



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

**Processo n°** 11610.006458/2008-76  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1003-000.017 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**  
**Sessão de** 06 de junho de 2018  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL  
**Recorrente** LEONARDO BASSITT GIOVANNETTI ME  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO. INCLUSÃO RETROATIVA.

Exceto se comprovado erro de fato, não existe previsão legal para o rito de inclusão retroativa no Simples Nacional.

CIRCUNSTÂNCIA DE VEDAÇÃO. DÉBITO.

O pressuposto é de que não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

**Relatório**

A Recorrente formalizou em 19.05.2008, fl. 01, o Pedido de Inclusão Retroativa no Simples Nacional, nos seguintes termos:

1. Quando da criação do sistema tributário SIMPLES NACIONAL, foi amplamente divulgado à população em geral que entre outras coisas, as empresas que estavam no regime tributário do SIMPLES antigo, não precisariam se preocupar, pois estariam automaticamente enquadradas no novo sistema tributário.

2. Porém, meu contador não acompanhou as alterações que foram surgindo e deixou de cumprir essas alterações, e como o sistema aceitou as declarações do movimento, ele continuou a emitir os DAS, e eu fui pagando.

3. Eu estava com os pagamentos atrasados e só pude acertar depois de alguns dias, pois tive. que pedir um empréstimo.

4. Não é justo que eu, além de comerciante, tenha que ser também o contador e advogado para acompanhar tudo, principalmente por eu ser um MICRO empresário.

No Despacho Decisório de Inclusão Retroativa no Simples Nacional DERAT/SP nº 95, de 21.08.2008, fls. 27-28, consta que o pedido foi indeferido fundamentado no fato de que:

Trata o presente processo de Pedido de Inclusão no Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, protocolado em 19/05/2008, do qual o contribuinte não é optante.

A interessada não efetuou a opção referente a 07/2007, alegando em seu pedido que quando da criação do Simples Nacional, as empresas que estavam no Simples Federal, automaticamente migrariam para o Simples Nacional e que os débitos foram regularizados (fl.01).

Para formalização juntou ao pedido os seguintes documentos:

Declaração de Firma Individual (fl.02), Requerimento de Empresário (fls .04 e 05), Guias DAS referentes às competências 08/2007 a 04/2008 (fls. 06 a 14), Procuração (fls. 15 e 17). [...]

Verificada Consulta Histórico da Empresa no Simples Nacional, consta que o contribuinte solicitou a opção somente em 10/01/2008, sendo indeferida por pendências não resolvidas (fl. 20).

Conforme Detalhamento da Solicitação de Opção, a empresa possuía débitos com a Receita Federal do Brasil - RFB em 14/03/2008 (fl. 21).

Em consulta ao sistema SINCOR, não constam débitos impeditivos à opção do Simples Nacional (fls.22 a 24). Anexa Certidão Conjunta Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e it Dívida Ativa da União (fl.25). A empresa foi optante pelo Simples Federal de 18/08/2000 a 30/06/2007, conforme sistema CNPJ/CONSULTA/HISTORICO (1126).

De acordo com a Resolução do CGSN nº 004, de 30 de Maio de 2007, Art.18:[...]

A empresa não foi objeto da migração tácita prevista no Art.18 da Resolução do CGSN nº 004 e tampouco solicitou a opção pela internet até 20/08/2007, data final para solicitação da opção, conforme o Art. 7 e 17 da Resolução do CGSN nº

004, portanto não tendo o direito à opção retroativa a 01/07/2007, apesar de ter regularizado a pendência referente aos débitos com a RFB. [...]

À vista do exposto e dos elementos constantes no processo, proponho deferimento parcial do presente pedido de inclusão retroativa no Simples Nacional, a partir de 01/01/2008.

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado Está registrado na ementa do Acórdão da 14ª Turma/DRJ/SPO1/SP nº 16-27.435, de 28.10.2010, fls. 39-42:

**SIMPLES NACIONAL. INGRESSO. DÍVIDA. VEDAÇÃO.**

A existência de débito com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, é circunstância impeditiva para a migração tácita no Simples Nacional, prevista no art. 18 da Resolução do CGSN nº 04, de 30/05/2007.

**Manifestação de Inconformidade improcedente**

Notificada em 21.12.2010, fl. 47, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 13.06.2008, fls. 35-35 e 71, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge alegando:

Respeitosamente vem à presença de Vv. Excias. expor e requerer:

1. O deferimento total do meu pedido de 19/05/2008.
2. Já apresentei todos os DARF'S pagos.
3. Diante do acima exposto, solicito o arquivamento deste processo.

É o Relatório.

## **Voto**

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

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. Assim, dele tomo conhecimento.

A Recorrente diz que deve ser deferida a sua inclusão retroativa no Simples Nacional.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina no inciso X do art. 170 e no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

Com o escopo de implementar esses princípios constitucionais foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O Simples Nacional está regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretratável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet.

Especificamente sobre o pedido de inclusão retroativa, cabe ressaltar que o princípio da legalidade estabelece os limites da atuação administrativa e tem por objeto o exercício de direitos individuais em benefício da coletividade e nesse sentido a vontade da Administração Pública decorre tão somente da lei de modo que apenas pode fazer o que a lei permite legais e do processo administrativo com a finalidade de implementar o controle de legalidade do ato administrativo. Vale lembrar que por essa razão, o servidor não pode por um mero ato administrativo conceder direitos, criar obrigações ou impor proibições aos sujeitos passivos sem previsão legal (art. 37 da Constituição Federal), exceto se comprovado erro de fato na solicitação pela sistemática.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, determina que a opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição. O indeferimento da opção será formalizado mediante ato da Administração Tributária e a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das pessoas jurídicas optantes. É de fato irrelevante o fato de possa ter havido intenção inequívoca de inclusão retroativa sa sistemática, uma vez que não há permissivo legal que ampare sua pretensão de opção apresentada fora do prazo legal. A solicitação arguida na peça recursal, por essa razão, não pode ser deferida, exceto se comprovado erro de fato na solicitação pela sistemática.

Passa-se a análise de todas as circunstâncias factuais para fins de evidenciar se houve erro de fato na solicitação pela sistemática.

O pressuposto é de que não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional 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. Excepcionalmente é permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão <sup>1</sup>.

Ainda atinente a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral RE 627543<sup>2</sup> com trânsito em julgado em

---

<sup>1</sup> Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, e Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário nº 62.7543/RS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 30 out. 2013. Publicado no DJe em 20 out. 2014. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+627543>

14.11.2014, cuja decisão definitiva de mérito deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF<sup>3</sup>:

*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 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.*

A Recorrente formalizou seu Pedido de Inclusão Retroativa no Simples Nacional em 19.05.2008, fl. 01. Consta no Acórdão da 14ª Turma/DRJ/SPO1/SP nº 16-27.435,

---

%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+627543%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a35tf3a>. Acesso em 27 mai. 2018.

<sup>3</sup> Fundamentação legal: 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

de 28.10.2010, fls. 39-42, cujos fundamentos de fato e de direito devem ser adotados nesta segunda instância de julgamento:

#### Lei Complementar 123/2006

“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; (...)

3.3. Por sua vez, a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 004, de 30/05/2007, no seu art. 18, assim dispõe:

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. [...]

3.4. Assim, como possuía débitos junto à RFB , em 01/07/2007, a empresa não foi objeto da migração tácita prevista no Art. 18 da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007. Por outro lado, também não houve por parte da empresa solicitação da opção pelo Simples Nacional pela internet até 20/08/2007, na forma do art. 17 da referida Resolução do CGSN. Desta forma, realmente, o contribuinte, embora tenha posteriormente, regularizado a pendência referente ao débitos com a Receita Federal do Brasil, não tem direito à opção retroativa a 01/07/2007, razão pela qual não cabe qualquer reparo à decisão recorrida.

3.5. Por outro lado, ao contrário do alegado pelo recorrente, na decisão recorrida, não houve arbitrariedade ou falta de bom senso. Pelo contrário, houve apenas aplicação da legislação que rege a matéria, tendo em vista tratar-se de um ato administrativo vinculado, não se admitindo a discricionariedade solicitada pelo contribuinte.

Analisando a legislação tributária específica tem-se que no art. 7º da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e § 12 do art. 6º da Resolução CGSN nº 15, de 25 de julho de 2007, todos vigentes à época (art. 144 do Código Tributário Nacional), a opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretroativa para todo o ano-calendário.

Em conformidade com a Consulta a Histórico da Empresa no Simples Nacional e o Detalhamento da Solicitação de Opção, fls. 20-21, verifica-se que a Recorrente solicitou pela internet sua opção em 01.01.2008 e foi indeferida em 14.03.2008, por pendências não resolvidas. Estes documentos constantes nos autos comprovam a existência de débitos em cobrança nos sistemas internos da RFB. Ademais, a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União emitida no dia 20.08.2008, com validade até 16.02.2009 e com o código de controle nº 55A7.51FB.0895.1137, fl. 25, não tem o efeito de atestar a regularidade fiscal da Recorrente em 01.01.2007 para fins de deferimento da inclusão Retroativa ao Simples Nacional. A contestação proposta na peça recursal de que houve erro de fato, dessa maneira, não se confirma.

---

Pertinente a notícia trazida pela Recorrente sobre possíveis enganos de terceiros, cabe ressaltar que "a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (art. 136 do Código Tributário Nacional). A afirmação suscitada na peça recursal, destarte, não é pertinente.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

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

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva