



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13942.000034/2010-96
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.788 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 04 de agosto de 2020
Recorrente CHOPERIA & PIZZARIA FORNO DE OURO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

TERMO DE INDEFERIMENTO DE OPÇÃO. EXISTÊNCIA DE DÉBITO.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar 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 02.03.2010, e-fl. 04:

- 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 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 nº 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 7ª Turma DRJ/CTA/PR nº 06-39.923, de 26.03.2013, e-fls. 56-57:

SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO.

A existência de débito com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, 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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 09.04.2013, e-fl. 64, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 09.04.2013, e-fls. 65-66, 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:

II — O Direito

II.1 — PRELIMINAR

No acompanhamento de Opção pelo Sistema Nacional, datado de 28/01/2010, impresso às 14:20 horas, (anexo II) em sua observação final, diz:

"Se a pessoa jurídica regularizar todas as pendências acima relacionadas até o último dia útil do mês de janeiro de 2010, a solicitação de opção pelo Simples Nacional será automaticamente deferida, não sendo necessário solicitar nova opção pelo Simples Nacional".

Ressaltem os senhores que em nenhum momento é informado ao contribuinte que tal valor deve ser atualizado.

Baseado no Art. 186 do Código Civil, a Receita Federal do Brasil, induziu a empresa em erro, fazendo com que a mesma recolhesse o valor original sem a devida atualização pois o sistema conhecido por SICALC Auto Atendimento, mesmo informando ao contribuinte que as informações ali postadas, que são de responsabilidade deste, não deveria aceitar a emissão de um DARF, com período de apuração 01/04/2009, com data de vencimento em 29/01/2010, tão pouco ser acolhido pelo sistema financeiro, como é observado nos demais DARF's de outros códigos de recolhimentos, sito como por exemplo 1RPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, COFINS entre tantos outros.

Entendemos que com isso a Secretaria da Receita Federal também assumiu responsabilidades pelas informações por ela fornecido, conforme preceitua o Art. 186 do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/2002:

"Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (grifo nosso). [...]

II. 2— MÉRITO

Apresentação do direito.

Anexo I cópia do DARF;

Anexo II cópia do termo de Acompanhamento de Opção do Simples Nacional.

No que concerne ao pedido conclui que:

III — A CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

É o Relatório.

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 nº 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 efetuou o pagamento do débito em 29.01.2010.

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.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 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

A Lei Complementar nº 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 irretratável 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 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

de menor porte." Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUM%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

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.

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 (ME), 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 desarrazada 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.

Consta nas Perguntas e Respostas Simples Nacional ³:

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. [...]

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.

2.17. 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.

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-fl. 46.

A Recorrente diz que regularizou o débito em 29.01.2010, e-fl. 68, porém evidencia-se que não integralmente. Consta no Acórdão da 7ª Turma DRJ/CTA/PR nº 06-39.923, de 26.03.2013, e-fls. 56-57, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

No caso, conforme análise da DRF de origem, tem-se que os documentos que instruem o presente processo, principalmente os de fls. 13, 19/22, demonstram que o débito não foi liquidado tempestivamente. Não houve a regularização porque o valor recolhido não foi suficiente para extinguir totalmente o débito, restando saldo remanescente de R\$ 11,34.

Quanto ao fato de o DARF não ter sido atualizado corretamente pelo SICALC, explica-se que tal fato ocorreu por erro do próprio contribuinte que não observou a mensagem exibida na opção DARF / pagamento, cito:

“O sistema não calcula o valor dos encargos. As informações relativas a este pagamento preenchidas pelo contribuinte são de sua exclusiva responsabilidade.”

Ou seja, o correto seria calcular e preencher o DARF considerando a data de vencimento do débito como 27/05/2009, como consta na descrição do débito de fl.18 e

23 ou então o contribuinte poderia procurar uma agência da Receita Federal para quitação correta do seu débito.

Assim, verifica-se que só restou saldo não quitado porque o contribuinte não utilizou corretamente a ferramenta disponibilizada pela Receita Federal vez que pagou apenas o valor principal devido, ignorando a mensagem supracitada que indica claramente que o sistema não calcula o valor dos encargos.

Por fim, quanto à alegação de que o valor seria ínfimo (R\$11,34), cabe apenas esclarecer que a Lei não traz valores mínimos a serem considerados e, tendo em vista a vinculação dos agentes administrativos à Lei (Princípio da Legalidade), não há como afastar a obrigação legal por ser o valor de pequena monta.

Por todo o exposto, é forçoso concluir que o débito apontado como impeditivo no “Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional” para o ano-calendário de 2010 não foi totalmente liquidado no prazo legal, persistindo a pendência apontada no processamento da opção, fato que justifica o indeferimento do pleito da interessada nos termos do art.17, inciso V, da referida Lei Complementar.

Nesse sentido, a identificação destes débitos estavam disponibilizados a Recorrente na internet no sítio institucional da RFB.

Além disso, os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica sofrem a incidência de acréscimos legais, na forma da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que determina:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Estes são os critérios que devem ser adotados no cálculo dos acréscimos legais no caso especificado.

Por estas razões, restou comprovado que a situação fiscal não estava regular na época da opção. A contestação aduzida pela Recorrente, por isso, não 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 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).

Dispositivo

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva