da **exclusão** prevista nos §§ 1º e 2º do art. 21-A da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, aplicar-se-ão os efeitos da **exclusão** previstos no inciso V, aplicando-se o disposto no § 5º deste artigo, inclusive no caso de ausência de regularização da inscrição municipal ou estadual, quando exigível. (destacou-se).

De sua vez, os §§ 1º e 2º do art. 21-A da Resolução CGSN nº 4, de 2007, bem como o inciso V e o § 5º do art. 6º da Resolução CGSN nº 15, de 2007, antes referidos estatuem:

Resolução CGSN nº 4, de 2007.

Art. 21-A. Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2007, os entes federativos poderão permitir que a ME ou EPP que efetue a opção pelo Simples Nacional, no prazo previsto no caput do art. 17, e que possua débitos relativos a tributos ou contribuições cuja exigibilidade não esteja suspensa, efetue a regularização até 31 de outubro de 2007. [Incluído pela Resolução CGSN nº 16, de 30 de julho de 2007].

§ 1º “A ME ou EPP que não pagar ou parcelar os débitos nos termos do *caput* será **excluída** do Simples Nacional, sendo **o respectivo termo emitido pela autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado, observado o disposto no § 1º do art. 8º**. [Aí vai consignado que na hipótese de a opção pelo Simples Nacional ser indeferida, será expedido o respectivo termo por autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado que assim o decidiu, inclusive na hipótese de existência de débitos tributários, sendo certo que o indeferimento referido submete-se ao rito processual definido em legislação específica do respectivo ente federado - o Decreto nº 70.235, de 1972, no caso da União].

§ 2º O disposto neste artigo se aplica à ausência de regularização da inscrição municipal ou estadual, quando exigível.

Resolução CGSN nº 15, de 2007.

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

V - na hipótese da alínea 'd' do inciso II do *caput* do art. 3º [que determina que a **exclusão** do Simples Nacional, mediante comunicação hipótese de vedação prevista no inciso XVI do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007, o qual, à sua vez, reporta que não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa], a partir do ano-calendário subsequente ao da comunicação pelo contribuinte ou, no caso de **exclusão** de ofício, ao da ciência da exclusão, observado o disposto § 5º [Redação dada pela Resolução CGSN nº 33, de 17 de março de 2008. Redação anterior: V - na hipótese da alínea 'd' do inciso II do *caput* do art. 3º, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da exclusão, observado o disposto no § 5º]:

§ 5º “Na hipótese do inciso V do *caput*, será permitida a permanência da ME e da EPP como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até **30 (trinta) dias contado a partir da ciência da exclusão**.

Da exposição retro, o que se conclui é o seguinte: quando a orientação antes referida se reporta ao termo “notificação prévia”, está a dizer ato de **exclusão**.

Ocorre que, nos presentes autos, cuida-se de pedido de **inclusão** na referida sistemática tributacional.

De outro lado, a DRF de origem anota a existência de débitos de responsabilidade deste Contribuinte, e o faz reportando-se às fls. 12/14 dos autos. Nestas observa-se que, pelo menos até a data de consulta aos sistemas informatizados da RFB, isto é, até 17/01/2008, às 13h51min, o Contribuinte em epígrafe não tinha quitado débitos seus exigíveis no âmbito do Simples Federal (Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996), conforme relação às fls. 13/14.

Prova de quitação dos referidos débitos, demonstração de possível justificativa para a sua inexigibilidade, ou mesmo para a sua insubsistência, não vieram aos autos, sendo certo que, como já adiantado, máximo proveito tiraria o Contribuinte da regularização dos apontados débitos, mas desde que feita no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da negativa da DRF de origem, isto por analogia necessária com o que preceitua o § 2º do art. 31 da LC nº 123, de 2006, para o caso de exclusão do Simples Nacional.

Analisando a legislação tributária específica tem-se que no art. 7º da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e § 12 do art. 6º da Resolução CGSN nº 15, de 25 de julho de 2007, todos vigente à época (art. 144 do Código Tributário Nacional), a opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretroatável para todo o ano-calendário.

Os documentos constantes nos autos comprovam débitos em cobrança nos sistemas internos da RFB em 17.01.2008, fls. 12-14. Ainda os mesmos débitos ainda estavam em cobrança nos sistemas internos da RFB em 13.06.2008, fls. 66-67. Assim, sobre a alegação

da entrega de DSPJ retificadora em relação a qual a Recorrente defende que o procedimento teve o efeito de cancelar os referidos débitos, tem-se que estes persistiram em cobrança. Assim, somente após comprovada a cessação de todas circunstâncias de vedações a Recorrente pode optar pelo Simples Nacional, desde que observados a forma, o tempo e o lugar fixados em nas normas legais de regência. A contestação proposta na peça recursal de que houve erro de fato, dessa maneira, não se confirma.

Atinente a notícia trazida pela Recorrente de que teria sido efetuado pagamento a maior, tem-se que a análise dessa circunstância depende do preenchimento dos requisitos legais previstos no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Por essa razão não pode ser examinada nos presente autos.

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).

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

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva