



Processo nº 10480.720683/2010-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-011.446 – 2^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 05 de outubro de 2023
Recorrente BASTOS E VEIGA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2009

SIMPLES FEDERAL. MIGRAÇÃO.

A migração do Simples Federal para o Simples Nacional não foi automática para as pessoas jurídicas que se encontravam impedidas de optar por alguma vedação imposta na Lei Complementar 12.3, de 2006.

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO AUTOMÁTICA.

Somente foram inscritas automaticamente no Simples Nacional a partir de 12 de julho as empresas optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que não estavam impedidas de optar pelo regime especial, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006. Não comprovado que, por ocasião da opção tácita, a contribuinte atendia a todos os requisitos para a opção pelo regime especial, não há que se falar em migração automática.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Wilsom de Moraes Filho, Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta para, ao final, complementá-lo (e-fls. 175 e ss).

Pois bem. Trata o presente processo do auto de infração, lavrado em procedimento de fiscalização, por infração à legislação previdenciária, emitido e consolidado em 29/04/2010, compreendendo o período de 07/2007 a 12/2009, inclusive o 13º salário.

Segundo é narrado no Relatório Fiscal, de fls. 32/36, o procedimento fiscal no contribuinte antes identificado, constatada infração à legislação tributária previdenciária, teve seu resultado distribuído no seguinte Auto de Infração:

Auto de Infração DEBCAD nº 37.245.324-4 – (fl. 02), no valor de R\$ 150.848,93 (cento e cinqüenta mil, oitocentos e quarenta e oito reais, noventa e três centavos) lavrado em decorrência da não comprovação dos recolhimentos das contribuições sociais, previstas no art. 149 da Constituição Federal, combinado com os art. 11 e 33 da Lei nº 8.212/91, incidentes sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, destinadas a Outras Entidades e Fundos (Terceiros), definidas em legislações próprias.

Informe ainda o citado relatório que:

- Não comprovação do enquadramento no SIMPLES.

“3.1 - Conforme relatório anexo de consulta extraído do sistema operacional da RFB – Receita Federal do Brasil - constatou-se que a empresa foi excluída do Simples Federal (Lei 9.317/1996) em 10/07/2007.

3.2 A partir de 10/07/2007 o Simples Federal foi revogado e substituído pelo Simples Nacional (art. 89 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006).

3.3 O art. 16, § 4º da Lei Complementar nº 123/2006, estabelece que “serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996” (Simples Federal), salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por tal Lei Complementar.

3.4 Por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF – intimou-se o sujeito passivo a apresentar o Registro de Opção pelo SIMPLES Nacional (documento impresso), que comprovaria a condição de enquadramento em tal regime de arrecadação tributária, o que não foi atendido.

3.5 Uma vez que a empresa não comprovou sua inscrição no Simples Nacional, é indevida, portanto, a informação prestada nas GFIP relativa à opção por aquele sistema de pagamento de impostos (código 2)”.

O contribuinte cientificado das autuações em 03/05/2010, apresentou a impugnação de fls. 96/102, datada de 31/05/2010, por meio da qual solicita:

DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

1. Com a vigência da Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, passou a ser possível que as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, a partir de 01.07.2007, pudessem optar pelo Simples Nacional, que é um regime tributário diferenciado, simplificado e que favorece os pequenos empresários, como no caso, a Impugnante.
2. Sendo assim, obedecendo à norma posta, a Impugnante optou pelo Simples Nacional, opção essa que só é possível através da internet, por meio do Portal Simples Nacional, sendo irretratável para todo o ano-calendário.
3. Assim, no prazo previsto, fez a opção e, em julho de 2007, recebeu a informação de que possuía no CNPJ da matriz pendências tanto no município de Recife, como também no Estado de Pernambuco.

4. Entretanto, como é uma empresa que se dedica apenas a prestação de serviços, sequer possuindo inscrição estadual, de logo demonstrou a inexistência dessa suposta pendência com o Estado de Pernambuco.
5. Assim, verificou a Impugnante que a pendência apontada era com o Município do Recife, entretanto, era conhecida de que não havia qualquer débito junto ao fisco municipal portanto, não poderia haver motivos a impedir o seu enquadramento no Simples Nacional.

DA PENDÊNCIA APONTADA PELO MUNICÍPIO DO RECIFE

6. Desta feita, em razão da informação acerca da existência de restrição do Município de Recife (PE), a impugnante se dirigiu até o setor de atendimento ao contribuinte da Secretaria de Finanças do Município e foi informado, através de um Relatório de Débitos (Doe. 06) que a empresa possuía débitos tanto na matriz como na filial, decorrentes da falta de recolhimento do ISS relativos aos anos de 2001 a 2003.
7. Ocorre que, cuida-se a impugnante de empresa que se dedica à atividade de locação de objetos de vestuário, jóias e acessórios, assim, por entender descabida a incidência do ISS sobre sua atividade, ingressou no ano de 2001 com uma Ação Ordinária Declaratória de inexistência de Relação Jurídico Tributária cumulada com Repetição de Indébito, a qual foi tombada sob o nº 001.2001-024208-3 (41 Vara da Fazenda Pública da Capital), onde o MM Juízo declarou a inexistência da relação jurídico tributária, reconhecendo a inconstitucionalidade do item 79 da Lista de serviços do ISS do Código Tributário do Recife, decisão essa que na segunda instância (TJPE), foi autuada sob o nº 98.026-3 (Apelação-Cível) e também teve pronunciamento ao contribuinte, tendo sido mantida a decisão de 1^a instância determinando a inexigibilidade do ISS sobre a atividade de locação de bens móveis da ora impugnante.
8. Sendo assim, de modo a não perder a oportunidade de se enquadrar no SIMPLES NACIONAL, bem como em obediência à informação passada pelo auditor municipal, ingressou com um pedido de emissão de atestado de regularidade fiscal, ou seja, Certidão Positiva, com Efeito de Negativa (art.206 do CTN), para fins de demonstrar não haver qualquer pendência e, assim, se adequar ao SIMPLES NACIONAL, já que com a emissão da referida certidão de regularidade fiscal, logicamente demonstra-se que não há pendência e, assim, o Município informaria ao Conselho Gestor do Simples Nacional a situação da empresa, por ser sua obrigação.
9. Em seguida, de modo demonstrar a regularidade fiscal com o Município do Recife, a empresa, quando do pedido da certidão, fez juntar uma certidão emitida pela Diretoria Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que demonstrava a inexistência do débito apontado face decisão judicial emanada e demais documentos a corroborar o seu pleito; tanto é assim que em 09 de agosto de 2007, ou seja, uma semana depois, foi emitida a Certidão de Regularidade Fiscal nº 10X4614-8, comprovando-se, ao cabo, que não havia qualquer pendência para o enquadramento da empresa no SIMPLES NACIONAL.
10. Ressalte-se, que com a certidão de regularidade fiscal emitida pelo próprio Fisco Municipal, resta demonstrado não haver qualquer elemento restritivo da opção da impugnante ao Simples Nacional, em face da manifesta suspensão de sua exigibilidade.
11. Ora, é sabido que o indeferimento ou deferimento do SIMPLES NACIONAL é feito pelo Conselho Gestor do Simples Nacional, o qual é formado pela RFB,

estados federativos - no caso Pernambuco - e municípios - no caso Recife, cabendo ao ente onde existe a pendência determinar o indeferimento.

12. No caso, portanto, deve ter sido o representante do Município do Recife no CGSN que indeferiu o pedido do ora impugnante, apesar do débito que acarretou a pendência imputada estar com sua exigibilidade suspensa, conforme certidão emitida pelo próprio Fisco Municipal.
13. Assim, após a emissão da Certidão de Regularidade Fiscal, conforme esclarecimentos prestados por membros do Fisco Municipal, o contribuinte ficou certo que seu pleito havia sido deferido e passou a recolher os impostos na condição de empresa tributada pelo SIMPLES, ou seja, sem qualquer má fé, entendia a empresa que não havia qualquer impedimento.
14. Repise-se, ainda, que a certidão de regularidade fiscal foi emitida em 09 de agosto de 2007 com validade de sessenta dias, ou seja, até dia 09. de outubro de 2007; entretanto, durante esse interregno, no dia 01 de outubro de 2007, com a certidão ainda com validade foi declarado o indeferimento do simples nacional, conforme se verifica no Detalhamento da Solicitação de Opção. Ou seja, mais uma vez resta demonstrada que a falha foi decorrente do Município de Recife.
15. Nesse diapasão, tendo total consciência que não havia qualquer óbice a impedir o enquadramento no SIMPLES, vez que sabia não possuir débitos, bem como NUNCA HAVIA recebido qualquer Termo de Indeferimento, conforme exigido pelo art. 8º da Resolução CGSN nº 4, a Impugnante, de boa-fé, declarou e recolheu os impostos na forma como havia optado.
16. Entretanto, a empresa foi surpreendida no mês de Março de 2009 ao receber um Termo de Indeferimento do Simples Nacional emitido pelo Município do Recife, todavia, apresentou Reclamação contra Indeferimento do Simples Nacional junto à Secretaria de Finanças do Município do Recife, cujo processo administrativo foi tombado sob o 15.31821.7.09 e ainda se encontra pendente de solução, conforme pode ser verificado não só na cópia integral do processo, como também no Plano Padrão de Comunicação Administrativa.
17. De se ver, assim, que todo esse imbróglio que culminou com a lavratura do Auto de Infração que ora se defende decorreu de uma falha do Município do Recife, ao não informar a suspensão da exigibilidade do suposto débito tributário.
18. Ressalte-se ainda, que o processo que discutia esse suposto débito transitou em julgado desde 25 de fevereiro de 2008, ou seja, já foi definitivamente afastada a cobrança dos ISS estimativa dos anos 2001 a 2003.
19. Ao cabo, é certo que nunca houve qualquer pendência a impedir o enquadramento da ora impugnante ao SIMPLES NACIONAL, bem como ainda se encontra pendente de solução o pedido administrativo junto ao Fisco Municipal.

DO DIREITO

20. Aduz que com o advento da Lei Complementar 123/2006 foi instituída o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Transcrevendo os artigos 16 e 17 da citada Lei.
21. De se ver, assim, que o indeferimento se deu erroneamente com esteio no regramento previsto no inciso V do art. 17 da LC 123/2006, sob o auspício da empresa possuir débitos com a Fazenda Municipal, entretanto, de se ver, que o

ISS Estimativa dos anos 2001 a 2003 estavam com a exigibilidade suspensa, tanto é assim que foi emitida a Certidão de Regularidade Fiscal 1014614-8.

22. Por tanto, sapiente de que a culpa se deu em decorrência de falha procedural da Fazenda Municipal, bem como sendo certo que não há qualquer óbice ao enquadramento do contribuinte ao Simples Nacional, tendo o mesmo realizado tudo que estava a seu alcance, obedecendo aos prazos e normas legais, deve, de imediata, ser revista a penalidade imputada.
23. No mais, deve ser ressaltado ainda, que há um pedido administrativo protocolado desde 13, de abril de 2009 junto ao Município do Recife/PE que ainda sequer foi finalizado, pedido "esse que acombarca o período fiscal que se deu a penalidade fiscal que ora se defende.

DOS PEDIDOS

24. Diante de todo o exposto, requer a Impugnante:

- a) De logo, caso ache necessário a autoridade fiscal julgadora, que seja diligenciado junto ao Fisco Municipal do Recife/PE a situação fiscal da ora Impugnante, de modo a comprovar a total regularidade e seu perfeito enquadramento ao Simples Nacional;
- b) A imediata exigibilidade da penalidade imputada, para que a mesma seja revista, afastando-a definitivamente, em razão de não ter havido qualquer infração cometida pelo contribuinte, o qual sempre obedeceu a norma posta para o enquadramento ao Simples Nacional, bem como seja suspensa a RFFP - Representação Fiscal para fins penais, ao menos, até o deslinde da fase administrativa recursal, de modo a evitar maiores constrangimentos ao microempresário que se pautou na regra posta;
- c) Ao cabo, seja ao final provido o recurso e julgado totalmente improcedente o lançamento, extinguindo-se o crédito dele decorrente.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil**, por meio do **Acórdão** de e-fls. 174 e ss, cujo dispositivo considerou a **impugnação improcedente**, com a **manutenção** do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2009

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. VEDAÇÃO À MIGRAÇÃO AO SIMPLES FEDERAL. PENDÊNCIAS JUNTO A OUTRO ENTE ESTATAL.

A alegação de suposto descumprimento do procedimento a ser observado quando do indeferimento de pedido de adesão ao Simples Nacional deve ser dirigida ao contencioso administrativo do ente que decidir o indeferimento, dentro do prazo hábil para fazê-lo.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITOS

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas que, no caso das contribuições sociais, seguem as mesmas regras das demais empresas, devendo recolhê-las como tal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 192 e ss), reiterando os argumentos apresentados em sua impugnação.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Mérito.

Conforme consta no Relatório Fiscal (e-fls. 32 e ss), trata-se de Auto de Infração, lavrado em decorrência da não comprovação dos recolhimentos das contribuições sociais, previstas no art. 149 da Constituição Federal, combinado com os art. 11 e 33 da Lei no 8.212/91, incidentes sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, destinadas a Outras Entidades e Fundos (Terceiros), definidas em legislações próprias.

Narra a fiscalização, que o sujeito passivo é uma sociedade empresária que exerce profissionalmente atividade econômica organizada voltada para “a locação de roupas e acessórios masculino e feminino”, conforme a cláusula terceira (3a) da consolidação do contrato social, arquivada na JUCEPE – Junta Comercial do Estado de Pernambuco, sob o registro no 20080884008, em 15/07/2008, enquadrando-se, portanto, no FPAS – Fundo de Previdência e Assistência Social – 515 (locações diversas), no CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas – 51.16-0 e CNAE Fiscal – 77.23-3-00.

Segundo a fiscalização, verificou-se que ao informar o código 2 em campo específico relacionado à opção pelo “SIMPLES” das GFIP – Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, do período de 07/2007 a 13/2009, entregues antes do início deste procedimento fiscal, o contribuinte se auto-enquadrou indevidamente no Simples Nacional (LC n.º 123, de 14/12/2006).

Desse modo, tal informação teria resultado na declaração apenas das contribuições previdenciárias descontadas dos segurados, deixando de serem declaradas, as contribuições sociais destinadas aos Terceiros.

Conforme relatório anexo de consulta extraído do sistema operacional da RFB – Receita Federal do Brasil, a fiscalização constatou que a empresa foi excluída do Simples Federal (Lei 9.317/1996) em 10/07/2007. A partir de 10/07/2007 o Simples Federal foi revogado e substituído pelo Simples Nacional (art. 89 da Lei Complementar no 123, de 14/12/2006). O art. 16, § 4º da Lei Complementar no 123/2006, estabelece que “serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte **regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317**, de 5 de dezembro de 1996” (Simples Federal), salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por tal Lei Complementar.

Por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF – intimou-se o sujeito passivo a apresentar o Registro de Opção pelo SIMPLES Nacional (documento

impresso), que comprovaria a condição de enquadramento em tal regime de arrecadação tributária, o que não foi atendido.

Dessa forma, a fiscalização efetuou o lançamento de ofício das contribuições sociais, previstas no art. 149 da Constituição Federal, combinado com os art. 11 e 33 da Lei nº 8.212/91, incidentes sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, destinadas a Outras Entidades e Fundos (Terceiros), definidas em legislações próprias.

O sujeito passivo, em seu Recurso Voluntário (e-fls. 192 e ss), reiterou os argumentos apresentados em sua impugnação, no seguinte sentido: (i) toda a falha no enquadramento no Simples Nacional se deu por falha da Prefeitura Municipal do Recife, ao lhe atribuir um débito inexistente; (ii) por entender descabida a incidência do ISS sobre sua atividade, ingressou no ano de 2001 com uma Ação Ordinária Declaratória de inexistência de Relação Jurídico Tributária cumulada com Repetição de Indébito, a qual foi tombada sob o nº **0024208-66.2001.8.17.0001** e tramitou perante a 4^a Vara da Fazenda Pública de Recife/PE, tendo obtido pronunciamento favorável com o reconhecimento da inconstitucionalidade do item 79 da Lista de serviços do ISS do Código Tributário do Recife, culminando com um crédito a favor do contribuinte; (iii) foi emitida a Certidão de Regularidade Fiscal nº 1014614-8, comprovando-se, ao cabo, que não havia qualquer pendência para o enquadramento da empresa no SIMPLES NACIONAL; (iv) resta demonstrada que a falha foi decorrente do Município de Recife e do Conselho Gestor, já que o contribuinte possuía sim condições de enquadramento no SIMPLES NACIONAL.

Tem-se, portanto, que o cerne da presente controvérsia diz respeito aos motivos que levaram ao indeferimento da opção da empresa ao Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, não tendo o sujeito passivo questionado a base de cálculo, as alíquotas aplicadas, nem a ocorrência material dos fatos geradores.

Pois bem.

A partir de 01/07/2007 entrou em vigor o SIMPLES Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Os optantes do SIMPLES Federal seriam considerados inscritos automaticamente no SIMPLES Nacional, salvo se houvessem impedimentos previstos na referida LC, conforme o disposto no §4º do art. 16:

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.

[...]

§4 Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1 de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte 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 vedação imposta por esta Lei Complementar.

§ 5 O Comitê Gestor regulamentará a opção automática prevista no § 4 deste artigo.

A regulamentação da migração, do que tratou o §5 do art. 16 da LC 123 acima foi feita através da Resolução CGSN nº 4 de 2007. Confira-se:

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.

§ 1º Para fins da opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a

Lei nº 9.317, de 1996, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.

§ 2º No mês de junho de 2007, a RFB disponibilizará, por meio da internet, relação de contribuintes optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que não tiveram pendências detectadas relativamente à possibilidade de opção pelo Simples Nacional.

§ 3º A verificação de que trata o § 2º implica o deferimento da opção tácita para o Simples Nacional, desde que as ME e EPP não incorram em nenhuma das vedações previstas nesta Resolução até 30 de junho de 2007.

§ 4º Em julho de 2007, será disponibilizado, por meio da internet, o resultado da opção tácita de que trata este artigo.

§ 5º A opção tácita realizada de conformidade com o caput submeterá o contribuinte à sistemática do Simples Nacional a partir de 1º de julho de 2007, sendo irretratável para todo o segundo semestre do ano-calendário de 2007, ressalvado o disposto no § 6º.

§ 6º Os contribuintes inscritos no Simples Nacional na forma do caput poderão cancelar sua opção no período de que trata o caput do art. 17, mediante aplicativo específico disponível na internet.

§ 7º A opção tácita não exclui a responsabilidade do contribuinte quanto ao atendimento dos requisitos exigidos para o ingresso no Simples Nacional.

§ 8º Os contribuintes inscritos no Simples Nacional na forma do caput que incorram em pelo menos uma das situações impeditivas previstas nesta Resolução deverão cancelar sua inscrição no Simples Nacional na forma do § 6º.

§ 9º Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.

§ 10. Será disponibilizada aos Estados, Distrito Federal e Municípios a relação dos contribuintes referidos neste artigo para verificação quanto à regularidade para a opção pelo Simples Nacional.

O art. 18 da Resolução CGSN nº 4 tratou da opção tácita pelo SIMPLES Nacional para os optantes do SIMPLES Federal. No caso de ter ocorrido a migração automática, mas o se o contribuinte tivesse que fazer a exclusão voluntária por existência de situação impeditiva na nova legislação, ou mesmo por opção, deveria fazer o cancelamento da opção pela internet, conforme o disposto no § 6º da Resolução CGSN nº 4.

A regulamentação da exclusão voluntária deu-se através da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, nos seguintes termos:

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos: [...] § 12. Excepcionalmente para o ano-calendário de 2007, na hipótese de a ME ou a EPP excluir-se do Simples Nacional entre o primeiro dia útil de julho de 2007 e o dia 31 de agosto de 2007, por opção, os efeitos dessa exclusão dar-se-ão a partir de 1º de julho de 2007.

Percebe-se, pois, que o ingresso no sistema do SIMPLES exige a concordância da administração tributária municipal, estadual e federal, devendo o contribuinte atender vários critérios, entre os quais a inexistência débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, e regularidade fiscal e cadastral da empresa.

No caso dos autos, em que pese o sujeito passivo alegar veementemente que “toda a falha no enquadramento no Simples Nacional se deu por falha da Prefeitura Municipal do

Recife, ao lhe atribuir um débito inexistente”, a documentação acostada aos autos não é capaz de fazer prova a respeito da lisura do procedimento adotado pelo contribuinte.

A começar, verifico pelo documento **Resultado da Solicitação de Opção** (e-fl. 115), emitido em 21/07/2007, constante no **Termo de Opção pelo Simples Nacional**, que o sujeito passivo possuía as seguintes pendências com as **Administrações Tributárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios**:

[...] **Estabelecimento CNPJ: 40.831.042/0001-99**

- Pendência cadastral ou fiscal com o município. RECIFE/PE
- Pendência cadastral ou fiscal com o estado/DF: PERNAMBUCO

Estabelecimento CNPJ: 40.831.042/0002-70

- Pendência cadastral ou fiscal com o estado/DF: PERNAMBUCO

Em que pese o sujeito passivo afirmar categoricamente que “é uma empresa que se dedica apenas a prestação de serviços, sequer possuindo inscrição estadual, logo demonstrou a inexistência dessa suposta pendência com o Estado de Pernambuco”, não vislumbro qualquer documentação nos autos a gerar convicção de que a situação irregular apontada teria sido efetivamente solucionada tempestivamente.

Em que pese o sujeito passivo ter juntado aos autos **do processo Principal nº 10480.720682/2010-59** a Certidão de Regularidade Fiscal nº **998.1110398/05-2** (e-fl. 73 do processo Principal nº 10480.720682/2010-59), **emitida pela Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, constando a situação regular, a referida certidão** foi emitida em 15/12/2005, sendo válida por 90 (noventa) dias a partir da data de sua emissão, bem como a Certidão de Regularidade Fiscal nº **998.1044451/08-6** (e-fl. 82 do processo Principal nº 10480.720682/2010-59), **emitida pela Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, constando a situação regular, a referida certidão** foi emitida em 16/04/2008, sendo válida até 14/07/2008, **tais documentos não acobertam a situação fiscal do sujeito passivo no momento da migração automática para o Simples Nacional.**

Destaca-se que, não havendo a migração automática, ainda haveria a possibilidade da opção voluntária, nos termos do artigo 7º, § 1º, da Resolução CGSN nº 4 de 2007, informando que em relação ao ano-calendário de 2007, tal opção deveria ocorrer entre o primeiro dia útil de julho e 20 de agosto (com alteração posterior pela Resolução CGSN n. 19, de 13 de agosto de 2007), o que não foi feito.

Ademais, a Certidão Positiva com Efeito de Negativa (e-fl. 124), emitida pela Secretaria de Finanças da Prefeitura do Recife, em 09/08/2007, atesta que o sujeito passivo, apesar de possuir débito municipal, com exigibilidade suspensa, a inscrição municipal estava na situação de “não legalizada”. É de se ver:

[...] 6. Certifico, com fundamento no artigo 206 do Código Tributário Nacional e na legislação municipal em vigor, que o contribuinte de que trata a presente certidão encontra-se regular perante o erário municipal, existindo créditos tributários lançados com exigibilidade suspensa nos termos do artigo 151 do C T N.

I.S.S. ESTIMATIVA DE AGOSTO A DEZEMBRO DE 2001 E DE JANEIRO A DEZEMBRO DE 2002 E 2003, NO ENTANTO A INSCRIÇÃO 2610515 ENCONTRA-SE NA SITUAÇÃO DE NÃO LEGALIZADA.

7. Ressalva

Certidão emitida através do Processo 15.61356.4.07.

8. Validade/Autenticidade

Esta certidão é válida por 60(sessenta) dias a contar da data de sua expedição e sua autenticidade deverá ser confirmada na página www.recife.pe.gov.br/certidaoautenticidade.

Da mesma forma, é possível extrair do termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional (e-fl. 171), emitido em **15/03/2009**, pela Secretaria de Finanças da Prefeitura do Recife, a existência de débito com o erário municipal cuja exigibilidade não estava suspensa, bem como pendência cadastral. É de se ver:

[...] Nos termos do § do art. 16 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2007 e no art. 8º da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, o Município do Recife emite o presente Termo de Indeferimento em razão da ocorrência da(s) seguinte(s) situação(ões), verificadas(s) na(s) sua(s) respectiva(s) inscrição(ões) municipal(is), que impede(m) a opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica acima identificada:

- (X) Débito com o erário municipal, cuja exigibilidade não está suspensa
() Pendência Cadastral - Inscrição Municipal Cancelada.
() Pendência Cadastral - Contribuinte em Local Ignorado.
() Pendência Cadastral Contribuinte em Pedido de Baixa

Fundamentação Legal para o Indeferimento da opção pelo Município:

- Débito com o erário municipal, cuja exigibilidade não está suspensa - Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso V.
- Pendência Cadastral: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 16 e Resolução 04, de 30/05/2007, do Comitê Gestor do Simples Nacional, art. 7º, § 3º, I, C/C art. 17.

Ademais, em consulta ao sítio oficial da Prefeitura do Recife (<https://recifeemdia.recife.pe.gov.br/acompanharProcessoBase/>), é possível constatar que o Processo nº 1531821709 (RECL.CONTRA INDEF.SIMPLES NAC.EX-OFICIO), com entrada em **13/04/2009**, foi arquivado, constando a situação INDEFERIDO.

E, ainda, do documento extraído do Sistema de Cadastro Mercantil da Secretaria de Finanças da Prefeitura do Recife (e-fl. 159), emitido em **13/04/2009**, consta o seguinte:

[...] Situação: 05/12/1991 ATIVO NÃO REGULAR
Restrições: 01/12/1991 SEM LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO
01/12/1991 ATIVIDADE NÃO LICENCIADA

Tais documentos indicam que o sujeito passivo estava em situação cadastral irregular no município do Recife, sendo possível, ainda, cogitar na ausência de recolhimento do alvará de localização e funcionamento, conforme se extrai da restrição acima e que aponta “SEM LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO”.

Nesse sentido, entendo que o sujeito passivo, em que pese a extensa documentação acostada aos autos, não logrou êxito em comprovar que as únicas pendências à migração ao Simples Nacional diziam respeito ao município do Recife, nem mesmo que tais pendências diziam respeito aos débitos que alega ter discutido em juízo (e com êxito na ação judicial), e nem mesmo que a situação cadastral se encontrava regular.

Em que pese a insatisfação do recorrente, a meu ver, a decisão de piso decidiu acertadamente a controvérsia dos autos, motivo pelo qual, endosso as razões anteriormente adotadas e que são convergentes com o entendimento deste Relator:

[...] Nos comandos expressos nos artigos acima, vê-se, claramente, que a solução dos litígios em relação ao indenfimento de opção é de competência do contencioso do ente federativo, que no caso presente é o Município de Recife. Verifica-se entretanto, que a

empresa autuada limitou-se, apenas, a mencionada Certidão de Regularidade Fiscal 1014614-8, na qual embora esteja consignado a existência de créditos tributários lançados com exigibilidade suspensa, mas também, informa na seqüência que: “*NO ENTANTO A INSCRIÇÃO 2610515 ENCONTRA-SE NA SITUAÇÃO DE NÃO LEGALIZADA*”, o que sem dúvida evidencia, que além, do documento citado não ser o bastante para a regularização da opção indeferida, ficou consignada ainda existência de irregularidade cadastrais.

Dessa forma, forçoso é de se reconhecer que a empresa não providenciou, junto ao ente federativo, a regularização da pendência em tempo hábil, e ainda que a prova está nos documentos, anexos às fls. 564 a 567, do Processo n.º 10480.720682/2010-59, onde de verifica, que tão somente no ano de 2009, houve provocação da defendant à Secretaria de Finanças do Município de Recife/Pe, em relação as razões do indeferimento da sua opção ao Simples Nacional, do qual conforme visto, já esgotara-se todos os prazos para assim fazê-lo.

Portanto, no caso em foco, a autoridade lançadora ao verificar que a empresa autuada cumpria suas obrigações previdenciárias como se estivesse no Simples, sem que, no entanto, constasse tal situação no sistema informatizado da RFB, e, diante da verificação de débitos fiscais com a União, apurou o crédito devido, tendo agido, portanto, amparado no que dispõe as normas vigentes aplicáveis ao caso. Resta mantido o lançamento das contribuições consignadas no auto de infração ora guerreado.

Acerca do pedido de diligência, cabe citar os arts. 18 e 28 do PAF:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93).

(...)

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado também o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/93)”

No caso presente, considera-se desnecessária a realização de diligência por entendê-la dispensável para o deslinde do presente julgamento. Ademais, tem-se que não é cabível neste Auto de Infração, a discussão quanto aos fatos que conduziram a empresa ao indeferimento de sua opção ao Sistema Simplificado, uma vez que tais fatos devem ser levantados exclusivamente no âmbito do processo respectivo, de onde decorreria a confirmação dos atos ou a sua eventual revogação

Quanto ao pedido para que seja suspensa a RFFP - Representação Fiscal para fins penais, ao menos, até o deslinde da fase administrativa recursal, de modo a evitar maiores constrangimentos ao microempresário que se pautou na regra posta cumpre esclarecer que também é dever funcional, plenamente vinculado, do auditor fiscal formalizar a Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP sempre que verificar, em tese, a ocorrência de conduta típica definida em lei como crime de ação penal pública incondicionada ou como contravenção penal. Tudo nos termos dos art. 1º e 4º da Portaria RFB n.º 2.439, de 21 de dezembro de 2010.

Assim, este julgamento, nos termos da legislação de regência, deve limitar-se, tão-somente, à discussão relacionada ao crédito tributário em si, constituído através da lavratura dos autos de infração em questão (e de sua legalidade), não cabendo a esta instância de julgamento administrativa manifestar-se sobre essas questões, sendo que tais circunstâncias não interferem no mérito do crédito tributário em tela.

Entende-se, portanto, que o sujeito passivo não comprovou a inexistência de pendências impeditivas para a migração ao Simples Nacional, e nem mesmo que adotou os procedimentos previstos para a opção nos prazos legais, o que impede – ante a ausência de

previsão legal, o reconhecimento de sua inclusão ao Simples Nacional a partir de 1º de julho de 2007.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite