



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

Processo nº 18470.722190/2012-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1001-000.253 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 07 de dezembro de 2017
Matéria SIMPLES NACIONAL - INDEFERIMENTO DA OPÇÃO
Recorrente CENTRO EDUCACIONAL MARAVILHAS DA INFANCIA LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO.

Se no prazo limite para a opção a empresa possuir débitos sem exigibilidade suspensa perante a Fazenda Pública, não poderá ingressar no Simples Nacional.

ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº. 02

Aplicação da Súmula CARF nº. 02: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela 14ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ), mediante o Acórdão nº 12-54.094, de 22/03/2013 (e-fls. 36/41), objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito

Trata-se de Manifestação de Inconformidade apresentada em razão de ter sido negado à Requerente o ingresso no Simples Nacional.

2. Conforme o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, fls. 19/23 do e-processo, constatarem-se:

2.1. Como pendências fiscais de natureza previdenciária, os débitos 366704222 e 369571754, mais 35 competências não recolhidas, de 02/2007 a 11/2011, com respectivos valores.

2.2. Como pendências fiscais de natureza não previdenciária, foram indicados 27 débitos diversos, referentes a multa por atraso/falta de DIPJ, débitos de PIS, COFINS, IRPJ, CSLL.

2.3. Por fim, foram indicados 6 débitos inscritos em Dívida Ativa da União (PGFN).

3. Consta como data do registro do Termo de Indeferimento o dia 16/02/2012 e o Número do Recibo 00.04.94.77.14.

4. A interessada protocolou Manifestação de Inconformidade em 13/03/2012, vide fls. 02/18 do e-processo.

Em síntese:

4.1. Pede sejam as futuras correspondências encaminhadas ao endereço de seu patrono.

4.2. Pede o cadastramento do processo no serviço de push-processo do COMPROT.

4.3. Protesta pela juntada de documentos a posteriori.

4.4. Pede seja declarada a prescrição do crédito tributário cabível nos termos do art. 174 do CTN, cc. art. 269, IV do Código de Processo Civil.

4.5. Pede que a empresa, enquanto não finda a lide administrativa, seja mantida como optante pelo Simples Nacional, nos termos do art. 151, III do CTN, por força do efeito suspensivo da presente manifestação de inconformidade.

4.6. Argumenta sobre a cobrança excessiva de acréscimos legais, requer seja respeitado o princípio de capacidade contributiva e pede que seja fornecida “planilha atualizada dos débitos legalmente exigíveis, bem como sejam os mesmos

convertidos em UFIR da época para que após aceitação de nossa parte, sejam os mesmos objeto de parcelamento, em tantas parcelas quanto possível, viabilizando dessa forma a existência da própria empresa, face ao disposto no art. 179 da Carta Constitucional de 1988”.

4.7. Pede que seja deferida a inclusão da empresa no Simples Nacional com data retroativa a 01/07/2007 .

4.8. Tece outras diversas considerações de cunho genérico, como protestos contra o grande número de dispositivos legais e infralegais a serem obedecidos, dificultando a regularização dos créditos em aberto, em especial através do parcelamento; da falta de respeito ao direito a tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas; da criação do Simples Nacional; da ilegalidade do art. 20 da Resolução 4 CGSN/2007, cc. art. 79 da LC 123/2006.

A DRJ considerou improcedente a manifestação de inconformidade e publicou acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL.

Deve ser indeferido o pedido de opção pelo Simples Nacional, se o contribuinte não regularizou, dentro do prazo fixado pela legislação, a pendência impeditiva de seu ingresso no regime especial de tributação.

ART. 17 DO DEC. 70.235/72 - MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

A teor do art. 17 do Decreto 70.235/72, a matéria não expressamente impugnada está preclusa. Necessidade da estabilização da relação jurídico-processual no contencioso administrativo fiscal. Compatibilidade com a Legalidade Administrativa insculpida no Art, 37, caput, da Constituição da República.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância em 20/05/2013, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 48, a Recorrente apresentou recurso voluntário em 03/06/2013, conforme carimbo apostado no documento de folha única (e-fl. 51).

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

Gira a lide sobre o indeferimento do pedido de inclusão no Simples Nacional, em virtude dos referidos débitos não pagos no prazo legal, ou cuja exigibilidade não estava suspensa. A base legal do indeferimento foi o art. 17, inciso V, da Lei Complementar 123/2006, *verbis*:

Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

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**; (grifo não consta do original)*

E o artigo 31, §2º, tem a seguinte redação:

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

*§ 2º Na hipótese dos **incisos V e XVI do caput do art. 17**, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal **no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão**.*

Nesse particular, mediante o art 6º, §§1º e 2º, da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN), assim dispôs sobre a forma de ingresso no regime especial:

DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

Art. 6º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 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 § 5º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 2º)

§ 2º Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

*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; (grifos não pertencem ao original)

No recurso interposto, a recorrente requer a "**submissão de seu recurso a instância imediatamente superior**".

Os argumentos apresentados em sede de primeira instância foram fundamentadamente afastados, pelo que peço vênia para transcrever o excerto a seguir do voto condutor do acórdão recorrido, adotando-o desde já como razões de decidir, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/1999:

6. Inicialmente, cumpre ressaltar que as discussões acerca da legalidade e constitucionalidade de lei ou ato normativo, as quais foram alegadas pela notificada em diversos pontos ao longo de sua defesa, são de prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, devendo vigorar o texto legal, enquanto não retirado do ordenamento jurídico. Existindo norma legal em vigor que discipline a matéria, não cabe às instâncias administrativas opor-se à sua aplicação. O mérito da constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias deve ser enfrentado junto ao Poder Judiciário, que por força constitucional, é o foro adequado para tal discussão.

7. Aplicam-se ao processo administrativo-fiscal, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, as determinações constantes no Decreto 70.235/1972, que estipula que o local legalmente determinado para o recebimento de intimações, por via postal, é aquele eleito pelo sujeito passivo como seu domicílio tributário (endereço postal, eletrônico autorizado, ou por qualquer outro meio ou via por ele fornecido, para fins cadastrais).

Decreto 70.235/1972

Art. 23. §4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I- o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II- o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresse consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

7.1. Portanto, não é de competência da autoridade administrativa de julgamento essa alteração, indeferindo-se o pedido no sentido de que as intimações sejam efetuadas na forma pretendida pelo interessado, pois, na atual fase do procedimento, elas são feitas por via postal, endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, nos termos da legislação transcrita.

Prejudicial

8. Observo que, considerando a data de efeito do Termo de Indeferimento, 01/01/2012, não há que se falar em prescrição ou decadência dos débitos apontados

no Termo de Indeferimento, haja vista que, dentre as competências não recolhidas e que não foram objeto de lançamento, nenhuma é anterior a janeiro de 2007, o mesmo podendo-se dizer dos recolhimentos em aberto de natureza não previdenciária. Quanto ao débito mais antigo, número de processo 10768401091200411, este já se encontra inscrito desde 21/08/2006. Os débitos previdenciários, DCGB 36.670.4222 e 36.957.1754, datam, respectivamente, de 26/12/2009 e 21/08/2010, sendo inscritos na Dívida Ativa em 24/12/2011 e 09/10/2010.

Mérito

9. O parágrafo 2º do artigo 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, assim dispõe:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

(...)

§ 2º A opção de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no §3º deste artigo.

9.1. O Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN) dispôs sobre a forma de ingresso no regime especial na Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007, cujo art. 7º assim estabelece:

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. (grifei)

§1º-A Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009) (grifei)

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) (grifei)

§1º-B O disposto no §1º-A não se aplica às empresas em início de atividade. (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

(...)

§3º No caso de início de atividade da ME ou EPP no ano-calendário da opção, deverá ser observado o seguinte:

I- a ME ou a EPP, após efetuar a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como obter a sua inscrição municipal e estadual, caso exigíveis, terá o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 41, de 1º de setembro de 2008) (Vide art. 2º da Resolução CGSN nº 41, de 1º de setembro de 2008)

(...)

10. Como visto, o legislador fixou um prazo peremptório para a regularização das pendências impeditivas, que devem ser saneadas até o término do prazo para solicitação da opção.

11. Dessa forma, para que a manifestação de inconformidade fosse considerada procedente, a Requerente deveria ter demonstrado que foi providenciada a regularização de todas as suas pendências até o último dia do prazo para a opção, a saber, 31/01/2012.

11.1. Observo que, em relação ao ano-calendário de 2012, a empresa não se encontrava ‘dentro’ do Simples Nacional e foi excluída. Ao contrário, estava ‘fora’ e não foi aceita sua entrada no Simples Nacional.

12. O Decreto 70.235/72 fixa o conceito de processo administrativo fiscal como aquele que se inicia com a impugnação tempestiva do lançamento (art. 14), e estabelece que a impugnação deverá arrolar os pontos de discordância e as provas que possuir, verbis:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I- a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II- a qualificação do impugnante;

*III- os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)*

13. Deste modo, operou-se a chamada preclusão administrativa pela qual o ato administrativo, esgotados ou inexistentes os recursos contra ele, adquire estabilidade, e não mais pode ser modificado pela Administração. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de direito administrativo**, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 91),

*“Preclusão é a perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo)”*1 (grifei).

14. Importante notar que o ônus da impugnação específica do mérito da emissão do Termo de Indeferimento, além de requisito indispensável à aferição da adequação formal da manifestação de inconformidade, é uma importante regra processual afeta aos critérios de distribuição do ônus prova, já que a legislação é expressa ao afirmar que, nas razões de defesa, cabe ao sujeito passivo manifestar-se precisa e especificamente sobre cada ponto de discordância.

15. Constatado que a manifestação de inconformidade, na medida em que não especifica qual dos débitos apontados no Termo de Indeferimento não constituiria empecilho à admissão da empresa no regime simplificado de tributação, não aponta os erros e as discordâncias presentes no referido Termo, torna-se inepta, sendo admitidos como verdadeiros os pontos (matérias) não impugnados, e não se instaurando a lide em relação a eles.

16. É o que se depreende também da doutrina de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez López, in “Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado”, Dialética, 2002, p. 236/237:

“O artigo 16 do PAF estabelece, ainda, em seu inciso III, como requisito da peça impugnatória, a menção dos motivos de fato e de direito, os pontos de discordância e as razões e provas que o contribuinte possuir. Assim, se o contribuinte não questiona item por item da exigência fiscal, de forma direta e objetiva, corre o risco de ver sua pretensão indeferida por não estar instaurado o litígio. Impende observar que a matéria devolvida à instância julgadora é aquela expressamente contraditada na peça impugnatória, ou seja, aquela em que esteja evidenciada, de maneira inequívoca, a reação do contribuinte ao lançamento. É preciso, portanto, demonstrar a intenção de impugnar. Não bastando contestar, de forma genérica, a autuação (negação geral) e pedir o cancelamento do lançamento”(grifamos).

17. Conclui-se, assim, que a peça defensiva cingiu-se a tratar de questões genéricas, mas não especificamente às pendências apontadas como empecilhos à opção da empresa pelo regime de tributação do SIMPLES NACIONAL, o que conduz à conclusão pela procedência do Termo de Exclusão guerreado, haja vista ter-se dado a preclusão no que diz respeito ao questionamento dos débitos nele apontados, bem como da oportunidade de produção de provas.

Conclusão 18. Finalmente, concluo que o processo de exclusão cumpriu todos os requisitos legais e VOTO por NEGAR PROVIMENTO À MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE, **para manter o Termo de Indeferimento da opção da empresa ao Simples Nacional**.

Como acertadamente consignou a decisão recorrida em relação às supostas inconstitucionalidades alegadas, é vedado ao julgador administrativo negar aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade. O tema é pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo, nos termos da Súmula CARF nº. 02:

Súmula CARF nº. 02: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de Lei Tributária”.

Outrossim, a autoridade administrativa é vinculada à legalidade estrita, seja nos termos da Lei 8.112 de 1990, em seu artigo 116, III, seja pelo artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

Assim, a partir do momento em que a norma é inserida em nosso sistema legislativo, é obrigação da autoridade administrativa a sua aplicação, não cabendo ao julgador administrativo expressar seu juízo de valor por eventuais injustiças que esta norma tenha causado, papel este incumbido aos tribunais competentes.

Processo nº 18470.722190/2012-91
Acórdão n.º **1001-000.253**

S1-C0T1
Fl. 63

A hipótese colocada, sem dúvida alguma, configura aquela a situação prevista na Súmula acima mencionada, desta forma, entendo que a decisão recorrida não merece ser reformada quanto aos pontos alegados pela recorrente.

Por todo o exposto, face à comprovada existência de débito não suspensos perante a Fazenda Nacional na data limite para a opção, voto por negar provimento ao recurso voluntário mantendo-se o indeferimento da opção pelo simples Nacional.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni