



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10930.001436/2007-53
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.242 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 11 de novembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado L.F.C- JET CHICKEN ALIMENTOS LTDA - ME

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. INOCORRÊNCIA DE MIGRAÇÃO AUTOMÁTICA PARA O SIMPLES NACIONAL. APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 04/2007. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DO PARADIGMA APRESENTADO. NÃO CONHECIMENTO.

Não deve ser conhecido o Recurso Especial em que, para o seu manejo, apresenta-se como Acórdão paradigma decisão baseada em arcabouço fático, relevante para a matéria especificamente questionada, diverso daquele que se revela nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidas as Conselheiras Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner e Andréa Duek Simantob, que conheceram do recurso. Votou pelas conclusões a Conselheira Livia De Carli Germano.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (fls. 309 a 316) interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em face do v. Acórdão n.º 1802-002.003 (fls. 294 a 307), proferido pela C. 2ª Turma Especial da 1ª Seção desse E. CARF, em sessão de 11 de fevereiro de 2014, que deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado pela Contribuinte, deferindo sua inclusão no SIMPLES Nacional, a partir de 01/07/2007. Confira-se:

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

Em resumo, a contenda tem como objeto inaugural o Despacho Decisório/Simples n.º 105, de 05/03/2008, que indeferiu o Pedido de Inclusão no SIMPLES Nacional da Contribuinte, em razão de ausência da realização da referida opção por meio da *internet*, não tendo havido migração automática.

A seguir, para um maior aprofundamento, adota-se trecho do relatório do v. Acórdão de Recurso Voluntário, ora recorrido:

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 n.º 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 n.º 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 n.º 123, de 2006, a microempresa teria até 31/10/2007 para regularizar débitos e pendências:

Art. 21A. 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 n.º 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, fl s.

18/22) a consulta a regularidade para ingresso no Simples Nacional informou somente que a empresa detinha "pendência cadastral ou fiscal com o município: LONDRINAPR" 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 sitio 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 principio da verdade material, interessa verificar que a microempresa estava enquadrada no regime tributário da Lei n.º 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 principio da anterioridade cumulado com o principio da irretroatividade, a Lei Complementar n.º 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 n.º 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 liquido e certo de permanecer no regime tributário a qual estava regularmente enquadrada.

e) Requer a reconsideração do Despacho Decisório/Simples n.º 105, de 05/03/2008, no âmbito do SACAT Londrina – PR)

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 n.º 15 do CGSN, quanto aos efeitos da exclusão.

(...)

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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 123 a partir de 01/07/2007.

Este é o Relatório.

Como visto, a DRJ negou provimento à Manifestação de Inconformidade da Contribuinte, indeferindo sua *inclusão* no SIMPLES Nacional desde 01/07/2007, mantendo a motivação da Autoridade Tributária de *piso*. Inconformada, a ora Recorrida apresentou Recurso Voluntário a este E. CARF, reiterando seus argumentos de verdadeiro *erro* por parte dos sistemas referentes ao processamento da opção por tal regime, que não havia pendência tributária junto à municipalidade de seu domicílio, que não teria havido a devida instrução de como se proceder à opção quando constatada a ausência de migração automática e que não existira base em Lei estrita para a negativa que vem sofrendo.

Quando do julgamento de tal primeiro *Apelo*, entendeu a C. Turma Especial *a quo* que assistiria razão à Contribuinte, reconhecendo a possibilidade de sua inclusão retroativa no SIMPLES Nacional, mesmo sem ter efetuado a devida opção no *portal* do sistema eletrônico, ao tempo previsto, e entendo que existe prova de inexistência do débito municipal que obstou sua migração automática.

Intimada, a Fazenda Nacional não apresentou Embargos de Declaração, interpondo diretamente o Recurso Especial ora sob julgamento, demonstrando a existência de suposto dissídio jurisprudencial em relação à necessidade de formalização de opção até o dia 20 de agosto de 2007, como requisito para a inclusão da Contribuinte no SIMPLES Nacional, a partir de 01/07/2007.

Processado, o Recurso Especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional teve seu prosseguimento determinado, através do r. Despacho de Admissibilidade de fls. 326 a 328, analisando o singular paradigma apresentado, concluindo que *do cotejo entre as ementas e os votos condutores dos arestos, recorrido e paradigma, verifica-se que o tratamento foi diferenciado vez que, no recorrido concluiu-se que mediante 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. No que se refere ao paradigma n.º 1101-00.720, entende pela impossibilidade de inclusão retroativa no Simples Nacional, tendo*

em vista a ausência de formalização tempestiva da opção, entre o primeiro dia útil de julho de 2007 e o dia 20 de agosto de 2007.

Devidamente cientificada, a Contribuinte apresentou Contrarrazões (fls. 332 a 341), alegando a ausência de similitude fática do conjunto fático-probatório tratado no v. Acórdão paradigma, bem como requerendo a manutenção do v. Aresto recorrido.

Em seguida, o processo foi sorteado para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

Admissibilidade

Reitera-se a tempestividade do Recurso Especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme atestado anteriormente no r. Despacho de Admissibilidade. Considerando a data de sua interposição, como igualmente antes já registrado, seu cabimento estava sujeito à hipótese regida pelo art. 67 do RICARF, instituído pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações.

Conforme relatado, a Contribuinte apresenta Contrarrazões, visando demonstrar a ausência de demonstração de divergência por parte da Fazenda Nacional.

Em suma alega que *o Recurso Especial encartado não indica qual o artigo ou inciso que o Acórdão deu interpretação divergente, e qual foi a interpretação dada que deve ser revista. O Recurso Especial encartado procura rediscutir **fatos divergentes** entre o Acórdão que ele apresenta como “paradigma” e o caso concreto da RECORRIDA, que não tem embasamento em interpretação de legislação tributária.*

Ou seja, a Recorrida entende que os v. Acórdãos recorrido e paradigma não guardam a similitude fática necessária para demonstrar o dissídio jurisprudência sobre a mesma legislação.

Pois bem, de um lado o v. Acórdão nº 1802-002.003, ora recorrido, no que tange ao procedimento de opção para o SIMPLES Federal - diante da ausência de migração automática - entendeu que a 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.* Confira-se:

(...)

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:

(...)

Vê-se que a Resolução CGSN n.º 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.

Por outro lado, o v. Acórdão n.º 1101-00.720, paradigma apresentado, tratou de *pedido de inclusão efetuado apenas em 15/10/2008* do contribuinte no SIMPLES Nacional, concluindo que o art. 17 da mesma Resolução CGSN n.º 04/2007 determinou a forma específica e devida da opção, a ser feita *do primeiro dia útil de julho de 2007 até 20 de agosto de 2007*:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

PEDIDO DE INCLUSÃO. MEIO INADEQUADO.

O pedido de opção pelo Simples Nacional, para o ano de 2007, devia ser realizado por meio da internet no período de 01/07/2007 a 20/08/2007. Incabível a discussão administrativa das pendências eventualmente existências se a contribuinte não formaliza sua opção na forma prevista na legislação.

(...)

A Resolução CGSN n.º 4, de 30/05/2007, posteriormente alterada pela Resolução CGSN n.º 19, de 13/08/2007, assim dispôs:

(...)

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

Alega a recorrente que, antes de apresentar, em 15/10/2008, o Pedido de Inclusão no SIMPLES Nacional que inicia estes autos, havia agendado a solicitação no ano anterior para que pudesse ser enquadrada no Simples Nacional. Nos autos, consta apenas uma impressão de Solicitação de Opção pelo Simples Nacional em 10/07/2008 (fl. 02) – informando a inexistência de solicitação de opção – e cópia dos documentos de arrecadação do SIMPLES Nacional (DAS) em 2007 (fl. 07/09).

Por ocasião da manifestação de inconformidade, a contribuinte também juntou impressão de Termo de Opção pelo Simples Nacional vinculado a seu CNPJ, indicando que a solicitação foi efetuada, sem qualquer referência de data (fl. 14), mas antes disso a autoridade administrativa já havia demonstrado, em consulta ao histórico da empresa no SIMPLES Nacional, que houve uma solicitação apresentada em 26/01/2009, indeferida por pendências não resolvidas (fl. 10).

Em seu recurso voluntário, a interessada apenas juntou extrato dos recolhimentos efetuados no âmbito do SIMPLES Nacional em 2007 (fls. 31/33).

Fica muito claro que, ainda que ambos v. Arestos tratem do art. 17 da Resolução CGSN n.º 04/2007, o v. Acórdão paradigma não apreciou circunstância envolvendo a migração automática e seu fundamento para inoção, fato este que foi o cerne do fundamento de decidir do v. Acórdão recorrido, o qual atribuiu relevância jurídica a tal ocorrência, o que lhe permitiu concluir que não estaria a situação do Contribuinte tratada naquele normativo – único elemento que deu margem à sua posição de possibilidade de análise de regularidade fiscal municipal da Recorrida, mesmo sem ter procedido à opção prevista naquela norma.

Desse modo, comprova-se a ausência da necessária similitude fática entre os r. *decisórios*, não sendo possível se estabelecer se o C. Colegiado deste E. CARF que proferiu o v. Acórdão paradigma manteria – ou não - esse mesmo entendimento, diante das situações específicas envolvidas nestes autos, referentes à migração automática.

Assim, não merece ser conhecido o Recurso Especial.

Diante do exposto, voto por não conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator