ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13884.720859/2012-24

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

Processo nº	13884.720859/2012-24
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1001-000.277 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de	17 de janeiro de 2018
Matéria	INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL
Recorrente	ANE S. AZEVEDO LAVANDERIA - ME
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

ANOS-CALENDÁRIO: 2009, 2010, 2011 e 2012

A existência de débitos como Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou para com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, é hipótese de indeferimento da inclusão no Simples Nacional, nos termos do inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e José Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário contra o acórdão, número 03-60.078, da 4ª Turma da DRJ/BSB, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, face à existência de débitos, sem exigibilidade suspensa, consoante o artigo 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

A ora recorrente apresentou uma impugnação ao referido termo. cuja decisão da DRJ foi contrária à manifestação de inconformidade, a qual reproduzo o voto:

> *É tempestiva e atende aos demais requisitos legais de admissibilidade a manifestação de inconformidade manejada pelo interessada, razão por que merece ser conhecida.*
>
> *O litígio é decorrente do indeferimento dos pedidos da contribuinte contido no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 13 de agosto de 2012 em virtude da existência de pendências que a interessada integralmente contesta.*
>
> *Não assiste razão à manifestante.*
>
> *Considerando que a Manifestação de Inconformidade da contribuinte ataca o Parecer Secat 263, de 2012 e refere-se a atos praticados nos anos-calendário de 2009 a 2012, vamos analisá-los separadamente.*
>
> ***DOS DEVERES DO JULGADOR***
>
> *Inicialmente, cabe registrar que o julgador deve observar o entendimento da RFB expresso em atos normativos, de acordo com o disposto no artigo 7º, inciso V, da Portaria MF nº 341 /2011:*
>
> *Art. 7° São deveres do julgador:*
>
> *(...)*
>
> *IV cumprir*
>
> *e fazer cumprir as disposições legais a que está submetido; e*
>
> *V observar o disposto no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, bem como o entendimento da RFB expresso em atos normativos.*
>
> *(...)*
>
> ***DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE***
>
> *Quanto à alegação de inconstitucionalidade da norma levantada pela interessada, há disposição legal expressa quanto à atuação dos órgãos de julgamento administrativos, qual seja:*
>
> *Decreto nº 70.235/1972*
>
> *(...)*
>
> *Art. 26A.*

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 inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

A contribuinte alega que não teve conhecimento do Ato Declaratório Executivo DRF/SJC N° 387632, de 22 de agosto de 2008, mas argumenta que os débitos constantes da Intimação de Pagamento IP 3192812008 foram quitados assim que deles tomou conhecimento.

Telas de sistemas da RFB, trazidas aos autos pela DRF de origem, permitem verificar que a contribuinte foi cientificada do Ato Declaratório Executivo DRF/SJC N° 387632, de 22 de agosto de 2008 (fl. 79) por meio do Aviso de Recebimento 790012746, datado de 16 de setembro de 2008 e assinado por Ane Shirley Azevedo (fls. 90 e 91), responsável pela empresa.

Quanto aos débitos que ensejaram sua exclusão, estão explicitamente listados no Parecer Secat/DRF/SJC Nº 263, de 13 de agosto de 2012, onde se lê:

Os débitos que ensejaram a exclusão de ofício são aqueles constantes da Intimação de Pagamento (IP) 3192812008, quais sejam os débitos de natureza previdenciária relativos às competências 12/2003, 01/2004, 03/2004, 04/2004, 06/2004, 07/2005, 10/2005, 12/2006, 03/2007 e 04/2007.

Como não há nos autos, elementos que permitam determinar a data que a contribuinte teve ciência dos débitos que motivaram o ADE DRF/SJC N° 387632, de 22 de agosto de 2008, vamos considerar que foi cientificada deles por meio do Parecer Secat/DRF/SJC Nº 263, ou seja, em 23/08/2012, conforme AR 289799324JL (fl. 101), assinado por Ane Shirley Azevedo.

*Acerca das vedações ao recolhimento dos impostos e contribuições na forma do Simples Nacional tem-se no campo legal a **LC 123/2006**:*

***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;

(...)

Quanto à regulamentação da exclusão do Simples Nacional, tem- se no campo infralegal, as ***Resoluções CGSN nº 4/2007*** *e* ***15/2007,*** *vigentes à época:* ***Resolução CGSN nº 15/2007***

Art. 3 º A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

I – por opção;

II – obrigatoriamente, quando:

(...)

d. incorrer na hipótese de vedação prevista no inciso XVI do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

(...)

Art. 5 º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I – verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Resolução CGSN nº 4/2007

Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

(...)

XVI – 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;

(...)

A contribuinte que possua débito com o INSS ou as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa será excluída do Simples Nacional.

O artigo 151 do CTN, por sua vez, lista exaustivamente as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I moratória;

II o depósito do seu montante integral;

III as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espéciesde ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações assessórios dependentes da obrigação principal cujo crédito seja

suspenso, ou dela conseqüentes.

A possibilidade de regularização está prevista no Art. 31 §2° da LC 123 que aduz:

Art. 4° Tornar-se-á sem efeito a exclusão, caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica sejam pagos no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE), ressalvada a possibilidade de emissão de novo ADE devido a outras pendências porventura identificadas.

Assim, temos que, da ciência dos débitos, a contribuinte tem 30 dias para regularizá-los.

*Dessa forma, considerando que a contribuinte teve ciência, em 23/08/2012, dos débitos que ensejaram sua exclusão do Simples Nacional, teria até **24/09/2012** (segunda-feira), dia de expediente normal no órgão para regularizar as pendências do ADE DRF/SJC N° 387632, de 22 de agosto de 2008.*

A contribuinte alega em sua defesa, em síntese apertada, que regularizou os débitos constantes da Intimação de Pagamento (IP) 3192812008, quando deles tomou conhecimento, por meio de retificação de dados das GFIP.

*Os débitos que ensejaram a exclusão de ofício são aqueles constantes da Intimação de Pagamento (IP) 3192812008, quais sejam os débitos de natureza previdenciária relativos às competências **12/2003, 01/2004, 03/2004, 04/2004, 06/2004, 07/2005**, 10/2005, 12/2006, 03/2007 e 04/2007 (grifo nosso).*

A DRF de origem verificou que a requerente apresentou GFIP retificadoras para as competências 07/2005, 10/2005, 12/2006, 03/2007 e 04/2007, deduzindo das contribuições previdenciárias os valores pagos a título de salário família. Contudo, permaneceu a divergência para a competência 07/2005, em razão de não ter sido recolhido qualquer valor neste período.

A DRF/SJC prossegue em sua análise informando que não teria encontrado, nos sistemas da RFB, Guias da Previdência Social (GPS) para as competências 12/2003, 01/2004, 03/2004 e 04/2004.

Pesquisas nos sistemas da RFB (fls. 124 a 128) permitem verificar que as competências 12/2003, 01/2004, 03/2004, 04/2004, 06/2004, 07/2005 apresentavam débitos em aberto em 26/03/2014.

Assim, correta a decisão contida no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012 de manter a exclusão do ADE DRF/SJC N° 387632, de 22 de agosto de 2008.

DA OPÇÃO DE 2010

A contribuinte alega que regularizou a pendência constante no Termo de Indeferimento relativo à sua opção de 26/01/2010 (fls. 54).

Esse Termo de Indeferimento (TI) da Opção pelo Simples Nacional (fl. 54), expedido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, funda-se na existência de débitos de natureza previdenciária, com exigibilidade não suspensa, segundo art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006, e possui possui número de recibo 00.03.65.13.99 e data de registro 20/04/2012.

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

DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

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.

§ 1ºA 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; (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

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)

A regularização de eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional deve ser feita enquanto não vencido o prazo para a solicitação da opção (29/01/2010).

A DRF de origem traz aos autos telas de sistemas da RFB (fl. 89) e informa no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012 que o débito motivador do indeferimento encontrava-se exigível em 19/07/2012.

Assim, correta a decisão contida no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012 de indeferir o pedido da contribuinte de cancelamento do TI de recibo 00.03.65.13.99.

DA OPÇÃO DE 2011

A contribuinte alega que regularizou a pendência constante no Termo de indeferimento relativo à sua opção de 31/01/2011 (fls 72)

Esse Termo de Indeferimento (TI) da Opção pelo Simples Nacional fl. 72), expedido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, funda-se na existência de débitos de natureza

previdenciária, com exigibilidade não suspensa, segundo art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006, e possui número de registro 00.04.32.85.78 e data de registro 20/04/2012.

A regularização de eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional deve ser feita enquanto não vencido o prazo para a solicitação da opção (31/01/2011).

Pesquisas nos sistemas da RFB (fls 129 e 130) permitem verificar que o débito motivador do indeferimento só foi liquidado em 31/01/2012.

Assim, correta a decisão contida no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012 de indeferir o pedido da contribuinte de cancelamento do TI de recibo 00.04.32.85.78.

DA OPÇÃO DE 2012

A contribuinte alega que todos as suas pendências teriam sido regularizados tempestivamente.

A DRF de origem verificou que não há restrições por parte da RFB para o pedido de opção de 2012 (fls. 73 e 74), devendo a impugnação ser dirigida ao ente federado que a indeferiu.

Pesquisas nos sistemas da RFB (fls. 129 a 134) permitem verificar que o débito com a RFB foi quitado em 31/01/2012, restando pendências com outro ente federado.

Dispõe o art. 14 da ***Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) n° 94, de 29 de novembro de 2011****, que o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional será expedido por autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado que decidiu o indeferimento.*

Art. 14. Na hipótese de ser indeferida a opção a que se refere o art. 6°, será expedido termo de indeferimento por autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado que decidiu o indeferimento, inclusive na hipótese de existência de débitos tributários. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 16, § 6°)

Parágrafo único. Será dada ciência do termo a que se refere o caput à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha indeferido a sua opção, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110 (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 16, §§ 1 °A e 6°; art. 29, § 8°)

A mesma Resolução, em seu art. 109, esclarece que o contencioso administrativo relativo à opção pelo Simples Nacional submete-se ao rito processual definido em legislação específica do ente federado que a indeferiu, cabendo a este o registro da liberação em aplicativo próprio, após a qual, será deferida a opção automaticamente, caso não haja pendências com outros entes.

Art. 109. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federado que efetuar o lançamento do crédito tributário, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 39, caput)

Assim, correta a decisão da DRF de origem de não conhecer da manifestação de inconformidade quanto ao pedido de opção ano-calendário 2012, código da Solicitação: 00.04.77.33.91 proferida no Despacho Decisório do Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de se conhecer da manifestação de inconformidade e, quanto aos pedidos da contribuinte, temos que:

1. Em relação ao pedido de reinclusão retroativa a 1°/01/2009, voto no sentido de julgá-lo ***improcedente*** *para ratificar a decisão contida no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012 de manter a exclusão do ADE DRF/SJC N° 387632, de 22 de agosto de 2008;*

2. Em relação ao pedido de reinclusão retroativa a 1°/01/2010, voto no sentido de julgá-lo ***improcedente*** *para ratificar a decisão contida no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012, de indeferir o pleito da contribuinte de cancelamento do TI de recibo 00.03.65.13.99;*

3. Em relação ao pedido de reinclusão retroativa a 1°/01/2011, voto no sentido de julgá-lo ***improcedente*** *para ratificar a decisão contida no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012, de indeferir o pleito da contribuinte de cancelamento do TI de recibo 00.04.32.85.78;*

4. Em relação ao pedido de reavaliação da opção do ano-calendário 2012, código da Solicitação: 00.04.77.33.91, voto no sentido de julgá-lo ***improcedente*** *para ratificar a decisão contida no Parecer Secat/DRF/SJC n° 263, de 2012, de não conhecer do pleito.__*

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo, que apresenta os pressupostos de admissibilidade e, portanto, dele eu conheço.

A recorrente, em seu Recurso Voluntário, alegou:

Tendo em vista, esta Junta de Julgamento tendo considerado IMPROCEDENTE a Manifestação de Inconformidade ao Parecer SECAT/DRT/SJC n° 263 de 13/08/2012, vem através deste, solicitar a RECONSIDERAÇÃO de suas alegações, visto

que: No próprio relatório desta Junta de Julgamento, é mencionado o artigo 109 da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, que diz:

"art.109: O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federado que efetuar lançamento do crédito tributário, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, caput)".

Também no mesmo relatório é mencionado que em pesquisa efetuada nos sistemas da RFB (fls. 124 a 128), permitiram verificar que as competências 12/2003, 01/2004, 03/2004, 04/2004, 06/2004, 07/2005 apresentavam débitos em aberto em 26/03/2014.

Tendo em visto esses dois fatos relatados, vale salientar que em relação às competências em aberto, a empresa, tendo efetuado regularização através de GFIPs e consultado o site da RFB através do (IP) 3192812008, onde constou a seguinte expressão: "A IP 00319281/2008 NÃO APRESENTA DIVERGÊNCIA NA OPÇÃO TODAS AS RUBRICAS", considerou que sua situação perante o Fisco estava regularizada e sem pendências, pois, na época, o acesso às informações do referido Simples Nacional não eram tão acessíveis quanto nos dias atuais, com inúmeras falhas de processamento e atendimento em suas unidades.

Sendo assim, no relatório, menciona que ainda há pendências de valores em aberto na data de 26/03/2014, mas, a empresa está considerada reenquadrada no Simples Nacional desde 01/01/2013, como pode ser comprovado pela tela impressa no dia 07/08/2014, diretamente extraída do site da Receita Federal do Brasil, em anexo a esse processo. Isso vai de encontro ao artigo 109 da Resolução citada acima, visto que, se a empresa possuir débitos, não poderá enquadrar-se no referido sistema de tributação.

Esses débitos ora mencionados no relatório, não são de conhecimento da empresa, e nem tampouco informados à mesma, pois, se obteve o seu reenquadramento em 2013, concluiu que estava com sua situação cadastral e fiscal devidamente solucionada, restando-lhe apenas a conclusão deste processo que se encontra nesta Junta de Julgamento. Em nenhum local do site ou mesmo no balcão de atendimento, é informada tal situação cadastral, não tendo a empresa acesso às informações internas deste órgão, portanto, não podendo ser penalizada por desencontros de informações ou até mesmo omissão por parte do órgão.

Levando-se em consideração que a execução fiscal é o procedimento para cobrança de créditos já constituídos pelos órgãos lançadores, nos termos do artigo 142 do CTN e rege-se

pela Lei 6830/1980 (Lei de Execuções Fiscais – LEF) que trata especificamente da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Para tal, conforme citação de CARVALHO, Paulo de Barros, página 470:

"Com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado o sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de 05 (cinco) anos para que ingressem em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instrumento processual próprio dar-se-á o fato jurídico da prescrição. A contagem do prazo tem como ponto de partida a data da constituição definitiva do crédito, expressão que o legislador utiliza para referir-se ao ato de lançamento regularmente comunicado (pela notificação) do devedor".

Somente é pressuposto para o ajuizamento da execução fiscal que o crédito esteja previamente constituído pelo lançamento e que haja o título executivo pela inscrição do débito em Dívida Ativa (Certidão de Dívida Ativa – CDA). A partir de então, a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para o ajuizamento da execução fiscal nos termos do Artigo 174 do CTN.

Ora, a referida empresa não tem conhecimento e nem ciência da emissão de qualquer CDA para os débitos aqui mencionados, e também não constam em nenhuma pesquisa no site da RFB tal emissão, pelo menos até onde a mesma possui acessos através do seu código de acesso ao Portal e-CAC.

Levando-se em consideração a citação de Paulo de Barros Carvalho, expirou-se o prazo para este órgão cobrar os débitos mencionados no relatório, constituindo-se então a PRESCRIÇÃO destes.

Com tudo aqui exposto, a empresa solicita a RECONSIDERAÇÃO do resultado deste relatório que considerou improcedente suas alegações, deferindo seu pedido de reenquadramento no Simples Nacional para os anos de 2009, 2010, 2011 e 2012, além da quitação geral dos débitos ora apresentados e inexistentes pela prescrição destes.

A DRJ fez uma exaustiva do pleito da recorrente, ano a ano, demonstrando a existência de pendências impeditivas à opção pelo Simples Nacional, apresentando, inclusive, as devidas provas documentais anexadas ao processo.

Alega prescrição dos créditos, nos termos do artigo 174, do Código Tributário Nacional - CTN, para a Fazenda Pública efetuar a cobrança.

Entretanto, por ocasião do indeferimento da Opção, em cada ano-calendário, os débitos foram constituídos regularmente e nenhuma prescrição havia ocorrido, portanto, não assiste razão à recorrente, neste pleito.

Alega ter sido enquadrada no Simples Nacional em 2013, ano-calenário este que não está em discussão neste processo.

Por último, solicita o seu enquadramento no Simples nos anos-calendário de 2009 a 2012 e *"quitação geral dos débitos ora apresentados e inexistentes pela prescrição destes."*

Como já dito antes, a DRJ efetuou uma análise profunda e criteriosa, ano a ano, dos pedidos da Recorrente e concluiu, com base nas provas constantes nos autos, a correção do indeferimento da opção pelo Simples Nacional nos anos-calendário em discussão, com base no artigo 17, inciso V, da LC 123/2006, acima transcrito no vota da DRJ.

Portanto, o a decisão da DRJ está correta e muito bem embasada, posto que, com base na legislação, em vigor, LC 123/2006, as microempresas ou empresas de pequeno porte não podem se beneficiar do Simples Nacional, se houver débitos, com a exigibilidade não suspensa, para com a Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou para com as Fazendas Pública Federal, Estadual ou Municipal.

Conseqüentemente, nego provimento ao presente recurso, sem crédito tributário em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva