



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

Processo nº 18470.724868/2013-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1001-000.218 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 6 de dezembro de 2017
Matéria INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL
Recorrente CENTRO EDUCACIONAL ESPERANÇA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL
ANO-CALENDÁRIO 2013

O Recurso Voluntário foi apresentado após o transcurso do prazo de 30 dias da data do conhecimento da decisão de primeira instância, o que o torna intempestivo, nos termos do art. 33, do Decreto 70.235/75 ...

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do 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 14-50.088 da- 1ª Turma da DRJ/RPO, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, face à existência de débito inscrito em Dívida

Ativa da União, 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:

Voto

A impugnação apresentada, em que comparece como signatário Dr. Alair Maquinez da Cruz, OAB/RJ 152.100, nomeado nos termos do mandato particular cujo instrumento acha-se acostado sob fls. 16/17, atende aos requisitos de admissibilidade. Por tempestiva, dela conheço.

Inicialmente a manifestante solicita que o envio de intimações seja feito para o endereço do patrono da empresa. Tal pedido não pode ser acatado, pois, não há previsão legal para o que requer o contribuinte, isto é, que as intimações sejam enviadas em nome e para o endereço do advogado.

Nos termos do PAF, art. 23, II, c/c § 4º, sem margem a dúvidas, as intimações por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, devem ser enviadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo (endereço postal, eletrônico ou de fax, fornecido à Secretaria da Receita Federal para fins cadastrais). As publicações por edital ou no Diário Oficial da União devem ser feitas apenas em nome da pessoa jurídica (sujeito ativo ou passivo da relação jurídico-tributária).

Processo administrativo fiscal não se confunde com processo civil. A legislação processual civil somente é usada subsidiariamente quando houver lacunas no estatuto processual tributário. Não é a hipótese.

É, por essa razão, indeferido o pedido.

Ainda em sede preliminar, suscita a manifestante nulidade do Termo de Indeferimento de sua opção ao Simples Nacional, em razão de não ter sido citado nominalmente. Alega que só tomou conhecimento do indeferimento por meio de consulta à internet, pois, não lhe fora enviada notificação por AR ou outra forma de notificação pessoal, via postal ou Edital.

Não é bem assim. A Lei Complementar nº 123 de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dispõe, quanto à comunicação aos contribuintes relativamente à exclusão do sistema diferenciado, assim como, ao indeferimento à opção ao ingresso no referido sistema, o seguinte:

Seção VIII

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação: (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão; e (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

II - poderá ser feita por meio eletrônico, observada a regulamentação do CGSN. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

§ 8º A notificação de que trata o § 6º aplica-se ao indeferimento da opção pelo Simples Nacional. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

Por seu turno, o Comitê Gestor do Simples Nacional ao regulamentar as disposições da LC 123 de 2006, dispôs o seguinte:

Resolução CGSN nº 94 de 29/11/2011

Subseção III

Do Resultado do Pedido de Opção

Art. 13. O resultado do pedido de opção poderá ser consultado através do Portal do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

Art. 14. Na hipótese de ser indeferida a opção a que se refere o art. 6º, 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 nº 123, de 2006, art. 16, § 6º)

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 nº 123, de 2006, art. 16, §§ 1º-A e 6º; art. 29, § 8º)

(...)

*Seção II**Da Intimação Eletrônica*

Art. 110. A opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, a ser disponibilizado no Portal do Simples Nacional, destinado, dentre outras finalidades, a: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, §§ 1º-A a 1º-D)

I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais;

II - encaminhar notificações e intimações; e

III - expedir avisos em geral.

§ 1º Quando disponível, o sistema de comunicação eletrônica de que trata o caput observará o seguinte: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-B)

I - as comunicações serão feitas, por meio eletrônico, no Portal do Simples Nacional, dispensando-se a sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal;

II - a comunicação feita na forma prevista no caput deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais;

III - a ciência por meio do sistema de que trata o caput deste artigo com utilização de certificação digital ou de código de acesso possuirá os requisitos de validade;

IV - considerar-se-á realizada a comunicação no dia em que o sujeito passivo efetivar a consulta eletrônica ao teor da comunicação; e

V - na hipótese do inciso IV, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a comunicação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

(...)

Lei Complementar 123 de 2006

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.

§ 1º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar.

§ 1º A. A opção pelo Simples Nacional implica aceitação de sistema de comunicação eletrônica, destinado, dentre outras finalidades, a: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

I - cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos, incluídos os relativos ao indeferimento de opção, à exclusão do regime e a ações fiscais; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

II - encaminhar notificações e intimações; e (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

III - expedir avisos em geral. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

§ 1º B. O sistema de comunicação eletrônica de que trata o § 1º A será regulamentado pelo CGSN, observando-se o seguinte: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

I - as comunicações serão feitas, por meio eletrônico, em portal próprio, dispensando-se a sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

II - a comunicação feita na forma prevista no caput será considerada pessoal para todos os efeitos legais; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

III - a ciência por meio do sistema de que trata o § 1º -A com utilização de certificação digital ou de código de acesso possuirá os requisitos de validade; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

IV - considerar-se-á realizada a comunicação no dia em que o sujeito passivo efetivar a consulta eletrônica ao teor da comunicação; e (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

V - na hipótese do inciso IV, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a comunicação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

Como se vê da legislação acima referida e de sua regulamentação, a opção pelo Simples Nacional implica, por parte do contribuinte, aceitação de sistema de comunicação eletrônica (Internet). Assim, pelos dispositivos retro transcritos a comunicação de indeferimento à opção ao Simples Nacional por meio eletrônico é perfeitamente válida e será considerada pessoal para todos os efeitos legais.

Ademais disso, no tocante à nulidade de atos administrativos, o Decreto nº 70.235 de 1972, em seu art. 59, assim dispõe:

Das Nulidades

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Acrescenta o art. 60 do citado Decreto, que quaisquer irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 59 não importarão em nulidade, verbis:

“Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

Ora, além de constar no TIOSN de fl.20, a descrição clara dos débitos motivadores do indeferimento e os dispositivos legais infringidos, o contribuinte afirma que tomou ciência do Termo de Indeferimento pela Internet..

Vê-se, assim, que o TIOSN contém as condições necessárias para produzir o efeito que lhe compete, conforme determina o art. 23 do Decreto nº 70.235 de 1972.

Portanto, não há como acatar o pedido de nulidade suscitado pelo contribuinte.

No mérito, o contribuinte fundamenta sua manifestação em princípios constitucionais, argüindo a inconstitucionalidade do artigo 17, V, da Lei Complementar nº 123 de 2006 e das resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional.

No tocante à argüição de ilegalidade/inconstitucionalidade das leis, tal questão já foi devidamente pacificada pelo CARF, mediante a Súmula nº 2, verbis:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto aos débitos motivadores do indeferimento da opção ao sistema simplificado o contribuinte nada alegou.

Desse modo reputo como correto a emissão do Termo de Indeferimento combatido.

Quanto aos requerimentos do contribuinte não há como acatá-los.

Veja-se.

a) Requer a extinção de todo e qualquer débito eventualmente existente(!?), em seu nome, seja declarado extinto, tendo em vista a prescrição tributária (??).

Ora, tal solicitação não pode ser encarada com a seriedade que o processo administrativo requer. Os débitos tratados nos autos e discriminados no Termo de Indeferimento encontram-se dentro do prazo quinquenal, estabelecido no § 4º, do artigo 150, do CTN, portanto, não há que se falar em decadência e, muito menos, prescrição.

b) Requer ainda que todos os débitos existentes em desfavor do ora requerente sejam recalculados (...), desconsiderando, portanto, a aplicação dos juros a razão da Taxa Selic.

Em que pese não haver no presente processo crédito em litígio, a aplicação de juros com base na Taxa Selic foi objeto de súmula emitida pelo CARF, publicada no DOU de 23 de dezembro de 2010, Seção I, com o seguinte teor:

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

c) Requer o envio de planilha demonstrativa clara e completa dos débitos eventualmente existentes em seu nome.

Ora, o TIOSN de fl. 20, discrimina os débitos motivadores do indeferimento, com a especificação do código dos débitos, competência, valor original de cada débito, código da receita e a denominação do respectivo tributo.

Portanto, a solicitação do contribuinte soa estéril e sem embasamento, ou seja, meramente protelatória.

d) Requer que a decisão seja devidamente fundamentada.

O Acórdão ora em execução fundamentou-se nas disposições da Lei Complementar nº 123 de 2006, e na Resolução CGSN nº 94 de 2011, e suas alterações posteriores.

e) Requer aplicação de efeito suspensivo aos débitos constantes da base de dados até o período de 12/2012, (...), e que se esse não for o entendimento que sejam os entes notificados dos termos desse recurso a fim de formalizarem a respectiva suspensão e débitos e pendências cadastrais até que haja o transito deste recurso.

Em síntese, a manifestante pretende que o indeferimento da opção da empresa ao Simples só pode se dar depois da conclusão final do contraditório administrativo; em outras palavras, ou o TIOSN foi indevidamente editado e deve ser anulado, ou o efeito do indeferimento permanece suspenso até a conclusão do contraditório.

No que tange à nulidade do TIOSN, já se confirmou ser improcedente, por ter sido emitido por pessoa competente e cercado de todas as garantias de contraditório e ampla defesa ao contribuinte.

No que se refere à suspensão dos efeitos do TIOSN, ou seja, do indeferimento do ingresso da empresa no Simples, no presente caso, significaria que o impedimento só de daria depois da análise e decisão administrativa final no processo administrativo que identificou os débitos motivadores do indeferimento e que, ao suscitar a litigante essa questão na manifestação de

inconformidade contra o indeferimento, este não teria efeitos e quaisquer ações em consequência da não aceitação de sua inclusão no Simples seriam nulas ou ineficazes.

Contudo, a manifestação de inconformidade contra o TIOSN não tem efeito suspensivo no que tange aos procedimentos de exigência de livros fiscais e escrituração contábil e tampouco quanto à possibilidade de a fiscalização lavrar autos de infração de exigência de impostos e contribuições fora do Simples, entretanto, a efetividade do indeferimento só se dará depois de concluído o contraditório e alcançada decisão definitiva, porém, uma vez confirmada, seus efeitos serão conforme especificado no TIOSN, a partir de 01/01/2013.

Assim, o eventual efeito suspensivo do indeferimento provocaria a suspensão de todas as consequências que naturalmente adviriam da não inclusão, até a decisão administrativa final. Isso inclui: a apuração do lucro por outro regime (que exigiria a escrituração de livros contábeis, caso a opção fosse pelo lucro real), o envio de declaração por outro regime, o pagamento de tributos por outro regime, etc. Nada disso poderia ser exigido do contribuinte, caso estivesse ele protegido pelo efeito suspensivo.

Por outro lado, deve ser destacado que no instituto do efeito suspensivo existe a necessidade de previsão expressa na lei que criou esse recurso, ou seja, o efeito suspensivo não se presume, ele só existe quando o legislador manifesta a intenção de conferir esse efeito.

É o que leciona Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em seu “Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 19ª ed., 2006, p. 697:

O efeito suspensivo, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente. Por outras palavras, no silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo.

Esse princípio foi positivado na legislação do processo administrativo federal, através da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que assim dispõe em seu artigo 61:

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

(Grifou-se)

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

A única hipótese de suspensão é a prevista no artigo 151, do CTN, que, no entanto, é restrita à exigibilidade do crédito tributário:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....
.....

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo (Grifou-se);

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

O dispositivo é claro, e autoriza à conclusão de que ele não incide nas impugnações contra o ato de indeferimento ao ingresso no Simples Nacional, uma vez que esse procedimento não envolve cobrança de crédito tributário, mas sim o regime de tributação do contribuinte. Assim, pode-se afirmar que, pelo menos no CTN, o legislador não pretendeu conferir efeito suspensivo nos processos de indeferimento de opção ao Simples Nacional.

Dessa forma, não há como dar guarida aos requerimentos do contribuinte.

Por todo o exposto, e considerando que os débitos motivadores do indeferimento da opção ao Simples Nacional não foram regularizados, voto por indeferir a manifestação de inconformidade apresentada, e manter o Termo de Indeferimento de Opção ao Simples de fl. 20.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva- Relator

A recorrente apresentou o recurso voluntário em 29/07/2014, 49 dias após ter sido notificada por AR (aviso de recebimento) , que deu-se em 10/06/2014. o que contraria o art. 33, do Decreto 70.235/75, a seguir transcrito:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Portanto, o recurso é intempestivo e dele eu não conheço.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva

