



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10845.002098/2007-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-004.818 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de outubro de 2020
Recorrente CARRIER MICRO GROUP LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO. SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO. MOTIVAÇÃO. DESPACHO. INCLUSÃO. OUTROS IMPEDIMENTOS. INOVAÇÃO. NULIDADE.

A motivação que fundamentou o Termo de Indeferimento de Opção ao Simples Nacional foi afastada pela unidade da Receita Federal em Despacho fundamentado, entretanto, neste mesmo Despacho, a unidade incluiu outros supostos impedimentos à opção, procedimento que não se pode aceitar, pois tratou-se de **inovação** em relação àquela causa consignada no Termo, devendo-se, portanto, declarar a **nulidade** do Despacho e, conseqüentemente, deferir a opção ao Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, indeferir a proposta de conversão do julgamento em diligência. Vencido o Conselheiro Carlos André Soares Nogueira. Por maioria de votos, declarar a nulidade do despacho decisório e reconhecer o direito de inclusão da Contribuinte no SIMPLES NACIONAL desde 01/07/2007. Vencido o Conselheiro Carlos André Soares Nogueira que votava pela nulidade da decisão recorrida. Designado o Conselheiro Claudio de Andrade Camerano para redigir o voto vencedor.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira – Relator

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Nelso Kichel, Leticia Domingues Costa Braga, Marcelo Jose Luz de Macedo (suplente convocado), Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente). Ausente justificadamente o Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, substituído pela Conselheira Mauritania Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

À partida, a contribuinte peticionou no processo informando que havia solicitado em 16/07/2007 a inscrição no Simples Nacional e que esta opção não foi autorizada em razão de sua inscrição estadual encontrar-se com status de cancelada.

Em razão do indeferimento, a contribuinte alegou que realmente havia pleiteado o cancelamento da inscrição estadual em razão de alteração da atividade econômica:

Realmente a requerente pleiteou o cancelamento de sua Inscrição Estadual em 30/04/2004 (Doc. 7), perante a Secretária da Fazenda do Estado de São Paulo, tendo seu pedido deferido, em razão da alteração de sua atividade que passou para “reparação e manutenção de computadores e de equipamentos periféricos” – CNAE – 9511-8/00, conforme prova a alteração do contrato social (Doc. 8).

Portanto, a atividade exercida pela requerente dispensa sua inscrição perante a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, vez que a mesma não é contribuinte do ICMS.

No Termo de Opção pelo Simples Nacional, foram registradas as seguintes pendências que impediam o deferimento da opção pelo Simples Nacional:

Pendências Cadastrais:
Estabelecimento CNPJ: 00.908.022/0001-54
- Atividade econômica vedada: 6190-6/01 Provedores de acesso às redes de comunicações
Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso IV.

[...]

Débitos:

Estabelecimento CNPJ: 00.908.022/0001-54
- Débito com a Secretaria da Receita Federal do Brasil oriundo da então Secretaria da Receita Federal, cuja exigibilidade não está suspensa
Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso V.

[...]

Pendências com as Administrações Tributárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios**Estabelecimento CNPJ: 00.908.022/0001-54**

- Pendência cadastral ou fiscal com o estado/DF: SÃO PAULO

- Pendência cadastral ou fiscal com o município: SANTOS / SP

Na sequência, foi emitido o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, por meio do qual a autoridade administrativa da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santos – DRF/Santos indeferiu a opção pelo Simples Nacional feita pela contribuinte.

A única razão apontada no ato administrativo para o indeferimento da opção foi a realização de atividade econômica vedada conforme trecho abaixo:

Estabelecimento CNPJ: 00.908.022/0001-54

- Atividade econômica vedada: 6190-6/01

Provedores de acesso às redes de comunicações

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso IV.

Irresignada com o indeferimento da opção por meio do Termo de Indeferimento, a contribuinte apresentou um adendo à petição inicial informando que a atividade econômica já havia sido alterada no contrato social. Com a alteração, a atividade econômica desenvolvida seria permitida de acordo com a legislação de regência do Simples Nacional.

Foi realizado um procedimento fiscal junto à contribuinte. Ao final, a autoridade fiscal elaborou relatório no qual concluiu que a contribuinte havia regularizado as pendências cadastrais e os débitos junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, entretanto, não teriam sido regularizadas as pendências com as administrações tributárias do Estado de São Paulo e do Município de Santos.

Em razão das pendências com os outros entes tributantes, a DRF/Santos emitiu despacho decisório indeferindo a solicitação de opção pelo Simples Nacional.

Irresignada com a decisão administrativa, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade. Na peça de defesa, a contribuinte asseverou que, com a mudança do objeto social, *deixou de ser contribuinte do ICMS e passou a ser contribuinte do ISS* e, por esse motivo, requereu o cancelamento da Inscrição Estadual. A contribuinte também alegou que o ato de indeferimento emitido pela RFB havia apontado como motivo para o indeferimento somente o exercício de atividade vedada e que esta questão já havia sido devidamente regularizada, conforme a própria autoridade fiscal havia constatado.

Ao final, a contribuinte argumentou que a RFB seria competente para resolver a questão, uma vez que foi a RFB que intimou a contribuinte a apresentar elementos probatórios que comprovassem a regularidade perante as administrações tributárias estadual e municipal. Assim, não havendo mais pendências, pugnou pela reinclusão no Simples Nacional com efeitos retroativos a 01/07/2007.

Em primeira instância, a manifestação de inconformidade não foi conhecida. A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – DRJ/SPO entendeu, em síntese, que as pendências em questão, apontadas pela autoridade fiscal, eram de competência

exclusiva das administrações tributárias estadual e municipal. Reproduzo excerto da decisão primeva:

Consta da Nota Técnica nº 001, de 22/10/07, que cuida da formalização de processos referentes ao Simples Nacional, a seguinte observação, ao seu final: "Para todos os tipos de processo, as unidades de atendimento deverão, preliminarmente, verificar se o caso não envolve exclusivamente os outros entes federativos, analisando a tela de acompanhamento e o termo de indeferimento que, porventura, possam ser apresentados pelo contribuinte. Caso positivo, o contribuinte deve ser orientado a dirigir-se ao órgão competente do ente federativo que deu causa ao indeferimento."

O termo de indeferimento, mencionado no parágrafo anterior, deve ser emitido por Estados e Municípios para as empresas que permanecerem, após os prazos previstos em legislação, com pendências impeditivas para a opção pelo Simples Nacional (regulamentação no art. 8º da Resolução CGSN nº 004, de 30/05/07).

As defesas e recursos relativos a ele, seguem as normas processuais de cada Estado ou Município, sendo possível a existência de mais de um termo para a mesma empresa, emitidos por Estados e/ou Municípios distintos, em face da existência de pendências em mais de um ente federativo.

Desse modo, eventual impugnação do Termo de Indeferimento da opção pelo Simples Nacional, deve ser protocolada diretamente na administração tributária na qual foram apontadas as irregularidades que vedaram a entrada no regime especial, não se admitindo que um ente federativo atue por outro.

O ente federativo competente deve conduzir o contencioso administrativo e efetuar, após o mesmo, com certificação digital, os respectivos comandos nos aplicativos disponíveis no Portal do Simples Nacional, caso, ao final, a empresa tenha provado que o indeferimento foi indevido (Resolução CGSN nº 18, de 10/08/07).

Diante do exposto, não há o que ser apreciado por esta Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I, visto serem os procedimentos, relativos à pendência, de competência exclusiva da Fazenda do Município de Santos e do Estado de São Paulo.

A contribuinte insurgiu-se contra a decisão de primeira instância e interpôs recurso voluntário.

Na peça recursal, a contribuinte reiterou as alegações esgrimidas na manifestação de inconformidade. Contestou, também, a decisão de piso afirmando que descabia apresentar pedido diretamente junto à Secretaria da Fazenda do Estado, uma vez que não teria vínculo jurídico com a administração tributária estadual em razão de ter deixado de ser contribuinte do ICMS e haver cancelado sua Inscrição Estadual.

Em relação à responsabilidade sobre o deferimento ou indeferimento da opção pelo Simples Nacional, aduziu a recorrente:

Note-se que a resolução CGSN, em especial o artigo 4º, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados por cada ente da Federação, quanto a exclusão do contribuinte do SIMPLES, concretizado por nenhum deles, com exceção a Receita Federal, o que acarretou no presente processo administrativo.

Os entes estadual e municipal devem expedir o termo de exclusão do SIMPLES, registrar no portal do SIMPLES Nacional na internet, sendo que os efeitos da exclusão estão condicionados a esse registro, dar ciência à Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte.

Reitera que não houve registro no portal de eventual exclusão do SIMPLES, nem da Secretaria da Fazenda Estadual e nem por parte da Secretaria da Fazenda Municipal, muito menos foi dada ciência de eventual exclusão do SIMPLES da recorrente, por nenhum dos entes Federativos, com exceção a Receita Federal.

Sendo assim, não há que se falar em transferência de responsabilidade 6 outros entes pelo indeferimento da inclusão no SIMPLES.

[...]

Destarte, a Secretaria da Receita Federal é o ente competente para dirimir a questão, tanto pelos motivos acima expostos, quanto pelo fato de que foi a mesma quem deu ciência do indeferimento da inclusão da recorrente no SIMPLES Nacional.

Ao final, a recorrente pugnou pela reforma da decisão de piso e pela inclusão no Simples Nacional.

Após a interposição do recurso voluntário, o processo foi encaminhado ao Serviço de Orientação e Análise Tributária – SEORT da DRF/Santos para procedimento de revisão de ofício. No procedimento, a autoridade fiscal concluiu ter havido erro de fato na expedição do Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional.

Contudo, o provimento foi apenas parcial para cancelar de ofício o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional expedido pela DRF/Santos. A razão para o deferimento parcial foi a impossibilidade de inclusão da contribuinte no Simples Nacional em razão da pendência cadastral com a administração tributária estadual. Reproduzo suas palavras:

2. tendo em vista que não restem pendências com o ENTE FEDERAL - DRF/SANTOS/SP (*vide explicações constantes no item 1.1.1*) e com o ENTE MUNICIPAL – MUNICÍPIO DE SANTOS/SP (*vide explicações constantes no item 1.1.2*), o previsto no § 1º- D do art. 8º da Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007, somente poderá ser aplicado pelo ENTE ESTADUAL (ESTADO DE SÃO PAULO), caso constatare que a pendência “CNPJ não autorizado - CNPJ cuja IE encontra-se com status de Cancelada” é indevida:

SOLICITAÇÃO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL/2007		
PENDÊNCIA/ ENTE FEDERADO	Situação na Data do Indeferimento: 16/07/2007	Situação Atual
Possui pendência cadastral com a RFB?	SIM	NÃO
Possui pendência com o município?	SIM	NÃO
Possui pendência com a UF?	SIM	SIM (Permanece a pendência impeditiva à opção, enquanto não houver manifestação em contrário do ENTE ESTADUAL – ESTADO DE SÃO PAULO)

A impossibilidade de registro no Portal do Simples Nacional ficou patente no despacho de fls. 124:

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

Embora o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional/2007 (fls. 26), emitido pelo ENTE FEDERAL (DRF/SANTOS/SP), ter sido cancelado de ofício, esta DRF não pode fazer nenhum registro no PORTAL DO SIMPLES NACIONAL, tendo em vista que resta pendência com o ENTE ESTADUAL (ESTADO DE SÃO PAULO), conforme § 1º - D do art. 8º da Resolução CGSN nº 4/2007 (incluído pela Resolução CGSN nº 56/2009) e DESPACHO DECISÓRIO DRF/STS Nº 0001/2016 (fls. 112 e 122).

Em seguida aos procedimentos administrativos descritos, o processo foi encaminhado para julgamento de segunda instância.

Voto Vencido

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

Conforme visto, o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional que havia sido emitido pela DRF/Santos foi revisto de ofício e cancelado por meio de Despacho Decisório.

Todavia, ao contrário do asseverado pela autoridade administrativa da DRF/Santos, tenho que a pendenga ainda não chegou ao seu final, conforme passo a explicar.

Veja-se que a decisão de cancelar o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional não produziu efeitos práticos em relação ao pedido original da contribuinte, que era a inclusão no Simples Nacional com efeitos retroativos a 01/07/2007.

Entendo que o Simples Nacional tem regulação e gestão idiossincráticas em razão de abranger três esferas tributantes (União, Estados e Municípios). Neste sentido, de fato, descabe um ente, no caso a União, asseverar a regularidade de um sujeito passivo em face de outro ente, no caso o Estado de São Paulo.

O cuidado com a preservação das capacidades ativas dos entes tributantes fundamenta essencialmente a norma administrativa citada pela autoridade fiscal no Despacho Decisório que cancelou o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional. De fato, o artigo 8º da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007, com redação dada pela Resolução CGSN nº 56, de 23/03/2009, determinava:

Art. 8º Na hipótese de a opção a que se refere o art. 7º ser indeferida, será expedido termo de indeferimento da opção pelo Simples Nacional por autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado que decidiu o indeferimento, inclusive na hipótese de existência de débitos tributários.

§ 1º Será dado ciência do termo a que se refere o caput à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha indeferido a sua opção, segundo a sua respectiva legislação. (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008)

§ 1º-A O contencioso administrativo relativo ao indeferimento de opção será de competência do ente federativo que decidir o indeferimento, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

§ 1º-B O ente federativo que considerar procedente recurso administrativo do contribuinte contra o indeferimento de sua opção deverá registrar a liberação da respectiva pendência em aplicativo próprio disponível no Portal do Simples Nacional. (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

§ 1º-C Na hipótese do § 1º-B, o deferimento da opção será efetuado automaticamente pelo sistema do Simples Nacional caso não tenha havido pendências com outros entes federativos, ou, se existirem, após a liberação da última pendência que tenha motivado o indeferimento. (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

§ 1º-D Na hipótese de provimento de recurso administrativo relativo à solicitação de opção efetuada antes da implantação do aplicativo de que trata os §§ 1º-B e 1º-C, o ente federativo deverá promover a inclusão do contribuinte no Simples Nacional pelo aplicativo de registro de eventos, desde que não restem pendências com outros entes federativos. (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

§ 2º Na hipótese de decisão administrativa definitiva ou judicial deferindo a opção pelo Simples Nacional com efeitos retroativos, os tributos e contribuições devidos pelo Simples Nacional poderão ser recolhidos sem a cobrança de multa de mora, tão-somente com incidência de juros de mora.

Todavia, tal regulamentação foi revogada pela Resolução CGSN, de 29/11/2011, que foi substituída posteriormente pela Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018. Agora, a regulamentação do deferimento ou indeferimento da opção pelo Simples Nacional tem a seguinte redação:

Art. 6º A opção pelo Simples Nacional deverá ser formalizada por meio do Portal do Simples Nacional na internet, e será irrevogável para todo o ano-calendário. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º A opção de que trata o caput será formalizada até o último dia útil do mês de janeiro e produzirá 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 formalização da opção o contribuinte poderá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

I - regularizar eventuais pendências impeditivas do ingresso no Simples Nacional, e, caso não o faça até o término do prazo a que se refere o § 1º, o ingresso no Regime será indeferido;

II - cancelar o pedido de formalização da opção, salvo se este já houver sido deferido.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica às empresas em início de atividade. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 4º No momento da opção, o contribuinte deverá declarar expressamente que não se enquadra nas vedações previstas no art. 15, independentemente das verificações realizadas pelos entes federados. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 5º No caso de opção pelo Simples Nacional feita por ME ou EPP na condição de empresa em início de atividade, deverá ser observado o seguinte: (Lei Complementar nº

123, de 2006, art. 16, § 3º) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 145, de 11 de junho de 2019)

I - depois de efetuar a inscrição no CNPJ, a ME ou a EPP deverá, para formalizar a opção pelo Simples Nacional, observar o prazo de até 30 (trinta) dias, contado do último deferimento de inscrição, seja ela a municipal ou, caso exigível, a estadual, desde que não ultrapasse 60 (sessenta) dias da data de abertura constante do CNPJ;

(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 150, de 03 de dezembro de 2019) (Vide Resolução CGSN nº 150, de 03 de dezembro de 2019)

II - depois de formalizada a opção pela ME ou pela EPP, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) disponibilizará aos Estados, Distrito Federal e Municípios a relação de empresas optantes para verificação da regularidade da inscrição municipal e, quando exigível, da estadual;

III - os entes federados deverão prestar informações à RFB sobre a regularidade da inscrição municipal ou, quando exigível, da estadual:

a) até o dia 5 (cinco) de cada mês, relativamente às informações disponibilizadas pela RFB do dia 20 (vinte) ao dia 31 (trinta e um) do mês anterior;

b) até o dia 15 (quinze) de cada mês, relativamente às informações disponibilizadas pela RFB do dia 1º (primeiro) ao dia 9 (nove) do mesmo mês; e

c) até o dia 25 (vinte e cinco) de cada mês, relativamente às informações disponibilizadas pela RFB do dia 10 (dez) ao dia 19 (dezenove) do mesmo mês;

IV - confirmada a regularidade da inscrição municipal e, quando exigível, da estadual, ou ultrapassado o prazo a que se refere o inciso III sem manifestação por parte do ente federado, a opção será deferida, observadas as demais disposições relativas à vedação para ingresso no Simples Nacional e o disposto no § 7º; e

V - a opção produzirá efeitos a partir da data de abertura constante do CNPJ, salvo se o ente federado considerar inválidas as informações prestadas pela ME ou EPP nos cadastros estadual e municipal, hipótese em que a opção será indeferida.

§ 6º A RFB disponibilizará aos Estados, Distrito Federal e Municípios relação dos contribuintes referidos neste artigo para verificação quanto à regularidade para a opção pelo Simples Nacional e, posteriormente, a relação dos contribuintes que tiveram a sua opção deferida. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 7º (Revogado(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 145, de 11 de junho de 2019)

§ 8º A opção pelo Simples Nacional formalizada por escritório de serviços contábeis implica o dever deste, individualmente ou por meio de suas entidades representativas de classe: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 22-B)

I - de promover atendimento gratuito relativo à inscrição, à opção de que trata o art. 102 e à primeira declaração anual simplificada do Microempreendedor Individual (MEI), o qual poderá, por meio de suas entidades representativas de classe, firmar convênios e acordos com a União, Estados, o Distrito Federal e Municípios, por intermédio dos seus órgãos vinculados;

II - de fornecer, por solicitação do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), resultados de pesquisas quantitativas e qualitativas relativas às ME e EPP optantes pelo Simples Nacional e atendidas pelo escritório ou por entidade representativa de classe; e
III - de promover eventos de orientação fiscal, contábil e tributária para as ME e EPP optantes pelo Simples Nacional atendidas pelo escritório ou por entidade representativa de classe.

Com base na nova regulamentação dos procedimentos para deferimento ou indeferimento da inscrição no Simples Nacional, penso que seja o caso de converter este julgamento em diligência para que se verifique a regularidade da contribuinte junto à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Esta providência parece mais prudente, ao evitar que a União fira o princípio da Federação, que organiza o Estado Brasileiro, e manifeste-se indevidamente sobre a exigibilidade ou não da Inscrição Estadual e sobre a regularidade da contribuinte em face daquele ente tributante. Por outro lado, trata-se de providência visando a eficiência administrativa e a eficácia da tutela administrativa, pois possibilitará decidir, ao final, o cerne do pedido da contribuinte, que é a inclusão no Simples Nacional a partir de 01/07/2007.

Desta forma, voto por converter o presente julgamento em diligência para que os autos sejam remetidos à unidade da RFB de origem e para que a autoridade administrativa possa diligenciar junto à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, nos termos do dispositivo normativo acima, para verificar a exigibilidade da Inscrição Estadual e a regularidade da contribuinte em face daquele ente federado.

Após, a contribuinte deverá ser intimada para manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias.

Em seguida, o processo deverá retornar para julgamento.

Todavia, em homenagem ao princípio da colegialidade, levando em consideração a possibilidade de restar vencido na proposta de conversão do julgamento em diligência, passo ao exame do recurso voluntário.

Nulidade da decisão recorrida.

Conforme relatado, a autoridade julgadora de piso não conheceu da manifestação de inconformidade da contribuinte. Reproduzo suas palavras:

Consta da Nota Técnica nº 001, de 22/10/07, que cuida da formalização de processos referentes ao Simples Nacional, a seguinte observação, ao seu final: "*Para todos os tipos de processo, as unidades de atendimento deverão, preliminarmente, verificar se o caso não envolve exclusivamente os outros entes federativos, analisando a tela de acompanhamento e o termo de indeferimento que, porventura, possam ser apresentados pelo contribuinte. Caso positivo, o contribuinte deve ser orientado a dirigir-se ao órgão competente do ente federativo que deu causa ao indeferimento.*"

O termo de indeferimento, mencionado no parágrafo anterior, deve ser emitido por Estados e Municípios para as empresas que permanecerem, após os prazos previstos em legislação, com pendências impeditivas para a opção pelo Simples Nacional (regulamentação no art. 8º da Resolução CGSN nº 004, de 30/05/07).

As defesas e recursos relativos a ele, seguem as normas processuais de cada Estado ou Município, sendo possível a existência de mais de um termo para a mesma empresa, emitidos por Estados e/ou Municípios distintos, em face da existência de pendências em mais de um ente federativo.

Desse modo, eventual impugnação do Termo de Indeferimento da opção pelo Simples Nacional, deve ser protocolada diretamente na administração tributária na qual foram apontadas as irregularidades que vedaram a entrada no regime especial, não se admitindo que um ente federativo atue por outro.

O ente federativo competente deve conduzir o contencioso administrativo e efetuar, após o mesmo, com certificação digital, os respectivos comandos nos aplicativos disponíveis no Portal do Simples Nacional, caso, ao final, a empresa tenha provado que o indeferimento foi indevido (Resolução CGSN nº 18, de 10/08/07).

Diante do exposto, não há o que ser apreciado por esta Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I, visto serem os procedimentos, relativos à pendência, de competência exclusiva da Fazenda do Município de Santos e do Estado de São Paulo.

Tenho que essa decisão deve ser declarada nula em razão do cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Vale destacar que o ato administrativo de indeferimento, veiculado por meio do Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional emitido pela DRF/Santos, apontou como fundamento para o indeferimento o exercício de atividade vedada. Reproduzo parte do termo:

Estabelecimento CNPJ: 00.908.022/0001-54

Atividade econômica vedada: 6190-6/01

Provedores de acesso às redes de comunicações

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso IV.

Portanto, era este o ato administrativo contra o qual insurgiu-se a contribuinte. Não se tratava de impedimento atinente à competência de outro ente tributante. Portanto, o ato deveria ter sido devidamente processado e julgado em primeira instância administrativa.

Ao não conhecer da peça de defesa, a autoridade julgadora de piso acabou por negar à contribuinte a tutela a que tinha direito, o que configura afronta ao devido processo legal e ao exercício do direito de defesa.

A maior evidência de que a competência para julgar a manifestação de inconformidade é da Secretaria da Receita Federal do Brasil é o Despacho Decisório emitido pela DRF/Santos que cancelou de ofício o citado *Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional*.

Não exacerba salientar que a competência da DRF para fazer a revisão de ofício alcança apenas aquelas matérias que não estejam submetidas ao contencioso administrativo, ou seja, à cognição das autoridades julgadoras. Assim, a meu ver, tal decisão não seria da competência da unidade administrativa da RFB, mas da DRJ/São Paulo I, conforme dicção do Parecer Normativo COSIT nº 08, de 03/09/2014:

Assunto. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. REVISÃO E RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO – DE LANÇAMENTO E DE DÉBITO CONFESSADO, RESPECTIVAMENTE – EM SENTIDO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. CABIMENTO. ESPECIFICIDADES.

A revisão de ofício de lançamento regularmente notificado, para reduzir o crédito tributário, pode ser efetuada pela autoridade administrativa local para crédito tributário não extinto e indevido, no caso de ocorrer uma das hipóteses previstas nos incisos I, VIII e IX do art. 149 do Código Tributário Nacional – CTN, quais sejam: quando a lei

assim o determine, aqui incluídos o vício de legalidade e as ofensas em matéria de ordem pública; erro de fato; fraude ou falta funcional; e vício formal especial, desde que a matéria não esteja submetida aos órgãos de julgamento administrativo ou já tenha sido objeto de apreciação destes.

A retificação de ofício de débito confessado em declaração, para reduzir o saldo a pagar a ser encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN para inscrição na Dívida Ativa, pode ser efetuada pela autoridade administrativa local para crédito tributário não extinto e indevido, na hipótese da ocorrência de erro de fato no preenchimento da declaração.

REVISÃO DE DESPACHO DECISÓRIO QUE NÃO HOMOLOGOU COMPENSAÇÃO, EM SENTIDO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE.

A revisão de ofício de despacho decisório que não homologou compensação pode ser efetuada pela autoridade administrativa local para crédito tributário não extinto e indevido, na hipótese de ocorrer erro de fato no preenchimento de declaração (na própria Declaração de Compensação – Dcomp ou em declarações que deram origem ao débito, como a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF e mesmo a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, quando o crédito utilizado na compensação se originar de saldo negativo de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ ou de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL), desde que este não esteja submetido aos órgãos de julgamento administrativo ou já tenha sido objeto de apreciação destes.

COMPETÊNCIA PARA EFETUAR A REVISÃO DE OFÍCIO.

Compete à autoridade administrativa da unidade da RFB na qual foi formalizada a exigência fiscal proceder à revisão de ofício do lançamento, inclusive para as hipóteses de tributação previdenciária.

REVISÃO DE OFÍCIO – ATO INSTRUMENTO DA REVISÃO.

O despacho decisório é o instrumento adequado para que a autoridade administrativa local efetue a revisão de ofício de lançamento regularmente notificado, a retificação de ofício de débito confessado em declaração, e a revisão de ofício de despacho decisório que decidiu sobre reconhecimento de direito creditório e compensação efetuada.

[...] – grifei.

Desta forma, nos termos do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, abaixo transcrito, tenho que a decisão é nula:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Não sendo possível, no meu entendimento, superar a nulidade e dar provimento ao pedido de inscrição no Simples Nacional sem a providência da diligência anteriormente mencionada, tenho que a decisão de piso deve ser declarada nula. Assim, os autos deverão retornar à instância *a quo* para que a manifestação de inconformidade seja processada e julgada.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira

Voto Vencedor

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano – Redator Designado

Inicialmente, devo destacar a coerência e lucidez que sempre se fazem presentes nos votos do brilhante Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, entretanto, a maioria da Turma entendeu que a **nulidade** a ser declarada deveria ser a do Despacho da unidade de origem e não a Decisão recorrida, como acentuou o nobre Conselheiro em seu voto.

Segundo consta no § 6º do art.16 da Lei Complementar de nº 123 de 2006, o *“indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor.”*

E o ato oficial em questão seria o **Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional**, acostado aos autos e que reproduzo:



Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional
(Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006)

CNPJ: 00.908.022/0001-54

NOME EMPRESARIAL: CARRIER MICRO GROUP LTDA

Com fundamento no parágrafo 6º do artigo 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no artigo 8º da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, fica a pessoa jurídica acima identificada impedida de optar pelo Simples Nacional por incorrer na(s) seguinte(s) situação(ões):

Estabelecimento CNPJ: 00.908.022/0001-54

- Atividade econômica vedada: 6190-6/01

Provedores de acesso às redes de comunicações

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso IV.

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 protocolada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme disposto nos arts. 5º, 15, 17 e 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

NOME: AMELIA RIVERA SALGADO GOTARDI
CARGO: AUDITOR FISCAL DA PREVIDENCIA SOCIAL
MATRÍCULA: 0877901
ORGÃO: SANTOS, SANTOS, SP

Ainda, segundo consta no art.39 da Lei Complementar de nº 123 de 2006:

Art.39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

No caso em questão, foi corretamente obedecido o dispositivo supra e a impugnação apresentada pela Interessada ao referido Termo foi julgada por unidade da Receita Federal do Brasil, nos seguintes termos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - 8º RI
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE SANTOS
SECAT- SERVIÇO DE CONTROLE E ACOMPANHAMENTO TRIBUTÁRIO E
PROCESSO : 10845.002098/2007-36
CONTRIBUINTE: CARRIER MICRO GROUP LTDA
CNPJ: 00.908.022/0001-54

Sr. Chefe do SECAT:

Trata o presente processo de solicitação de opção pelo Simples Nacional, a partir de 01/07/2007.

À folha 01 o contribuinte faz as suas alegações.

Os motivos do indeferimento foram o CNAE impeditivo e pendências fiscal e cadastral com o Município de Santos e com o Estado de SP (fl.47).

O contribuinte registrou na Jucesp em 05/07/2007 a alteração contratual alterando a atividade da empresa para manutenção e instalação de equipamentos de informática e de escritório, locação de equipamentos (fls.11 a 15).

Em seguida o contribuinte alterou o código CNAE para 9511-8/00, não vedado ao Simples Nacional (fl.52).

A empresa era optante do Simples Federal desde 01/01/2002 (fl.53).

Verifica-se às fls.54 e 55, cópia de telas do Portal do Simples, que o contribuinte fez a solicitação de opção em 2007, indeferida. O contribuinte não fez solicitação de opção para o ano calendário 2008.

Cópia da tela do Acompanhamento da solicitação da opção demonstra a existência de pendência cadastral ou fiscal com o município de Santos e com o estado de SP que impossibilitou a adesão ao Simples Nacional (fl.47).

A empresa foi intimada (fl.30) a apresentar uma série de documentos.

Em 29/11/2007 o contribuinte protocolou a documentação de folhas 33 a 35 e em 20/12/2007 protocolou a documentação de folhas 37 a 50, que atendeu à intimação

A Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 dispõe sobre a opção pelo Simples Nacional.

Os artigos 7º, 17 e 21-A da Resolução CGSN nº 04, assim dispõem:

"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 artigo 21.

(...)

§ 6º A ME ou a EPP não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da inscrição n CNPJ, observados os demais requisitos previstos no inciso I do § 3º deste artigo (Incluído pela Resolução CGSN nº 23, de 13 de novembro de 2007).

Art. 17 Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2007, a opção a que se refere o artigo 7º poderá ser realizada do primeiro dia útil de julho de 2007 até 20 de agosto de 2007, produzindo efeitos a partir de 1º de julho de 2007.

(...)

Art. 21-A. Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2007, os entes federativos poderão permitir que a ME ou EPP que efetue a opção pelo Simples Nacional, no prazo previsto no caput do art. 17, e que possua débitos relativos a tributos ou contribuições cuja exigibilidade não esteja suspensa, efetue a regularização até 31 de outubro de 2007. (Incluído pela Resolução CGSN nº 16, de 30 de julho de 2007).

§ 1º A ME ou EPP que não pagar ou parcelar os débitos nos termos do caput será excluída do Simples Nacional, sendo o respectivo termo emitido pela autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado, observado o disposto no § 1º do art. 8º.

§ 2º O disposto neste artigo se aplica à ausência de regularização da inscrição municipal ou estadual, quando exigível.” (grifou-se).

Verifica-se que a Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e a Resolução CGSN nº 16, de 30 de julho de 2007 esclarecem que até 31/10/2007 é o prazo para a regularização dos débitos não suspensos e a regularização da inscrição municipal ou estadual. Não há previsão legal para regularização cadastral até 31/10/2007.

A Resolução CGSN nº 23, de 13 de novembro de 2007 acrescentou o § 7º à Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, que dispõe sobre a exclusão do Simples Nacional.

O artigo 4º da Resolução CGSN nº 15, assim dispõem:

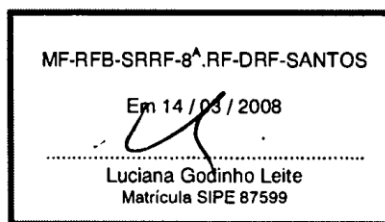
“Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

§7º Ainda que a ME ou a EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V e no § 5º do art. 6º.” (grifou-se).

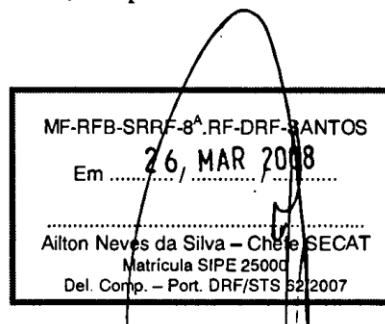
Embora o contribuinte não possua impedimentos no âmbito da RFB e comprove com as Certidões Negativas que as pendências com o Município e com o Estado tenham sido sanadas, um ente não tem competência para transmitir eventos que anulem pendências que foram informadas exclusivamente pelos demais entes.

Diante do acima exposto, proponho o indeferimento da solicitação de opção pelo Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, considerando que as pendências impeditivas à opção referem-se à Secretaria de Fazenda Municipal de Santos e à Secretaria de Fazenda Estadual do Estado de São Paulo.



Com base no que consta do processo e na informação retro, e no uso da competência a mim delegada pela Portaria DRF/STS nº 62, de 13 de julho de 2007, decido indeferir a solicitação de opção pelo Simples Nacional a partir de 01/07/2007.

Dê-se ciência desta decisão cientificando o contribuinte que cabe manifestação de inconformidade à presente Decisão, no prazo de 30 dias da ciência, à Delegacia da Receita Federal de Julgamento.



Do Despacho supra, percebe-se que, além do CNAE impeditivo (atividade vedada) que era a única motivação que constava no Termo de Indeferimento, foi considerado no Despacho a existência de outras situações (**pendências com município e estado**), as quais não constaram no Termo citado como de causa impeditiva à opção ao Simples Nacional.

E a razão de decidir do referido ato pelo indeferimento da opção, foi justamente por causas supostamente impeditivas e relativas à pendências municipais e estaduais, que aparecem apenas em registros internos dos entes federativos, denominados de Detalhamento da Solicitação de Opção (fls.55).

A única razão impeditiva considerada no Termo de Indeferimento de Opção foi, de pronto, afastada pelo ato decisório da unidade de origem, situação que acarretava, ao meu sentir, portanto, o deferimento da opção ao Simples Nacional feita pela Interessada.

Entretanto, o ato decisório da unidade de origem foi mais longe e concluiu que:

Embora o contribuinte não possua impedimentos no âmbito da RFB e comprove com as Certidões Negativas que as pendências com o Município e com o Estado tenham sido sanadas, um ente não tem competência para transmitir eventos que anulem pendências que foram informadas exclusivamente pelos demais entes.

Diante do acima exposto, proponho o indeferimento da solicitação de opção pelo Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, considerando que as pendências impeditivas à opção referem-se à Secretaria de Fazenda Municipal de Santos e à Secretaria de Fazenda Estadual do Estado de São Paulo.

Além de ter inovado na motivação para o indeferimento em questão, este ato decisório invade a competência de entes municipais e estaduais, algo não permitido pela legislação que norteia as regras do Simples Nacional.

De forma que se entendeu, no debate entre a Turma, que esta **inovação** na fundamentação é razão suficiente para declarar a **nulidade** do ato decisório da Unidade de Origem de fls.57 a 59. Foi o que bastou.

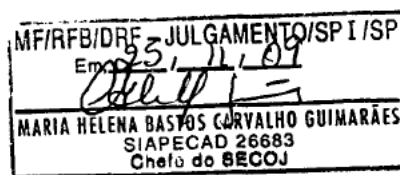
Mas sigo, acrescentando outras situações vistas nos autos. Tem-se outras incongruências nos autos, mas nada que venha a alterar o entendimento que já foi exposto até aqui, onde já concluímos pela **nulidade** do referido despacho.

Notório que as regras procedimentais e processuais relativas ao Simples Nacional seguem o rito do processo administrativo fiscal do Decreto nº 70.235/72, isto está claramente identificado na Lei Complementar nº 123/2006 em diversos de seus artigos, como por exemplo, o art.39 transcrito linhas atrás.

Simplesmente (sem trocadilho), não há nos autos uma decisão de primeira instância de julgamento, o que se tem é um **despacho** do SECOJ - Serviço de Controle de Julgamento - da Delegacia de Julgamento em São Paulo/SP (fls.80/81), que assim concluiu:

Diante do exposto, não há o que ser apreciado por esta Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I, visto serem os procedimentos, relativos à pendência, de competência exclusiva da Fazenda do Município de Santos e do Estado de São Paulo.

Retornem-se os autos à EQARL/SECAT/DRF/SANTOS/SP, para as providências cabíveis ao caso.



Este Colegiado de **segunda** instância (CARF) é instado a se pronunciar, em condições normais, quando há **recurso voluntário** então dirigido à decisão de primeira instância e não a um mero despacho do SECOJ, setor do órgão julgador (DRJ).

Neste sentido, o Relator original propunha a nulidade deste ato, e que devia a DRJ conhecer da manifestação de inconformidade e que proferisse a sua decisão, entretanto, apesar de correta a sua posição, entendemos que a **nulidade** alcança o processo lá no seu início, como já destaquei anteriormente, quando decidimos pela nulidade do ato decisório de fls.57/59.

Sigo mais adiante para demonstrar a existência de outro equívoco processual.

A unidade de origem proferiu seu ato decisório (assim o denomino porque não se deu qualquer qualificação ao documento de fls.57 a 59) em **14 de março de 2008** e, após um longo percurso já transcorrido do processo em questão (6 anos após o recurso voluntário!), um outro setor da mesma Unidade de Origem emite, em **22 de janeiro de 2016** um DESPACHO DECISÓRIO DRF/STS de nº 0001/2016, promovendo uma **revisão de ofício** culminando com o “CANCELAMENTO DO TERMO DE INDEFERIMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL/2007, EXPEDIDO PELO ENTE FEDERAL, TENDO EM VISTA QUE HOVE ERRO DE FATO.”

O referido Despacho Decisório encontra-se às fls.112 a 122, do qual não cabe aqui tecer qualquer comentário acerca de suas razões, em face de que, não obstante os incidentes processuais vistos e já comentados, não caberia mais qualquer ato unilateral neste sentido da Administração, após todo o trâmite processual já ocorrido nos autos.

Em sua obra **Processo Administrativo Fiscal – Litigância tributária no contencioso administrativo**, Gilson Wessler Michels, ao citar o art.149 do CTN e a entrada em cena do Decreto nº 70.235/72, já alertava para tais atos de ofício (revisão) e seus momentos pertinentes, págs.255/256:

Atualmente, as competências dos órgãos que fiscalizam e formalizam os lançamentos e dos órgãos que apreciam em sede administrativo-contenciosa a regularidade destes lançamentos, estão expressa e minuciosamente delimitadas e postas na legislação processual administrativa, nos seguintes termos:

a) durante o procedimento de ofício e até a impugnação do lançamento, a competência para efetuar o lançamento ou de revisá-lo de ofício é da unidade da Receita Federal (DRF, IRF, ALF) que o formalizou. Assim, até a apresentação da impugnação a revisão de ofício pode ser regularmente formalizada;

b) com a impugnação do lançamento por parte do contribuinte, instaura-se a fase litigiosa do procedimento (art.14 do Decreto nº 70.235/72), momento a partir do qual instala-se a competência das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJs) para falar no processo (art.25, I, do Decreto nº 70.235/72). A partir deste momento, se a DRF (ou a IRF ou a ALF) constatar a existência de circunstâncias que justifiquem a revisão do lançamento, o que poderá fazer é comunicar tais circunstâncias à DRJ (por meio de uma representação) e este órgão julgador as considerará em sua decisão, de acordo com seu convencimento;

c) com a contestação da decisão da DRJ por parte do contribuinte, por via de recurso voluntário, instala-se a competência dos órgãos que compõem o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para falar no processo (art.25, II, do Decreto nº 70.235/72) e, a partir daí, a representação com a descrição das circunstâncias de fato e/ou de direito que eventualmente podem justificar a revisão do lançamento deve ser enviada à Seção do CARF competente para a apreciação do recurso do contribuinte, para que o órgão julgador considere ou não tais circunstâncias em sua decisão, de acordo, também aqui, com seu livre convencimento.

Bem, eram estas as considerações que necessitei fazer.

Mas o fato é que a razão principal que levou à decisão posta neste voto foi pela **nulidade** do despacho de fls.57 a 59.

Conclusão

É o voto, em declarar a **nulidade** do Despacho de fls.57 a 59, devendo-se deferir a opção da Interessada ao Simples Nacional com efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano