



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15971.000327/2009-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.808 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 05 de agosto de 2020
Recorrente SEBASTIÃO APARECIDO TRIGO MATÃO ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

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 rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, 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, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Termo de Indeferimento de Opção

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 registrado em 22.05.2009, e-fls. 15 e 21-23:

- 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 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 9ª Turma DRJ/RPO/SP nº 14-31.964, de 15.12.2010, e-fls. 36-37:

SIMPLES NACIONAL. PARCELAMENTO DE DÉBITO

Constitui vedação ao ingresso no sistema de tributação Simples Nacional a existência de débitos com a Receita Federal.

Impugnação Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 04.01.2011, e-fl. 39, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 21.01.2011, e-fls. 40-44, 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:

Um dos princípios reguladores do Processo Administrativo Fiscal é o Contraditório e Ampla Defesa.

Decorre do art. 5º, LV, da Constituição Federal/88, que tem a seguinte redação:

aos litigantes, em Processo Judicial ou Administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. [...]

II - OS FATOS [...]

Informamos que nos levantamentos efetuados são apontadas as pendências e destacado o mês e valor do débito, geralmente é feito o acerto por essa pesquisa de levantamento e feito os devidos acertos e pago os devidos débitos, porém na pesquisa junto à previdência aparece uma expressão débito: 55693690 nunca foi dada a devida importância a essa expressão e nem mesmo o funcionário da previdência soube a princípio informar do que se tratava. Deslocamos até a PGFN/INSS e fomos informado de que se tratava de parcelamento extinguido por falta de pagamento junto ao INSS. [...]

II – O DIREITO

II.1 – PRELIMINAR

Diante da documentação que estaremos apresentando, solicitamos antes de apreciar o mérito atender a reivindicação já que a atividade não fora alterada não por do/o e sim por erro da RFB ao emitir relatório de pendências, A empresa recolheu todos os tributos na Forma do Simples Nacional baseando-se na Lei Complementar 123/2006.

II. 2 - MÉRITO (inciso III e IV do art. 16 do Dec.70.235/72)

Descrevemos que é legítimo o pedido e existe decisão dentro do próprio Órgão que indeferiu o pedido via internet na Lei Complementar 123/2006 destaca que deverá haver tratamento diferenciado para a Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, porém não estamos constatando essa diferenciação, além do rigor ao aplicar a exclusão.

No que concerne ao pedido conclui que:

III. 2 - A CONCLUSÃO

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do indeferimento inicial, espera e requer a parte seja acolhida o presente recurso para o fim de assim ser decidido, mantendo a empresa no Simples Nacional no ano calendário de 2009.

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.

Nulidade do Termo de Indeferimento de Opção Executiva e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

O Termo de Indeferimento de Opção foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância

(inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação às atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ademais, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado. Sobre a matéria, cabe indicar o entendimento emanado em algumas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal¹:

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, "a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente" (AI 650.375 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e "o órgão julgante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento" (AI 690.504 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008). [AI 747.611 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 13-10-2009, 1ª T, DJE de 13-11-2009.] = AI 811.144 AgR, rel. min. Rosa Weber, j. 28-2-2012, 1ª T, DJE de 15-3-2012 = AI 791.149 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-8-2010, 1ª T, DJE de 24-9-2010 (grifos do original)

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Existência de Débito

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que indevidamente o débito "se tratava de parcelamento extinguido por falta de pagamento junto ao INSS".

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)².

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A constituição e o supremo do art. 93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

² 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 de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUMER>>

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/RS³ 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

%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>. Acesso em: 08 mai. 2020.

³ 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.

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.

Consta nas Perguntas e Respostas Simples Nacional ⁴:

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?

⁴ 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.

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-fls. 15 e 21-23.

Nesse sentido, a identificação destes débitos estavam disponibilizados a Recorrente na internet no sítio institucional da RFB. Restou comprovado que a situação fiscal não estava regular na época da opção. A contestação aduzida pela Recorrente, por isso, não pode ser sancionada.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 9ª Turma DRJ/RPO/SP nº 14-31.964, de 15.12.2010, e-fls. 36-37, 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):

O contribuinte alega que regularizou todas as divergências, e desconhece o motivo da cobrança do débito nº 55693690. A alegação não procede. Isso porque, conforme já acima mencionado, referido débito, o qual o contribuinte teve pleno conhecimento, se refere ao parcelamento concedido em 26/05/1997, constituído por meio do LDC nº 31886739-7, o qual não foi liquidado totalmente, uma vez que o mesmo encontra-se com três parcelas pendentes.

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 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 rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva