



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10835.000347/2011-54
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão n° **9101-006.398 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 07 de dezembro de 2022
Recorrente H. I. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GELO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO DE OPÇÃO. DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA SEM EXIGIBILIDADE SUSPensa. REGULARIZAÇÃO. PRAZO. TRATAMENTO ISONÔMICO.

Ao dispor sobre as condições para a adesão ao regime do Simples Nacional, a LC nº 123/2006 exige o preenchimento das condições para tal, entre as quais a não incidência na hipótese de vedação prevista no art. 17, V que também é causa de exclusão, mas não estabelece um prazo para a regularização. Embora seja intuitivo, do texto legal, a necessidade de o contribuinte que for efetuar a opção pelo Simples Nacional verificar se se encontra em situação regular quanto aos seus recolhimentos, o mesmo ocorre quanto ao contribuinte que já optou e se encontra no regime que deve manter-se regular, sob pena de exclusão. Assim, ante ao silêncio da lei sobre a possibilidade regularização de na hipótese de indeferimento da opção por tal circunstância, afigura-se razoável, em atenção ao princípio da isonomia, a aplicação da regra inserta no art. 32, § 2º da lei complementar a ambos as situações. Relevante considerar ainda, no caso concreto, o fato de a contribuinte ter buscado efetuar a regularização do único débito existente dentro do prazo de opção, embora tenha cometido equívocos ao realizar o pagamento em face da não atualização do débito, e ter regularizado a diferença prontamente, após ser notificada do indeferimento da opção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial, e, no mérito, em dar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões, quanto ao conhecimento, o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, e, quanto ao mérito, os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela contribuinte em face do Acórdão n.º 1001-001.880, de 08 de julho de 2020, proferido pela 1ª Turma Extraordinária da 1ª Seção, que negou provimento ao recurso voluntário interposto.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2011 INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS EM ABERTO. É cabível o indeferimento da opção pelo Simples Nacional de pessoa jurídica que tenha débitos, sem exigibilidade suspensa, junto ao INSS ou junto às Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, na data limite estipulada para formular a opção, conforme artigo 17, inciso V, da Lei n.º 123, de 2006.

Cientificada da decisão, em 13/10/2020 (AR, fl. 74), a contribuinte apresentou recurso especial (fls. 54/69) em 27/10/2020 (Termo, fl. 52), alegando divergência jurisprudencial quanto à “**aplicação do § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006, para fins de determinação do prazo final para regularização de débito com exigibilidade não suspensa nos casos de opção ao Simples Federal.**”

O recurso foi regularmente admitido por despacho da presidente da 1ª Câmara (fls. 79/85), o qual transcrevo por bem descrever o litígio e a divergência suscitada, *verbis*:

[...]

Em seu recurso, a Contribuinte suscita divergência jurisprudencial quanto à seguinte matéria que teria recebido a interpretação divergente:

- **aplicação do § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006, para fins de determinação do prazo final para regularização de débito com exigibilidade não suspensa nos casos de opção ao Simples Federal.**

No caso, trata-se de pedido de inclusão no Simples Nacional a partir de 1º de janeiro de 2011, indeferido na origem em razão da existência de débito não previdenciário com exigibilidade não suspensa, conforme situação impeditiva prevista no inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 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;

Os fatos do presente caso encontram-se assim sintetizados na decisão recorrida:

Conforme relatório, não há discussão quanto aos fatos ocorridos. A interessada, quando solicitou a inclusão no Simples Nacional, em 17/01/2011, teve notícia de débito não suspenso para com a Receita Federal, de código 5338 (multa por

atraso na entrega de Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica), no valor de R\$ 500,00, referente a período de apuração de 2008. Na mesma data efetuou o pagamento, no valor de R\$ 500,00, sem acréscimos legais (DARF à fl. 04). Em 15/02/2011 teve notícia do indeferimento da opção (Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional à fl. 06). Informado, pela Delegacia da Receita Federal, de que incidiam acréscimos sobre o débito, em 23/02/2011 efetuou o pagamento que faltava, no valor de R\$ 90,45 (DARF à fl. 05).

Verifica-se, no Termo de Indeferimento à fl. 06, que mesmo o pagamento de R\$ 500,00 não havia sido computado, em decorrência do período de apuração e data de vencimento incorretos consignados no DARF. Tanto que a empresa foi obrigada a solicitar retificação do DARF (pedido à fl. 08). Daí a ausência de acréscimos legais, já que no DARF, antes da retificação, havia erroneamente sido preenchida data de vencimento de 31/01/2011.

Assim, não há dúvida quanto à existência do débito em 31/01/2011, já que, da dívida em aberto, referente a três anos atrás, apenas o valor principal havia sido pago. [...]

Diante da existência de débito não regularizado em 31/01/2011, o Colegiado recorrido decidiu manter o indeferimento do pedido, valendo-se dos fundamentos da decisão de primeira instância, à luz do que dispõe o art. 7º da Resolução CGSN nº 4, de 2011:

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e observado o disposto no § 3º do art. 21.

§ 1º-A Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá:

I - regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo;

[...]

Em sua defesa, a Contribuinte requereu a aplicação do § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006, que estabelece o seguinte:

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

[...]

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

Para fins de afastar a aplicação do § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006, o Colegiado assim se manifestou:

De fato, conforme art. 6º da Resolução CGSN nº 94/2011, acima transcrito, que reproduziu o art. 7º da Resolução CGSN nº 04/2007, o prazo para regularização do débito era o último dia útil do mês de janeiro de 2011.

Não se trata da exclusão disciplinada no art. 31 da Lei Complementar nº 123/2006, como argumenta o contribuinte em seu recurso, cujo prazo seria o do § 2º do artigo – trinta dias contados da ciência da comunicação da exclusão. Trata-se do prazo para solicitar inclusão, estabelecido no § 2º do art. 16 do mesmo diploma legal.

Neste momento processual, a Contribuinte apresenta Recurso Especial, suscitando a existência de divergência jurisprudencial, indicando como paradigmas os **Acórdãos nº 1302-001.903 e nº 9101-004.420**.

O **Acórdão nº 1302-001.903** foi expedido em processo que envolvia situação fática semelhante a deste processo. Naquele caso, também se tratava de opção pelo Simples no ano de 2011, e a contribuinte foi cientificada dos débitos com a Fazenda Nacional em 15/02/2011, tendo efetuado os respectivos pagamentos no dia seguinte.

A ementa do Acórdão nº 1302-001.903 é a seguinte:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO.

A regra geral do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06 dispõe que, para optar pelo Simples Nacional, o contribuinte deve regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, até o término do prazo da opção, sujeitando-se ao indeferimento da opção em caso contrário. Todavia, o artigo 31 do mesmo diploma legal, em seu § 2º, autoriza a permanência do contribuinte no regime de tributação favorecido, diferenciado e simplificado, mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

No voto condutor daquela decisão, encontra-se a seguinte fundamentação:

A despeito do artigo 17 disciplinar o ingresso no Simples Nacional e o artigo 31 cuidar das hipóteses legais de exclusão do referido regime de tributação, entendendo que ao citar expressamente o inciso e o artigo que impedem o ingresso, a norma inculpada no artigo 31 acaba por favorecer os contribuintes que, dentro do prazo de trinta dias, regularizam a situação fiscal, após serem cientificados de quais os débitos que possuem em aberto por meio do próprio Termo de Indeferimento de opção.

A norma complementar não poderia fazer distinção das situações entre os contribuintes, aqueles que querem ingressar e aqueles que já estão usufruindo do regime de favor fiscal, sendo o relevante para as fazendas públicas os recolhimentos dos débitos em atraso e a regularização da situação fiscal.

Assim entendendo que o dispositivo legal, artigo 31, § 2º, ao remeter expressamente à situação descrita no artigo 17, inciso V, acaba por estender o prazo para a regularização das pendências com débitos e permitindo o gozo do benefício fiscal, igualando a situação dos contribuintes interessados no regime favorecido e diferenciado, sendo discriminatória a diferença de tratamento apenas pelo fato de já estar no Simples Nacional ou querer ingressar neste.

Quanto ao **Acórdão nº 9101-004.420**, a situação fática também guarda semelhança com a encontrada no presente caso, conforme descrição encontrada naquela decisão:

No caso, a contribuinte teve indeferida sua opção pelo SIMPLES Nacional para o ano calendário 2011 em razão da existência de débito no valor de R\$ 32,80, do período de apuração 03/2010, cuja exigibilidade não estava suspensa.

É incontroverso nos autos que o débito que deu causa ao indeferimento foi pago em 20 de abril de 2011, logo após a empresa ter tido ciência do Termo de Indeferimento de fl. 4. Referido termo tem como data de registro 27 de abril de 2011, não havendo nos autos informação sobre a data em que a empresa foi dele intimada.

A ementa do Acórdão n.º 9101-004.420 é a seguinte:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO DA OPÇÃO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO.

O artigo 17 da Lei Complementar n.º 123/2006 dispõe que, para optar pelo Simples Nacional, o contribuinte deve regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso até o término do prazo da opção. Já o §2º do artigo 31 do mesmo diploma legal autoriza a permanência do contribuinte que já está no SIMPLES Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

Na ausência de fundamento jurídico para tratar de forma desigual contribuintes que já se beneficiam do Simples Nacional e aqueles que querem optar pelo regime, é válida a interpretação de que o artigo 31, §2º, da Lei Complementar n.º 123/2006, ao remeter expressamente à situação descrita no artigo 17, V, acaba por estender o prazo de 30 dias para a regularização dos débitos aos contribuintes ingressantes no sistema.

Do voto condutor do Acórdão n.º 9101-004.420, extrai-se a seguinte fundamentação:

Para 2011, a opção pelo Simples Nacional pôde ser feita até o dia 31 de janeiro, sendo este em regra o prazo no qual as pendências impeditivas ao ingresso nessa sistemática deveriam ser regularizadas, nos termos da Resolução CGSN 94/2011:

Art. 6º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 5º. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, § 2º)

§ 2º Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, caput)

I - regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo;

II - efetuar o cancelamento da solicitação de opção, salvo se o pedido já houver sido deferido.

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

§ 4º No momento da opção, o contribuinte deverá prestar declaração quanto ao não enquadramento nas vedações previstas no art. 15, independentemente das verificações efetuadas pelos entes federados. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 5º No caso de início de atividade da ME ou EPP no ano-calendário da opção, deverá ser observado o seguinte: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, § 3º)

(...)

Não obstante, essa mesma legislação estabelece que, no caso de exclusão do contribuinte dessa sistemática de tributação, o contribuinte tem o prazo de 30 dias para a regularização do débito, contado ciência do ato de exclusão, veja-se: Lei Complementar 123/2006

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

(...)

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

Resolução CGSN 94/2011

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

V - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do termo de exclusão, na hipótese de: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, incisos V e XVI; art. 31, § 2º)

a) ausência ou irregularidade na inscrição municipal ou, quando exigível, na estadual;

b) possuir débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

§ 1º Na hipótese do inciso V do caput, a comprovação da regularização do débito ou da inscrição municipal ou, quando exigível, da estadual, no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da exclusão de ofício, possibilitará a permanência da ME e da EPP como optantes pelo Simples Nacional. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 31, § 2º)

No caso, compreendo que não merece reparos o voto condutor do acórdão indicado como paradigma quando este observa que, a despeito de o artigo 17 da

LC 123/2006 disciplinar o ingresso no Simples Nacional e de o artigo 31 cuidar das hipóteses legais de exclusão do referido regime de tributação, este último dispositivo, ao citar expressamente o inciso e o artigo que impedem o ingresso, acaba por favorecer os contribuintes que, dentro do prazo de 30 dias, regularizam sua situação fiscal, após serem cientificados de quais os débitos que possuem em aberto por meio do próprio Termo de Indeferimento de opção.

De fato, a norma não poderia fazer distinção das situações entre os contribuintes querem ingressar e aqueles que já estão usufruindo do Simples Nacional, sendo o relevante para as fazendas públicas os recolhimentos dos débitos em atraso e a regularização da situação fiscal.

De se notar, ademais, que o caso dos autos é de evidente lapso não intencional do contribuinte quanto à própria existência do débito, o que é revelado já por seu valor de ínfimos R\$ 32,80. Em uma situação como esta, manter a exclusão do contribuinte deste regime de tributação para o ano-calendário de 2011 revela-se completamente contrária aos objetivos da legislação que rege o Simples Nacional, a qual visa exatamente conferir tratamento diferenciado e favorecido a empresas com menor expertise tributária e menos recursos para lidar com aspectos burocráticos da legislação fiscal.

Em conclusão, compreendo que o artigo 31, §2º, ao remeter expressamente à situação descrita no artigo 17, V, acaba por estender o prazo de 30 dias para a regularização das pendências com débitos aos contribuintes interessados em optar pelo Simples Nacional, não havendo qualquer fundamento jurídico para tratar de forma discriminatória contribuintes que querem ingressar no Simples Nacional em comparação com aqueles que já se beneficiam do regime.

Assim, com a devida vênia, compreendo que o acórdão recorrido merece reforma.

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos ora contrapostos, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.

No Acórdão recorrido, entendeu-se que o débito que deu causa ao indeferimento da opção pelo Simples Nacional deveria ter sido quitado até o último dia do mês de janeiro, sendo inaplicável a disposição contida no § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006. Por outro lado, nos paradigmas, adotou-se entendimento diverso, de que o referido dispositivo, ao expressamente remeter à situação descrita no inciso V do art. 17 da mesma Lei, autoriza o ingresso no Simples Nacional dos contribuintes que regularizam a situação fiscal dentro do prazo de trinta dias da ciência do Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional.

Ante o exposto, conclui-se que restou demonstrada a divergência de interpretação suscitada, e tendo sido atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, entendo que deve ser dado seguimento ao Recurso Especial.

[...]

De acordo.

Com fundamento nos arts. 18, inciso III, 67 e 68 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, resolvo **DAR SEGUIMENTO** ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo.

[...]

Encaminhados os autos à Procuradoria da Fazenda Nacional em 10/06/2021 (fl. 86) para ciência do recurso e de sua admissibilidade, foram apresentadas contrarrazões (fls. 87/94), alegando, em síntese:

- a) Que a contribuinte não demonstrou de forma analítica a similitude fática entre os casos analisados no acórdão recorrido e nos paradigmas e que a decisão recorrida está baseada na análise de elementos de provas constantes dos autos, de sorte que inexistente um confronto de teses jurídicas, não devendo ser conhecido o recurso;
- b) Que, no mérito, deve ser mantida a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

Conhecimento

O recurso é tempestivo e foi regularmente admitido.

A PFN, em suas contrarrazões, defende que o recurso não deve ser conhecido, na medida em que a contribuinte não teria demonstrado de forma analítica a similitude fática entre os casos analisados no acórdão recorrido e nos paradigmas e que a decisão recorrida está baseada na análise de elementos de provas constantes dos autos, de sorte que inexistente um confronto de teses jurídicas.

Não assiste razão à PFN neste caso.

A contribuinte logrou êxito em demonstrar, sobejamente, não apenas a existência de divergência jurisprudencial em face da legislação discutida e aplicada nos casos comparados, como apontou a existência de similitude fática entre os acórdãos paragonados.

Destarte, voto por conhecer do recurso especial, nos termos do despacho de admissibilidade, conforme autorizado pelo art. 5º, § 1º da Lei nº 9.784/1999.

Mérito

O mérito da controvérsia consiste na possibilidade da aplicação do § 2º do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006, para fins de determinação do prazo final para regularização de débito com exigibilidade não suspensa nos casos de opção ao Simples Nacional.

A LC nº 123/2006 que instituiu o Simples Nacional veda o recolhimento pelo regime simplificado para as empresas que possuam débitos com o INSS ou a Fazenda Pública das três esferas, cuja exigibilidade não esteja suspensa, conforme preceitua o art. 17, inc. V, *verbis*:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou 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;

O art. 16 da LC. nº 123/2006 trata da forma de opção ao Simples Nacional, fixando, como regra, que esta deva ser feita até o último dia do mês de janeiro de cada ano, na forma estabelecida pelo Comitê Gestor, *verbis*:

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

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

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

§ 3º A opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor a que se refere o caput deste artigo.

§ 4º 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, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

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

§ 6º **O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor.**

Por outro lado, a LC. nº 123/2006 também traz disposições para os casos de exclusão do Simples Nacional em caso de ocorrência de alguma das hipóteses em que a opção pelo regime é vedada, podendo ser feita de ofício (art. 29) ou por opção (art. 30).

O art. 31 da LC nº123/2006 estabelece os efeitos da exclusão do regime, *verbis*:

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

[...]

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão;

[...]

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

§ 3º O CGSN regulamentará os procedimentos relativos ao impedimento de recolher o ICMS e o ISS na forma do Simples Nacional, em face da ultrapassagem dos limites estabelecidos na forma dos incisos I ou II do art. 19 e do art. 20.

§ 4º No caso de a microempresa ou a empresa de pequeno porte ser excluída do Simples Nacional no mês de janeiro, na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, os efeitos da exclusão dar-se-ão nesse mesmo ano.

§ 5º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, uma vez que o motivo da exclusão deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício no caso do inciso I do caput do art. 29 desta Lei Complementar, o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da

ocorrência da situação impeditiva, limitado, porém, ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir.

A Resolução CGSN n.º 04, de 2007, vigente à data da opção pela contribuinte, ora recorrente, assim dispôs sobre a opção ao regime, *verbis*:

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e observado o disposto no § 3º do art. 21.

§ 2º No momento da opção, o contribuinte deverá prestar declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações previstas no art. 12, independentemente da verificação efetuada conforme disposto no art. 9º.

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

I - a ME ou a EPP, após efetuar a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como obter a sua inscrição estadual e municipal, caso exigíveis, terá o prazo de até 10 (dez) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional;

II - após a formalização da opção, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) disponibilizará aos Estados, Distrito Federal e Municípios a relação dos contribuintes para verificação das informações prestadas;

III - os entes federativos deverão, no prazo de até 10 (dez) dias, contados da disponibilização das informações, comunicar à RFB acerca da verificação prevista no inciso II;

IV - confirmados os dados ou ultrapassado o prazo a que se refere o inciso III sem manifestação por parte do ente federativo, considerar-se-ão validadas as respectivas informações prestadas pelas ME ou EPP;

V - a opção produzirá efeitos a partir da data do último deferimento da inscrição nos cadastros estaduais e municipais, salvo se o ente federativo considerar inválidas as informações prestadas pelas ME ou EPP, hipótese em que a opção será considerada indeferida;

VI - validadas as informações, considera-se data de início de atividade a do último deferimento de inscrição.

§ 4º 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.

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 O indeferimento de que trata o caput submete-se ao rito processual definido em legislação específica do respectivo ente federado.

§ 1º Será dada 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.

§ 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.

§ 3º Na hipótese do § 2º, o respectivo ente federado deverá comunicar a decisão final para os demais entes envolvidos.

Posteriormente, a Resolução CGSN n.º 94, de 29/11/2011 assim dispôs sobre a opção ao regime, *verbis*:

Art. 6º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irrevogável para todo o ano-calendário. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 5º. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, § 2º)

§ 2º **Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá:** (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, caput)

I - regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo;

II - efetuar o cancelamento da solicitação de opção, salvo se o pedido já houver sido deferido.

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

§ 4º **No momento da opção, o contribuinte deverá prestar declaração quanto ao não enquadramento nas vedações previstas no art. 15, independentemente das verificações efetuadas pelos entes federados.** (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 16, caput)

[...]

A questão que se coloca em discussão é se poderia aplicar-se aos casos de indeferimento do pedido de inscrição no Simples Nacional, tendo em vista a constatação da existência de débito sem exigibilidade suspensa perante a Fazenda Pública ou ao INSS, o prazo especial para regularização do débito previsto no § 2º do art. 31 da LC. n.º 123/2002, que não é demais transcrever novamente, *verbis*:

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

[...]

IV - na hipótese do inciso V do caput do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão;

[...]

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

Não há dúvida quanto ao fato de o dispositivo em questão tratar especificamente dos efeitos da exclusão. Não obstante, o dispositivo fez remissão à mesma hipótese impeditiva do recolhimento dos tributos pelo regime simplificado prevista no art. 17, inc. V da LC. n.º 123/2006, que também é motivo para indeferimento da opção.

Ao dispor sobre as condições para a adesão ao regime, a LC n.º 123/2006 simplesmente exigiu que fossem preenchidas as condições para tal, entre as quais a não incidência em qualquer hipótese de vedação prevista no art. 17, que também é causa de exclusão. Diferentemente da situação de exclusão, não estabeleceu um prazo para a regularização.

A Resolução CGSN n.º 94/2011 que revogou a Resolução CGSN n.º 04/2007, veio dispor, posteriormente ao caso dos autos, que a regularização deveria ocorrer até o último dia do prazo previsto para a opção, “*sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo*”.

Embora seja intuitiva, do texto legal, a necessidade de o contribuinte, que for efetuar a opção pelo Simples Nacional, verificar se se encontra em situação regular quanto aos seus recolhimentos, da mesma forma o contribuinte que já optou e se encontra no regime também deve manter-se regular, sob pena de exclusão.

Assim, ante ao silêncio da lei sobre a possibilidade regularização na hipótese de indeferimento da opção por tal circunstância, afigura-se razoável, em atenção ao princípio da isonomia, a aplicação da regra inserta no art. 31, § 2º da lei complementar a ambos as situações.

Observo ainda que, tanto o indeferimento da opção ao Simples Nacional quanto à exclusão de ofício do regime estão submetidas ao rito do processo administrativo do respectivo ente federado que prolatou o ato de indeferimento ou de exclusão. No caso da União aplica-se o rito do processo administrativo fiscal previsto no Decreto n.º 70.235/1972.

Ou seja, ambas as situações (indeferimento ou exclusão) podem ser questionadas pelo interessado no prazo de 30 dias, mesmo período em que é ofertado ao contribuinte excluído do regime efetuar a regularização dos débitos, o que também demonstra a necessidade de simetria de tratamento.

Pode-se objetar que no momento da opção o contribuinte é expressamente notificado, via sistema eletrônico, da existência de débitos pendentes que deverão ser regularizados até o final do prazo de opção, enquanto que o contribuinte que já é optante só é notificado da irregularidade no momento da ciência do ato de exclusão. Tal distinção, todavia, é relevante apenas quanto ao conhecimento do motivo do impedimento por parte do contribuinte e não afasta o dever anterior de não possuir débitos perante a Fazenda Pública sem a exigibilidade suspensa, para beneficiar-se do regime em qualquer caso.

No caso concreto, ciente da pendência constante do Relatório de Pendências à Opção pelo Simples Nacional (fl. 9) a contribuinte promoveu imediatamente, porém de forma equivocada, o pagamento do débito (multa por atraso/falta de DIPJ), no montante original, sem

os acréscimos legais, portanto. Além disso, cometeu equívocos quanto ao período de apuração e a data de vencimento.

Na sequência, cientificada do indeferimento da opção (Termo registrado em 15/02/2011 – fl. 6), promoveu a retificação do DARF pago (fl. 8) e efetuou o recolhimento das diferenças devidas em 23/02/2011(fl. 5)

Entendo que, a despeito de restar comprovado que a contribuinte efetivamente possuía débito sem exigibilidade suspensa ao final do prazo para opção verifica-se de forma inequívoca sua intenção de regularizar a pendência da qual teve ciência, embora tenha cometido erros concernentes ao preenchimento do DARF e a não atualização do débito.

Observo, a respeito do equívoco cometido, sem qualquer pretensão de reexaminar as provas dos autos, que o Relatório de Pendências à Opção pelo Simples Nacional (fl. 9) não é exatamente claro e preciso em seus termos, o que pode ter induzido a contribuinte ao erro na medida em que informa a existência do “Saldo Devedor” de R\$ 500,00, sem ressalva de que o mesmo deveria ser atualizado na data da quitação.

Além disso, a contribuinte promoveu o recolhimento das diferenças (R\$ 90,45) tão logo que foi cientificada do indeferimento da opção.

Pode-se mesmo afirmar que, neste caso, a contribuinte estaria em situação equivalente a dos contribuintes que são excluídos por débitos pendentes, na medida em que ao recolher a importância no intuito de regularizar o débito estaria, sob sua ótica, livre de qualquer pendência.

A situação ora examinada se assemelha aos acórdãos trazidos como paradigmas pela recorrente, sendo que no Acórdão nº 1302-001.903, julgamento do qual tive a oportunidade de participar e acompanhar o voto da relatora, ex-conselheira Ana de Barros Fernandes Wiprich, que naquele caso pontuou, *verbis*:

[...]

A despeito do artigo 17 disciplinar o ingresso no Simples Nacional e o artigo 31 cuidar das hipóteses legais de exclusão do referido regime de tributação, entendo que ao citar expressamente o inciso e o artigo que impedem o ingresso, a norma insculpida no artigo 31 acaba por favorecer os contribuintes que, dentro do prazo de trinta dias, regularizam a situação fiscal, após serem cientificados de quais os débitos que possuem em aberto por meio do próprio Termo de Indeferimento de opção.

A norma complementar não poderia fazer distinção das situações entre os contribuintes, aqueles que querem ingressar e aqueles que já estão usufruindo do regime de favor fiscal, sendo o relevante para as fazendas públicas os recolhimentos dos débitos em atraso e a regularização da situação fiscal.

Assim **entendo que o dispositivo legal, artigo 31, § 2º, ao remeter expressamente à situação descrita no artigo 17, inciso V, acaba por estender o prazo para a regularização das pendências com débitos e permitindo o gozo do benefício fiscal, igualando a situação dos contribuintes interessados no regime favorecido e diferenciado, sendo discriminatória a diferença de tratamento apenas pelo fato de já estar no Simples Nacional ou querer ingressar neste.** (grifei)

Há ainda que se invocar que, desta forma, ao contribuinte faltoso é dada a oportunidade de sanar as causas impeditivas, após ser regularmente cientificado de sua existência.

No caso em concreto, a recorrente foi cientificada dos débitos com a Fazenda Nacional, consubstanciado em duas multas por atraso/falta de entrega de DIPJ, em 15 de fevereiro de 2011 e procedeu aos pagamentos em 16 de fevereiro, regularizando a sua situação fiscal.

[...]

No mesmo sentido, o pronunciamento no Acórdão paradigma n.º 9101-004.420, desta turma com outra composição¹, sob a relatoria da d. Conselheira Livia De Carli Germano, que orientou seu voto, *verbis*:

O presente recurso especial versa sobre a vedação à opção pelo SIMPLES Nacional prevista no artigo 17, V, da Lei Complementar 123/2006, que, à época dos fatos em discussão, possuía a seguinte redação:

[...]

No caso, a contribuinte teve indeferida sua opção pelo SIMPLES Nacional para o ano calendário 2011 em razão da existência de débito no valor de R\$ 32,80, do período de apuração 03/2010, cuja exigibilidade não estava suspensa.

É incontroverso nos autos que o débito que deu causa ao indeferimento foi pago em 20 de abril de 2011, logo após a empresa ter tido ciência do Termo de Indeferimento de fl. 4. Referido termo tem como data de registro 27 de abril de 2011, não havendo nos autos informação sobre a data em que a empresa foi dele intimada.

Para 2011, a opção pelo Simples Nacional pôde ser feita até o dia 31 de janeiro, sendo este em regra o prazo no qual as pendências impeditivas ao ingresso nessa sistemática deveriam ser regularizadas, nos termos da Resolução CGSN 94/2011:

[...]

Não obstante, essa mesma legislação estabelece que, no caso de exclusão do contribuinte dessa sistemática de tributação, o contribuinte tem o prazo de 30 dias para a regularização do débito, contado ciência do ato de exclusão, veja-se:

[...]

No caso, compreendo que não merece reparos o voto condutor do acórdão indicado como paradigma quando este observa que, a despeito de o artigo 17 da LC 123/2006 disciplinar o ingresso no Simples Nacional e de o artigo 31 cuidar das hipóteses legais de exclusão do referido regime de tributação, este último dispositivo, ao citar expressamente o inciso e o artigo que impedem o ingresso, acaba por favorecer os contribuintes que, dentro do prazo de 30 dias, regularizam sua situação fiscal, após serem cientificados de quais os débitos que possuem em aberto por meio do próprio Termo de Indeferimento de opção.

¹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Andrea Duek Simantob, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Acordaram os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner, Andrea Duek Simantob e Adriana Gomes Rêgo, que lhe negaram provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado).

De fato, a norma não poderia fazer distinção das situações entre os contribuintes que querem ingressar e aqueles que já estão usufruindo do Simples Nacional, sendo o relevante para as fazendas públicas os recolhimentos dos débitos em atraso e a regularização da situação fiscal.

De se notar, ademais, que o caso dos autos é de evidente lapso não intencional do contribuinte quanto à própria existência do débito, o que é revelado já por seu valor de ínfimos R\$ 32,80. Em **uma situação como esta, manter a exclusão do contribuinte deste regime de tributação para o ano-calendário de 2011 revela-se completamente contrária aos objetivos da legislação que rege o Simples Nacional, a qual visa exatamente conferir tratamento diferenciado e favorecido a empresas com menor expertise tributária e menos recursos para lidar com aspectos burocráticos da legislação fiscal.** (Grifei)

Em conclusão, compreendo que **o artigo 31, §2º, ao remeter expressamente à situação descrita no artigo 17, V, acaba por estender o prazo de 30 dias para a regularização das pendências com débitos aos contribuintes interessados em optar pelo Simples Nacional, não havendo qualquer fundamento jurídico para tratar de forma discriminatória contribuintes que querem ingressar no Simples Nacional em comparação com aqueles que já se beneficiam do regime.** (grifei)

Assim, com a devida vênia, compreendo que o acórdão recorrido merece reforma.

Importante destacar deste último acórdão a ponderação feita pela d. Conselheira Edeli Pereira Bessa que, ainda que tenha feito restrição à interpretação extensiva do art. 31, § 2º da LC. nº123/2006 naquele caso, acompanhou a relatora pelas conclusões e apresentou declaração de voto, da qual colho, *verbis*:

Como bem exposto pela I. Relatora, a Resolução CGSN nº 94, de 2011, estipula que a regularização de eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional deve se promovida até o término do prazo de inscrição.

Atualmente é permitido ao sujeito passivo acompanhar sua solicitação, a qual é deferida quando não há pendências com nenhum ente federado, mas permanece em “análise” caso haja pendências. Assim, enquanto não vencido o prazo para a solicitação da opção, o sujeito passivo pode verificar as pendências impeditivas e regularizá-las para ingressar no Simples Nacional.

Não foi possível confirmar junto ao Portal do Simples Nacional se esta opção de consulta estava disponível em 2011, quando a Contribuinte em tela solicitou seu ingresso. Apesar disso, considerando a inexpressividade do débito que motivou o indeferimento de sua opção, é razoável supor que, mesmo se disponível esta opção de consulta, a Contribuinte deixou de acessá-la e acabou incorrendo em circunstância impeditiva ao deferimento de sua solicitação.

Neste cenário, discordo da interpretação no sentido de ser concedido ao sujeito passivo que teve sua solicitação de ingresso indeferida o mesmo prazo facultado para regularização de débitos àquele que, já inscrito no Simples Nacional, sujeita-se à exclusão em razão daquelas pendências. As circunstâncias são distintas em cada hipótese e, especialmente porque o sujeito passivo tem a possibilidade de acompanhar a análise de seu pedido de inclusão, exige-se a regularização das pendências até o término do prazo para opção. Já o sujeito passivo inscrito no Simples Nacional só tem conhecimento das pendências identificadas quando notificado de sua exclusão, contexto no qual o Comitê Gestor do Simples Nacional resolveu facultar-lhe a regularização nos 30 (trinta) dias subsequentes à exclusão.

Contudo, no presente caso, como bem expõe a I. Relatora, **há patente lapso não intencional, cuja consequência é desproporcional em relação à falta cometida, e**

exige interpretação da norma da forma mais favorável ao acusado, nos termos do art. 112, incisos II e III do CTN, em alinhamento com o art. 146, III, “d” da Constituição Federal, no que se refere à definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, bem como com o art. 179 da Constituição Federal, *que também determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*

Assim, considerando a inexpressividade do débito que a Contribuinte deixou de regularizar até o prazo final para opção (31/01/2011), mas quitando-o em 29/04/2011, deve ser deferido seu pedido de solicitação de ingresso no Simples Nacional em 2011.
(grifei)

Com efeito, também neste caso, considerando-se o porte da empresa e o objetivo da lei de assegurar o tratamento diferenciado previsto no art. 179 da CF/1988, há que se ponderar as condições do caso concreto e, nos termos do art. 112, inc. II do CTN, aplicar o tratamento mais favorável ao contribuinte.

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado