



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

Processo nº 10930.001436/2007-53
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1802-002.003 – 2ª Turma Especial
Sessão de 11 de fevereiro de 2014
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente LFC JET CHICKEN ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

A SIMPLES NACIONAL. AUSÊNCIA DE MIGRAÇÃO AUTOMÁTICA DO SIMPLES FEDERAL EM VIRTUDE DE PENDÊNCIAS JUNTO AO MUNICÍPIO QUE DE FATO NÃO EXISTIRAM.

Constatada a ocorrência de erro na não migração automática do Simples Federal para o Simples Nacional, deve a Contribuinte ser enquadrada no Simples Nacional também no período de 01/07/2007 a 31/12/2007, quando ficou dele excluído por pendências que se mostraram inexistentes

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Marco Antonio Nunes Castilho, Marciel Eder Costa, José de Oliveira Ferraz Correa, Nelso Kichel.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de Pedido de Inclusão no Simples Nacional (fls 01/04), em razão de ausência de opção por meio da *internet*.

Para bem relatar os fatos, transcreve-se relatório da decisão recorrida:

"1. Trata o processo de impugnação ao Despacho Decisório/Simples nº 105, de 05/03/2008 (fls. 117/119) que indeferiu de Pedido de Inclusão no Simples Nacional (fls. 01/04), em razão de ausência de opção por meio da Internet, não tendo havido migração automática.

2. Cientificada em 11/03/2008 (fl. 120), a empresa interessada apresentou pedido de reconsideração (fls. 121/130) e impugnação (fls. 143/151), ambos em 24/03/2008 (fls. 121 e 143), acompanhados dos documentos de fls. 131/142 e 155/163, alegando, em síntese, que:

a) No dia 31/08/2007, foi protocolado Pedido de Inclusão no Simples Nacional por decisão administrativa, posto que não houve a migração automática, bem como não foi processada a opção à inclusão ao regime no sistema.

b) A microempresa deveria ter migrado automaticamente, nos termos do artigo 18 da Lei Complementar 123/2006, pois estava regularmente enquadrada no regime tributário da Lei 9.317/96, sua atividade não era vedada e em 30 de Junho de 2007 não tinha qualquer débito ou restrição à inclusão no novo regime tributário "Simples Nacional", ainda que o "sistema" tenha apontado uma "Pendência cadastral ou fiscal com o Município: LONDRINA / PR", folhas 18 a 22.

Na forma do art. 18 da Lei Complementar, a empresa não estava obrigada a fazer a opção. Ainda que houvesse pendência, a Lei Complementar, regulamentada pela Resolução CGSN nº 20, de 2007, impede a migração apenas das empresas que incorressem em vedação prevista em seu art. 12, inciso XVI ("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 que não é o caso da impugnante, Conforme revelam a certidão negativa de débito emitida em 04/07/2007 e a certidão de inexistência de débito e pendências em 30/06/2007, ambas, emitidas pelo ente federativo, município de Londrina — PR, houve "ERRO DE FATO", não havendo motivo para se impedir a migração automática.

Portanto a decisão, ora atacada, não considerou a existência de "ERRO DE FATO" no sistema que apontou uma suposta "pendência junto ao município de Londrina - PR", restringindo-se a verificar que os documentos colacionados no processo não comprovam a "opção" da empresa.

Por analogia e equidade com os optantes do art. 7º da Lei Complementar nº 123, de 2006, a microempresa teria até 31/10/2007 para regularizar débitos e pendências:

Art. 21-A. Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2007, os entes federativos poderão permitir que a ME ou EPP que efetue a opção pelo Simples Nacional, no prazo previsto no caput do art. 17 (alterou as datas do art. 700)"..que possua débitos relativos a tributos ou contribuições cuja exigibilidade não esteja suspensa, efetue a regularização até 31 de outubro de 2007. (Incluído pela Resolução CGSN no 16, de 30 de julho de 2007) (citação nossa).

Em nenhum momento a Lei Complementar, nem as resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN), determinam que as microempresas e pequenas empresas regularmente enquadradas no regime tributário da Lei 9.317/96 deveriam fazer uma nova "opção" para enquadramento no "Simples Nacional", posto que as mesmas migraram automaticamente.

Mesmo sem qualquer "pendência", a microempresa, tempestivamente, protocolou junto ao Município de Londrina - PR (fls. 14/15) pedido de enquadramento, juntamente com outras empresas de seu escritório de contabilidade, evidenciando a intenção de aderir ao Simples Nacional.

Portanto, a empresa era optante do regime tributário da Lei nº 9.317/96 não tinha pendências em 30/06/2007, conforme comprovam as certidões negativas de débito Federal, Estadual e Municipal, devendo migrar automaticamente para o "Simples Nacional".

c) há de se considerar um outro "ERRO DE FATO" no sistema de acompanhamento via Internet: Por todo período em que a empresa acompanhou o processo (telas do dia 12/07/2007, 23/07/2007, 25/07/2007 e 29/07/2007, fls. 18/22) a consulta a regularidade para ingresso no Simples Nacional informou somente que a empresa detinha "pendência cadastral ou fiscal com o município: LONDRINA-PR" NÃO INFORMANDO QUE A EMPRESA NÃO HAVIA FEITO A OPÇÃO PARA O ENQUADRAMENTO NO SIMPLES FEDERAL ou que deveria fazê-lo. O que levou a microempresa a acreditar que sua migração havia ocorrido de forma automática, bastando somente, a regularização da informação pelo município de Londrina - PR da inexistência de qualquer pendência ou débito junto ao município, o que motivou o requerimento de fls. 14 e 15; somente na tela do dia 30/08/2007, quando havia expirado o prazo para opção via internet, é que o sítio da Delegacia da Receita Federal informou: "não existe nenhuma solicitação de opção pelo Simples Nacional para este CNPJ (documento de folha 06 do processo).

Em face do princípio da verdade material, interessa verificar que a microempresa estava enquadrada no regime tributário da Lei nº 9.317/96, não tinha débitos com os entes federativos e não

estava vedado seu enquadramento no novo regime da lei complementar 123/2006 (Simples Nacional) tanto que foi enquadrada a partir de 01/01/2008 (documento anexo).

Portanto por força da verdade real e material decorrente da atividade da microempresa deve prevalecer o regime da qual a mesma já fazia parte, consistindo sua exclusão "DE OFICIO", sem qualquer fundamentação legal, abuso de direito e não pode prevalecer diante da realidade material e legal existente.

d) Considerando a aplicação do princípio da anterioridade cumulado com o princípio da irretroatividade, a Lei Complementar nº 123/2006 deveria ter entrado em vigor a partir de 01/01/2007, para o ano-calendário 2007, excepcionalmente, passou a vigor a partir de 01/07/2007 e neste sentido não pode trazer prejuízos tributários As empresas que estejam regularmente funcionando.

A manutenção da decisão administrativa imporá um ônus contábil e financeiro incomensurável à microempresa, que se verá obrigada a aderir ao regime de tributação por lucro presumido ou lucro real por um período de 06 meses, com a majoração da carga tributária e alteração de toda contabilidade da empresa em afronta ao art. 179 da Constituição Federal.

A microempresa regularmente constituída e enquadrada no regime simplificado da Lei. 9.317/96, não pode vir a ser prejudicada quanto ao tratamento diferenciado que já lhe era dispensado, não tendo dado causa A sua exclusão, e ainda teve sua opção deferida a partir de 01/01/2008 (documento anexo).

Se os motivos arrolados não forem suficientes para a reconsideração ou reforma da decisão administrativa, requer que a exclusão produza efeitos apenas a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da exclusão, nos termos dos arts. 3º, II, "d", e 6º, V, §§ 5º e 13, da Resolução CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007.

Portanto, ainda que houvesse uma pendência junto ao ente federativo como indicado em fls 18 a 22 o Comitê Gestor do Simples Nacional, acertadamente, determinou que os efeitos da exclusão passem a ocorrer somente no ano-calendário subsequente, o que importa em que a microempresa detém direito líquido e certo de permanecer no regime tributário a qual estava regularmente enquadrada.

e) Requer a reconsideração do Despacho Decisório/Simples nº 105, de 05/03/2008, no âmbito do SACAT Londrina – PR f) Subsidiariamente, requer a remessa, na forma de RECURSO, para apreciação pela autoridade competente, com o fim da inclusão retroativa da microempresa a partir de 01/07/2007. Alternativamente, requer a observância das disposições da Resolução nº 15 do CGSN, quanto aos efeitos da exclusão.

g) Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos em especial pelos documentos juntados e outros que se fizerem necessários.

3. Em atenção ao Pedido de Reconsideração, o Serviço de Arrecadação — SACAT da Delegacia da Receita Federal em Londrina emitiu o Comunicado nº 10930/340 informando ao impugnante, em síntese, que:

a) Com base nos documentos apresentados e através de pesquisa pelo Portal (acesso somente pelos entes federados), verificou-se a falta da opção ao SIMPLES Nacional para o ano requerido (2007), portanto, emitiu-se despacho decisório nº 105/2007, sem analisar se houve ou não o erro de fato, tendo em vista que a análise do erro, não é de competência da União, em vista da pendência com o Município, registrado no Portal do Simples Nacional, conforme documentos apresentados pela empresa de fls. 18 a 22.

b) Dessa forma, caso a empresa não tenha ingressado no Simples Nacional em face de pendência com Estado, Distrito Federal ou Município, a mesma deve se dirigir à Administração Tributária do respectivo ente federado que decidiu pelo indeferimento ou onde foram detectadas as pendências, conforme dispõe o § 1º do art. 8º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 004, de 30/05/2007.

4. Cientificada do Comunicado no 10930/340 em 09/04/2008 (fls. 166), a empresa apresentou, em 11/04/2008 (fls. 167), manifestação de inconformidade (fls. 167/181), alegando, em síntese, que:

a) Considerando que não houve a reconsideração da decisão do SACAT, não houve encaminhamento do processo para instância superior da peça de reconsideração e nem da peça de recurso dirigida a Delegacia da Receita Federal de Julgamento, não resta alternativa ao contribuinte que não seja manifestar a inconformidade em relação ao não encaminhamento do processo e das peças recursais para a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba.

b) O SACAT - SEÇÃO DE CONTROLE E ACOMPANHAMENTO TRIBUTÁRIO não tem competência para julgar processos administrativos em primeira instância. Apesar das determinações legais, o "SACAT" reteve o processo e julgou pela improcedência do pedido, mesmo instado a reconsiderar ou a remeter para a autoridade competente (Delegado da Receita Federal de Julgamento) para julgamento medi ante protocolo de duas petições no dia 24/03/2008, não encaminhou e expediu um mero COMUNICADO ao contribuinte, ratificando sua decisão anterior.

Houve flagrante afronta ao processo administrativo (Lei nº 9.784, de 1999, art. 63, II e § 1º), inclusive com a supressão de direito ao contraditório e ampla defesa, devendo o Comunicado ser julgado nulo de pleno direito e o processo nº

10930.001436/2007- 53 (Inicial, recursos e documentos) remetido para a Delegacia de Julgamento.

c) A microempresa foi excluída sumária, unilateralmente e sem qualquer fundamento legal do regime tributário diferenciado que regulamentou o artigo 179 da Constituição Federal, Lei nº 9.317, de 1996, e Lei Complementar nº 123, de 2006. A se manter a decisão de exclusão sumária a microempresa estaria no regime "normal" (lucro presumido ou lucro real) somente de 01/07/2007 a 31/12/2007, ou seja, dentro do ano-calendário a microempresa teria dois regimes tributários o que afronta princípios tributários maiores quais sejam da anterioridade e da irretroatividade. Deve ser revista sua exclusão de ofício, considerando sua migração automática para o regime Simples Nacional a partir de 01/07/2007.

d) Mantida a exclusão, deve ser ponderado o art. 6º, § 5º, da Resolução CGSN nº 15, de 2007, ou seja, ainda que a empresa venha a ser excluída do Simples Nacional, os efeitos de sua exclusão só poderão ocorrer no ano-calendário subsequente, qual seja, a 2008 posto que sua exclusão se deu sumariamente pela suposta existência de pendência junto ao município de Londrina —PR (pendência, esta, que não existia, vide certidão do Município), e como a opção da empresa ao Simples Nacional em 2008 já foi deferido, nenhum efeito tributário ou fiscal poderá ser imposto à microempresa.

e) A microempresa desde 1996 esteve regularmente enquadrada no antigo "Simples" Lei 9.317/96 e em 30 de Junho de 2007 não tinha qualquer débito ou restrição. A inclusão no novo regime tributário "Simples Nacional", ainda que o "sistema" tenha apontado uma "Pendência cadastral ou fiscal com o Município: LONDRINA / PR" (Consulta a regularidade); trata-se de "ERRO DE FATO" em relação à requerente; a certidão negativa de débito emitida em 04/07/2007 e a certidão de inexistência de débito e pendências em 30/06/2007 (doc.09), ambas, emitidas pelo ente federativo, município de Londrina - PR, comprovam o ERRO.

O COMUNICADO Nº 10.930/340 do "SACAT" ratifica a decisão anterior considerando que faltou por parte da microempresa a opção pelo Simples Nacional para o ano de 2007 e reconhece que não analisou o apontamento de uma suposta pendência junto ao Município de Londrina - PR Declina em considerar que nos termos do § 10 do artigo 8º da Resolução CGSN nº 004 a microempresa deve se dirigir ao ente federativo que decidiu pelo indeferimento ou detectou as pendências.

Contudo a microempresa não teve seu pedido indeferido por um ente federado, havendo erro de fato no sistema, o que levou a empresa a não migrar automaticamente e por consequência foi considerada como não optante, o que contraria a disposição expressa no art. 18 da Lei Complementar 123/2006.

A decisão da "SACAT" foi clara em afirmar que a empresa não solicitou a opção pelo Simples Nacional. Contudo, a empresa na

forma da Lei Complementar não estava obrigada a fazer opção. O "ERRO DE FATO" em relação a uma suposta pendência da microempresa junto ao município de Londrina - PR não tem o condão de impedir sua migração automática, posto que para todas as microempresas foi oportunizada a correção das pendências (analogia e equidade com os optantes do art. 7º da Lei Complementar nº 123, de 2006).

Não havia pendência a ser regularizada pela microempresa, restando seu direito líquido e certo ao regime tributário diferenciado da Lei Complementar 123/2006, por migração automática.

g) Houve falta de comunicação de inexistência ou da necessidade de opção da microempresa, tendo o sistema informado somente que a empresa detinha "pendência cadastral ou fiscal com o Município de Londrina-PR" e em 30/08/2008 sua exclusão sumária mediante comunicação após o prazo de opção (fl. 183).

h) A orientação constante do Comunicado nº 10930/340, orientando a microempresa a se dirigir ao município de Londrina —PR, já foi feita em 16/07/2007, mediante requerimento protocolado junto a Prefeitura Municipal de Londrina - Pr, protocolo nº 34549/2007 (requerimento de inclusão no Simples Nacional, fls. 223/224), no qual o escritório de contabilidade da microempresa recorrente relaciona as empresas de sua responsabilidade que não têm débitos ou pendências junto ao Município. Contudo, no sistema da Secretaria da Receita Federal constam como pendentes; entre elas a recorrente L.F.C. JET CHICKEN ALIMENTOS LTDA, C.N.PJ nº 80.553.761/0001/00.

No requerimento, há expresse pedido de enquadramento das empresas relacionadas no "Super Simples", ou seja, no regime tributário da Lei Complementar 123, de 2006. Portanto, o ente federado que apontou uma suposta pendência foi comunicado, dentro do prazo legal de opção ao Simples Nacional, do desejo de enquadramento da microempresa L.F.C. JET CHICKEN ALIMENTOS LTDA; o que contradiz a própria decisão do "SACAT", quando afirma que não há opção ao Simples Nacional por parte da microempresa recorrente. Logo, foi observada a determinação do § 1º do artigo 8º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 004, de 2007. A microempresa requereu sua opção junto ao ente federado que de pronto regularizou a informação junto a Secretaria da Receita Federal retirando qualquer pendência erroneamente informada.

Contudo, a microempresa foi excluída sumariamente do Simples Nacional, antes que houvesse a regularização da suposta pendência, o que gerou a informação errada de que não migrou ou não fez opção ao Simples Nacional.

i) Por fim, requer a improcedência do indeferimento de seu pleito e a inclusão administrativa da microempresa no regime tributário "Simples Nacional", no período de 01/07/2007 a

31/12/2007, por ser de Direito e Justiça. 5. Diante da impugnação de fls. 143/163 e da manifestação de fls. 167/181, opinando pela tempestividade, o órgão preparador encaminhou o processo para julgamento (fl. 235).”

A Delegacia de Julgamento julgou improcedente a impugnação apresentada, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL. Ano-calendário: 2007
SIMPLES NACIONAL. ANTERIORIDADE.

A Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, foi publicada em 15/06/2006 e, nos termos de seu art. 88, o novel regime de tributação diferenciado e favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte entrou em vigor apenas em 1º de julho de 2007, não se cogitando em desrespeito ao princípio da anterioridade da lei ao exercício financeiro (Constituição, art. 150, III, b) , ao princípio da noventena (Constituição, art. 150, III, c) e ao princípio especial da anterioridade nonagesimal (Constituição, art. 195, § 6º).

Impugnação Improcedente.

Sem Crédito em Litígio.”

No recurso voluntário apresentado, a Recorrente reiterou os argumentos expendidos na impugnação, em síntese, aduzindo que:

i. a apreciação de certidão com o texto expresso de “*inexistência de pendência cadastral*”, para efeitos de reconsideração da decisão;

ii. na forma da Lei Complementar nº 123 incidência do citado artigo 16 § 4º, não incorria entre as vedações e não tinha qualquer pendência com o município, portanto deveria ter migrado automaticamente para o Simples Nacional, em 1º de julho de 2007;

iii. ao tomar conhecimento que o sistema do "Portal do Simples Nacional" indicava uma “*Pendência Cadastral ou fiscal com o Município: Londrina – PR*”, procurou o ente federativo solicitando informações/correção, sendo que lhe foi entregue em 04/07/2007 certidão negativa nº 2007/004577 que comprovada a inexistência de qualquer pendência junto ao município; não satisfeita, protocolou em 16/07/2007 requerimento solicitando o enquadramento no “Super Simples”;

iv. o “*erro de fato*” em relação a uma suposta pendência “*cadastral ou fiscal*” da Recorrente junto ao município de Londrina, não estaria entre as vedações da lei, que apenas vedaria a migração somente para empresas que “*possuam débitos*” junto aos entes federativos;

v. requereu a regularização da informação e sua opção de adesão ao novo regime tributário junto ao ente Federado, que, de pronto, regularizou a situação da microempresa junto a Secretaria da Receita Federal, retirando qualquer pendência erroneamente informada, de maneira que observou o disposto no § 1º do artigo 8º, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 004;

vi. em sede de Direito Tributário o que prevalece é o princípio da verdade material;

vii. ofensa ao art. 179 da Constituição Federal;

viii. foi enquadrada no Simples Nacional a partir de 01/01/2008 e por força de aplicação do princípio da retroatividade benigna o benefício deve ser estendido ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007; posto que não estava nas vedações da lei;

ix. ainda que houvesse um débito junto ao ente federativo, o Comitê Gestor do Simples Nacional, determinou que os efeitos da exclusão passem a ocorrer somente no ano-calendário subsequente, o que importa em que a Recorrente detém direito líquido e certo de permanecer no regime tributário diferenciado criado pela Lei Complementar nº 123 a partir de 01/07/2007.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Conforme exposto no relatório, não se trata a hipótese de exclusão do regime jurídico do Simples Nacional, mas na inexistência de migração automática, por pendência impeditiva junto ao Município de Londrina, bem como pela inexistência de solicitação de opção, via Portal do Simples Nacional.

A Recorrente estava enquadrada no regime simplificado previsto na Lei nº 9.317/1996 (Simples Federal), e a controvérsia se deu em razão da não migração automática para o regime estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional).

Às fls. 18, no Portal do Simples Nacional, consta que:

“Esta empresa não migrou automaticamente para o Simples Nacional, ou porque não era optante pelo Simples Federal (Lei 9.317/96) ou, se era, porque tinha alguma pendência Impeditiva para a migração.”

Às fls. 20 verifica-se que, em 30/07/2007, constava que o CNPJ 180.553.761/0001 possuía pendência cadastral ou fiscal com o Município de Londrina - PR.

De acordo com a legislação de regência, para feitos de migração automática do antigo regime do Simples Federal (Lei nº 9.317/96) para o Simples Nacional ou Super Simples (LC nº 123/07), foram consideradas inscritas, automaticamente, em 1º de julho de 2007, as microempresas ou empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário anterior, salvo as que estavam impedidas de optar por alguma das vedações previstas em Lei. A previsão consta dos §§ 4º e 5º do art. 16 da LC nº 123/2006, regulamentada pela Resolução CGSN nº 04/2007, nos seguintes termos:

“LC nº 123/2006

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

[...]

§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.”

e

“Resolução CGSN 04/2007

Migração

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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 16, de 30 de julho de 2007)

§ 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.”

Vê-se que a Resolução CGSN nº 04/2007 não estabeleceu procedimentos para o caso de não ocorrer a referida migração automática do Simples Federal para o Simples Nacional. Ao contrário, ela se preocupou em consolidar o que chamou de “opção tácita”, estabelecendo prazo e aplicativo específico para os contribuintes cancelarem essa opção, caso pretendessem sair do regime simplificado de tributação.

Como o Simples Nacional abrange tributos da União, dos Estados e dos Municípios, o art. 39 da LC nº 123/2006 e o art. 8º da Resolução CGSN nº 04/2007 trazem diretrizes gerais para o contencioso administrativo a ser realizado por estes entes, dentro de suas áreas de competência tributária, no que pertine a lançamento, indeferimento de opção e exclusão de ofício do sistema simplificado.

Esse contexto normativo levou a Delegacia de Julgamento a considerar que o exame da pendência com o Município de Londrina e o cabimento da migração automática em razão da inoccorrência ou liberação dessa pendência eram questões estranhas à competência da Receita Federal do Brasil.

A questão destes autos não envolve lançamento, indeferimento de opção ou exclusão de ofício do sistema simplificado por um dos entes federativos, e sim problemas na migração automática, mas como já mencionado, a Resolução CGSN nº 04/2007 não estabeleceu procedimentos para os problemas gerais de não migração automática do Simples Federal para o Simples Nacional.

Foi o que ocorreu no presente caso.

Consta dos autos (e-fls 270), uma certidão/declaração prestada pelo Município de Londrina expedida em 14/10/2011, que em 30/06/2007 não existia qualquer débito da Recorrente com aquela municipalidade, o que podemos depreender que o motivo pelo qual não ocorreu a migração automática foi um erro de sistema.

Ao lado disso, cabe registrar que a União possui um papel de destaque na gestão do Simples Nacional, no que toca aos temas gerais, conforme indicam os dispositivos da LC nº 123/2006 abaixo transcritos:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da

Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

[...]

Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

[...]

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

III - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário de início de atividade, o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º do art. 3º;

*IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do **caput** do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.*

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

[...]

Art. 40. As consultas relativas ao Simples Nacional serão solucionadas pela Secretaria da Receita Federal, salvo quando se referirem a tributos e contribuições de competência estadual ou municipal, que serão solucionadas conforme a respectiva competência tributária, na forma disciplinada pelo Comitê Gestor.

Art. 41. Os processos relativos a impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto no § 5º deste artigo.

§ 1º Os Estados, Distrito Federal e Municípios prestarão auxílio à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em relação aos tributos de sua competência, na forma a ser disciplinada por ato do Comitê Gestor.

[...]

Penso que incumbe ao Contencioso Administrativo Federal examinar a ocorrência de erro na migração automática de um regime simplificado para o outro, especialmente quando esse erro é provocado por pendências que se mostraram inexistentes, até porque não haveria outra alternativa para saneá-lo no âmbito administrativo.

Por força não só do conjunto normativo acima mencionado, mas também da própria realidade fática que envolve a institucionalização do sistema simplificado de tributação, é que a Receita Federal acabou encampando o litígio sobre o não enquadramento no período de 01/07/2007 a 31/12/2007, embora a suposta pendência, que mostrou-se inexistente, fosse referente a outro ente federativo.

Registro ainda que a Contribuinte foi normalmente enquadrada no Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2008.

O que se constata é que houve irregularidade na não migração automática da Contribuinte do Simples Federal para o Simples Nacional, problema que deve ser superado, para que a Contribuinte seja enquadrada no Simples Nacional também no período de 01/07/2007 a 31/12/2007.

Nesse sentido, voto no sentido de DAR provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão