

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, que considerou correta a negativa de enquadramento da Contribuinte no Simples Nacional, relativamente ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007, conforme já havia decidido a Delegacia de origem (DRF Ponto Grossa/PR).

Os fatos que antecederam o presente recurso estão assim descritos no relatório da decisão recorrida, Acórdão nº 06-34.236, às fls. 54 a 56:

1. Trata o processo de impugnação ao indeferimento (fls. 16/18) de Pedido de Inclusão no Simples Nacional (fls. 02/03), em razão de ausência de opção por meio da Internet de empresa que não migrou do Simples Federal automaticamente.

2. Cientificada do Despacho Simples Nacional nº 092/2008 em 14/05/2008 (fl. 21), a empresa interessada apresentou impugnação (fls. 24/26), em 11/06/2008 (fl. 24), acolhida como tempestiva pelo órgão preparador (fl. 46), acompanhada dos documentos de fls. 27/45, alegando, em síntese, que:

a) Dentro do prazo legal, na página da Receita Federal, a impugnante diligenciou sua migração automática para o Simples Nacional, mas por problemas operacionais, conforme explanado pelo Órgão Gestor (fls. 11), a empresa não foi incluída pelo Sistema, mesmo preenchendo todos os requisitos do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

b) O item 5 da decisão recorrida não é plausível, sendo injusto o indeferimento, como podemos observar:

[..., de apesar de ter gerado o código de acesso, não provou que houve erro de fato, ou seja, não juntou tela de que sua opção foi enviada com sucesso, embora não tenha salvo o termo de opção para conclusão do processamento de sua solicitação.]

c) Desde sua constituição, a empresa sempre foi de pequeno porte, fazendo jus ao Simples Federal. Após o procedimento de migração, no dia 09/08/2007, ao ser gerado o DAS de recolhimento, constou a informação de não ser a empresa optante pelo Simples Nacional e como o prazo para inclusão tinha sido prorrogado para 28/08/2007, diligenciou junto à Receita Federal em Guarapuava e obteve a informação de que tal ressalva estava sendo gerada para todas as empresas e que possíveis problemas na migração seriam solucionados em breve.

d) Os requisitos subjetivos para ingresso no ano-calendário de 2007 foram preenchidos, não se justificando a não migração e o indeferimento do pedido de inclusão.

Como mencionado, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR considerou correta a negativa de enquadramento da Contribuinte no Simples Nacional, relativamente ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. MIGRAÇÃO.

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 incorrerem em situação impeditiva ao ingresso no Simples Nacional.

Impugnação Improcedente

Sem Crédito em Litígio

O voto que orientou a decisão administrativa de primeira instância apresenta os seguintes fundamentos:

4. A “Consulta à regularidade para ingresso no Simples Nacional (opção automática)” apresentada com a impugnação (fls. 06) revela a não migração automática por pendência cadastral ou fiscal com o Município de Guarapuava. A observação constante dos Documentos de Arrecadação do Simples Nacional apenas confirma essa situação.

5. A impugnante sustenta que não migrou automaticamente, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006, por problemas operacionais, conforme informativo de fls. 11 - o qual ressalta que em função de problemas operacionais no processamento das opções ocorreram indeferimentos por Estados e Municípios, mas que tais problemas foram solucionados por reproprocessamento, cabendo ao interessado em não permanecer no Simples Nacional formular requerimento administrativo solicitando o cancelamento da opção, em razão do encerramento do prazo para solicitar o cancelamento por meio do Portal Simples Nacional.

5.1. No Pedido de Inclusão no Simples Nacional (fls. 02/03), a empresa esclareceu que, ao solicitar a opção, o Portal do Simples Nacional acusou pendência perante o Fisco Municipal de Guarapuava, contudo o Departamento Fiscal do Município constatou não haver irregularidade ou pendência fiscal, conforme Certidão Negativa (fl. 04) e “Pesquisa e Avaliação de Empresas Optantes do Simples Federal - Simples Nacional - Migração” (fl. 05).

6. A definição acerca de ser indevida a pendência com o Município de Guarapuava em 01/07/2007 e o cabimento de migração automática em razão da inoccorrência/liberação da pendência com o Município são questões estranhas à

competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil, diante da inteligência extraída do art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e do disposto nos §§ 1º, 1º-A e 1º-B do art. 8º da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

6.1. Portanto, devemos nos limitar a apreciar a alegação de que solicitação de opção não teria sido confirmada por problemas no Portal Simples Nacional, ainda que decorrentes da informação de pendência com o Município de Guarapuava. Note-se que esse limite também foi observado pelo Despacho Simples Nacional nº 092/2008 (fls. 16/18).

7. Como bem observou o referido Despacho, não consta do relatório “Lista de Eventos” (fl. 15) solicitação de opção entre 01/07/2007 e 20/08/2007, uma vez que há apenas a indicação de solicitação de opção formulada em 14/01/2008.

7.1. Além disso, apesar de o contribuinte ter gerado código de acesso (manuscrito no documento de fls. 06), não juntou tela demonstrando que tenha sido enviada solicitação com sucesso.

7.2. O fato de o contribuinte ter gerado o código de acesso não significa que tenha encaminhado solicitação de opção. Isso porque, o código de acesso é um pré-requisito para se formalizar a solicitação de opção, sendo dispensável para os contribuintes que possuam certificado digital.

7.3. Além disso, diante da ausência de registro na “Lista de Eventos” de solicitação de opção entre 01/07/2007 e 20/08/2007, a impugnante deveria ter feito prova do encaminhamento de solicitação nesse período, mediante juntada de tela impressa do Portal do Simples Nacional.

7.4. Ressalte-se que em tal tela constaria o botão “Salvar” para que o Termo de Opção ao Simples Nacional fosse salvo e o processamento concluído, com o conhecimento de seu resultado.

7.5. Logo, não há implausibilidade no item 5 do Despacho Simples Nacional nº 092/2008.

8. Não tendo migrado automaticamente (ou seja, não tendo sido considerada inscrita nos termos do § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006), se a empresa quisesse ingressar no Simples Nacional, deveria ter formulado solicitação de opção no Portal do Simples Nacional, nos termos do caput do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006 (Resolução CGSN nº 4, de 2007, art. 9º, parte final do § 3º).

8.1. Não havendo nos autos sequer prova de tentativa de solicitação de opção entre 01/07/2008 e 20/08/2007, não prospera a alegação de que solicitação de opção não teria sido confirmada por problemas no Portal Simples Nacional.

9. Isso posto, voto pela improcedência da impugnação, mantendo o indeferimento do Pedido de Inclusão no Simples Nacional.

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 06/10/2011 (quinta-feira), a Contribuinte apresentou recurso voluntário em 07/11/2011 (segunda-feira) com os argumentos abaixo descritos:

- firme no entendimento acerca da necessidade de prova da tentativa de solicitação de opção entre 01/07/2007 e 20/08/2007, a Delegacia de Julgamento manteve o indeferimento da migração do Simples para o Simples Nacional;

- a questão a ser dirimida no presente feito gira em torno da necessidade, ou não, de a empresa optante pelo regime simplificado de tributação, previsto pela Lei 9.317/96, adotar providências preliminares para realizar sua migração para o Super Simples, nos moldes como asseverado na decisão regional;

- o decisão recorrida apega-se com todas as forças em questões meramente formais e que extrapolam (e muito) o alcance do que determina a legislação de regência naquilo que diz respeito à migração de empresas já enquadradas no regime simplificado instituído pela lei 9.317/96 para o Simples Nacional regulamentado pela Lei Complementar 123/06 e demais orientações advindas do regramento específico instituído pelo Comitê Gestor;

- o julgado atacado defende que caberia ao Contribuinte optante pelo Simples demonstrar o seu interesse em realizar a sua migração para a nova modalidade, bem como que o seu enquadramento na nova sistemática dependeria da inexistência de débitos;

- contudo, uma análise mais detida e minuciosa da letra da lei não deixa dúvidas que a Recorrente preencha, como preenche até dias de hoje, todos os requisitos exigidos para a sua inclusão no novo regime simplificado, na medida em que há tempos figurava (como figura) como empresa optante pelo Simples e, sobretudo, porque não havia qualquer fator impeditivo para a migração;

- nos termos do que dita o artigo 16 da Lei Complementar 123, bastava a empresa estar inserida no regime instituído pela Lei 9317/96 para que, automaticamente, tivesse realizada a sua inscrição no Simples Nacional;

- a Resolução CGSN nº 04/2007, com o fito de regulamentar a sistemática dessa transferência, fixou como regra geral a migração automática ou tácita como sendo essa a modalidade de opção para aquelas ME ou EPP que estivessem enquadradas no regime anterior. Essa mecânica veio expressamente idealizada nos termos do artigo 18 da referida Resolução;

- uma análise pormenorizada das disposições do referido art. 18 da Resolução CGSN nº 04/2007 dá a exata noção do equívoco que vem sendo perpetrado em desfavor da petionária na medida em que:

1. a inscrição no novo Simples Nacional dependia, exclusivamente, da sua condição de optante pelo regime tributário anteriormente instituído pela Lei 9317/96, fato esse incontroverso nos autos em testilha;

2. para a concretização da opção tácita, a empresa não poderia ter sido excluída da sistemática do Simples ou possuir débitos cuja exigibilidade não estivesse suspensa.

- percebe-se, então, que para o ingresso na nova sistemática de tributação bastaria figurar como optante do Simples e estar em dia com o pagamento dos valores decorrentes do mecanismo simplificado para passar a usufruir, automaticamente, das vantagens decorrentes da Lei Complementar nº 123, não existindo nenhuma outra formalidade necessária para a consecução de tal ato, sendo certo que o regramento norteador não instituiu a obrigatoriedade em acessar o sítio eletrônico do Programa, na internet, como forma de validar a inscrição e a opção;

- ao contrário disso, a combinação entre o disposto nos parágrafos 6º e 8º do referido art. 18 da Resolução CGSN nº 04/2007 não deixa margem a qualquer dúvida quanto à intenção do legislador de que o ingresso no Simples Nacional ocorreria tranquilamente para aqueles que já figurassem como beneficiários do sistema, e que somente o desejo de não ingressar nos quadros é que acarretaria a obrigação de utilizar a rede mundial de computadores;

- ou seja, bastava o silêncio dos já optantes para que ocorresse a inscrição, automática e imediata, do Contribuinte no sistema unificado de tributação denominado Super Simples ou Simples Nacional, sendo despendida qualquer outra medida ou formalidade, salvo nos casos de não haver interesse na opção, quando, então, a informação deveria ser levada a efeito através dos formulários da internet;

- o referido art. 18 está em perfeita consonância com o que dita o parágrafo 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123, não dando margem a qualquer distorção ou outra exigência. Trata-se de norma cogente, não cabendo ao intérprete dar qualquer entendimento capaz de derruir a intenção do legislador;

- torna-se evidente, pois, que a condição de optante pelo SIMPLES da lei 9.317/96 é fator determinante para a solução do caso em tela na medida em que estabiliza as relações tributárias em curso, sendo determinado o conjunto de regras aplicáveis ao Contribuinte;

- somente essa razão seria mais do que suficiente para a reforma da decisão da Turma Julgadora, porquanto, como visto, não há na legislação uma ordem direta no sentido de que caberia à empresa adotar as formalidades exigidas no acórdão guerreado;

- também não andou bem o acórdão objurgado no que se refere à questão da existência de débitos, enquanto fator impeditivo à inscrição da empresa no Simples Nacional no período subsequente ao advento do novo regramento instituído pela Lei Complementar 123;

- os documentos que seguiram com a impugnação, e que agora vão com o presente recurso, demonstram que à época dos fatos (julho/agosto 2007) a Recorrente não possuía nenhum débito (principal ou acessório) ou qualquer outra pendência com algum ente da Administração Pública a ponto de incorrer nas vedações de ingresso previstas pela lei. Tanto é assim que até o presente instante não recebeu nenhuma informação oficial dos Órgãos Públicos (a não ser os julgamentos ocorridos nos presentes autos) dando conta do indeferimento de sua opção, a teor do que determina o artigo 8º da Resolução CGSN nº 04/2007, essa sim uma preterição de formalidade indispensável à validade do feito;

- é bom lembrar, outrossim, que ao contrário do que asseverado na decisão, toda a discussão foi deflagrada por erros operacionais do sistema, tal qual já demonstrado no bojo das peças anteriores e, jamais em razão de pendência tributária de qualquer ordem,

mormente porque a Recorrente sempre se manteve em dia com todas as suas obrigações tributárias, desde a sua fundação, em especial àquelas vinculadas à Receita Federal;

- basta um confronto entre o documento denominado "Consulta a regularidade" com o intitulado como "Pesquisa e avaliação de empresas optantes do Simples Federal" para perceber que há muito a empresa teve deferida a avaliação para a migração automática de um regime para o outro, não sendo possível aceitar a posição do Fisco Federal em indeferir a sua inscrição;

- não há como se perder de vista o aspecto teleológico da lei que, ao instituir o Simples Nacional, teve por objetivo precípuo conferir tratamento simplificado, diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, daí porque não pode ser exigido do Recorrente um aumento da carga tributária, com o indeferimento da sua opção, pelo só fato de não haver a adoção das formalidades exigidas pelo Fisco, sem qualquer lastro legal;

- a Contribuinte desde sempre figura nos quadros do Simples Federal, onde vem efetuando pontualmente o pagamento das suas obrigações fiscais, inclusive a partir da competência de julho/2007 (mês no qual entrou em vigor a LC nº 123/2006, art. 88), não lhe podendo ser oposto o rigorismo formal da protocolização via Internet da "opção", com a impressão de tela contendo o botão "salvar";

- as decisões administrativas anteriores criaram condições que não estão previstas em Lei, impondo, em verdade, ônus que o ordenamento não instituiu;

- além de tudo o que foi explicitado, não há como se perder de vista, também, a prevalência, no caso, do princípio da boa-fé do Contribuinte que, sem causar qualquer prejuízo aos cofres públicos, vem arcando pontualmente com as suas obrigações perante o Fisco Federal, honrando, inclusive, com os pagamentos decorrentes da incidência da alíquota simplificada no período em discussão;

- diante da condição de empresa optante pelo regime simplificado anterior (Lei 9.317/96), caberia ao Erário Federal adotar todas as medidas cabíveis para a manutenção da Empresa nessa condição, mormente quando o cancelamento ou o desinteresse na continuidade por tal metodologia de tributação se apresenta como prerrogativa do Contribuinte, como determinado pela Lei Complementar 123;

- não poderia o Fisco, pautado em meras suposições, fazer da regra a exceção a ponto de compelir o administrado a adotar medidas que não lhe cabiam, sem que fosse verificada a situação real da empresa, uma vez que um dos deveres da Administração Pública é o de sempre buscar e pautar suas condutas pela busca da verdade real;

- mas não foi essa a postura assumida pelo julgador quando da decisão proferida nos autos em espeque, pois, como se pode observar, a decisão está pautada, única e exclusivamente, na hipótese de que formalidades não foram atendidas e que a Empresa estaria em débito com algum órgão ligado à Administração Pública. Ou seja, sua fundamentação está muito aquém do princípio da busca da verdade material;

Processo nº 10940.003094/2007-97
Acórdão n.º **1802-001.815**

S1-TE02
Fl. 9

- a decisão regional deve ser reformada, para que seja preservado o direito da Recorrente em migrar para o regime unificado de tributação instituído pela LC 123/96 e, assim, recolher os tributos relativos ao período compreendido entre julho a dezembro de 2007 com base nessa sistemática.

Este é o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

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

A Contribuinte questiona decisão que considerou correta a negativa de seu enquadramento no Simples Nacional relativamente ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007.

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

Está claro nos autos que a matéria em debate diz respeito apenas ao período de julho a dezembro de 2007. O próprio despacho da Delegacia de origem que indeferiu o enquadramento no período acima referido, às fls. 16 a 18, informa que a Contribuinte pleiteou a sua adesão ao Simples Nacional em 14/01/2008, e que esta adesão foi deferida imediatamente para o período a partir de 01/01/2008.

A migração automática do Simples Federal para o Simples Nacional (também chamado de Super Simples) estava prevista nos §§ 4º e 5º do art. 16 da LC 123/2006, e foi regulamentada pela Resolução CGSN nº 04/2007, nos seguintes termos:

LC 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 irrevogável 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.

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.

Em sua decisão, a Delegacia de Julgamento (DRJ) considerou que o exame da pendência com o Município de Guarapuava 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 base para esse entendimento seria o art. 39 da LC 123/2006 e os §§ 1º, 1º-A e 1º-B do art. 8º da Resolução CGSN nº 4/2007.

Em razão disso, o exame em primeira instância administrativa ficou limitado à alegação de que a solicitação de opção não teria sido confirmada por problemas no Portal Simples Nacional, ainda que decorrentes da informação de pendência com o Município de Guarapuava.

Nesse contexto a DRJ registrou:

- que havia apenas a indicação de solicitação de opção formulada em 14/01/2008;
- que apesar de a Contribuinte ter gerado código de acesso (manuscrito no documento de fls. 06), ela não juntou tela demonstrando que tenha sido enviada solicitação com sucesso;
- que o fato de a Contribuinte ter gerado código de acesso não significa que tenha encaminhado solicitação de opção, porque o código de acesso é um pré-requisito para se formalizar a solicitação de opção;
- que a Contribuinte deveria ter feito prova do encaminhamento de solicitação no período entre 01/07/2007 e 20/08/2007, mediante juntada de tela impressa do Portal do Simples Nacional;
- que nessa tela constaria o botão "Salvar" para que o Termo de Opção ao Simples Nacional fosse salvo e o processamento concluído, com o conhecimento de seu resultado;
- que não havia nos autos sequer prova de tentativa de solicitação de opção entre 01/07/2007 e 20/08/2007, e que, assim, não poderia prosperar a alegação de que a solicitação de opção não foi confirmada por problemas no Portal Simples Nacional;
- que não tendo migrado automaticamente, e querendo a Empresa ingressar no Simples Nacional, deveria ela ter formulado solicitação de opção no Portal do Simples Nacional, nos termos do caput do art. 16 da Lei Complementar nº 123/2006 (Resolução CGSN nº 4/2007, art. 9º, parte final do § 3º).

É interessante transcrever os dispositivos que fundamentaram a decisão de primeira instância administrativa, conforme acima mencionado:

LC 123/2006

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

Resolução CGSN 04/2007

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 Será dado 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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008)

§ 1º-A O contencioso administrativo relativo ao indeferimento de opção será de competência do ente federativo que decidir o indeferimento, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

§ 1º-B O ente federativo que considerar procedente recurso administrativo do contribuinte contra o indeferimento de sua opção deverá registrar a liberação da respectiva pendência em aplicativo próprio disponível no Portal do Simples Nacional. (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

[...]

Art. 9º Serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se as ME e as EPP atendem aos requisitos pertinentes.

[...]

§ 3º A ME ou a EPP que exerça atividade econômica cuja CNAE seja considerada ambígua não participará da opção tácita prevista no art. 18, podendo, entretanto, efetuar a opção de acordo com o art. 7º, quando prestará declaração de que exerce tão-somente atividades permitidas no Simples Nacional.

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 Guarapuava e o cabimento da migração automática em razão da inocorrência 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 exatamente por isso que a Delegacia de Julgamento fez menção ao § 3º do art. 9º da referida resolução (também transcrito acima), que trata especificamente das empresas que exercem atividades econômicas cuja CNAE sejam consideradas ambíguas, dispondo que elas não participarão da opção tácita prevista no art. 18 da Resolução, mas que podem efetuar a opção normal de acordo com o art. 7º, quando prestarão declaração de que exercem tão-somente atividades permitidas no Simples Nacional.

Com base nesse dispositivo, a DRJ entendeu que a Contribuinte, por não ter migrado automaticamente, deveria ter ingressado no Simples Nacional mediante solicitação de opção no Portal do Simples Nacional (o que só ocorreu em 14/01/2008, com efeitos a partir de 01/01/2008).

É importante destacar algumas circunstância que envolvem o caso sob exame.

Consta dos autos:

- tela de consulta no portal do Simples Nacional referente à “Pesquisa e Avaliação de Empresas Optantes do Simples Federal – Simples Nacional – Migração” indicando no campo de avaliação a situação “deferido” (fls. 5);
- Certidão Negativa emitida pelo Departamento de Receita da Secretaria de Finanças do Município de Guarapuava/PR em 04/05/2007, com validade de 90 dias (fls. 75);
- Certidão Negativa emitida pelo Departamento de Receita da Secretaria de Finanças do Município de Guarapuava/PR em 11/12/2007, com validade de 90 dias (fls. 76); e
- a informação de que a solicitação de adesão ao Simples Nacional apresentada em 14/01/2008 foi imediatamente deferida para o período a partir de 01/01/2008, conforme o despacho emitido pela DRF Ponta Grossa/PR (Despacho Simples Nacional nº 092/2008, fls. 16 a 18).

Ao que tudo indica a migração automática não ocorreu por um erro no registro de pendências junto ao Município de Guarapuava/PR.

Não há nos autos nenhuma manifestação do referido Município, que justificasse essa não migração. Também não há notícia da existência de ato administrativo daquele Município, ou de contencioso administrativo junto àquele ente federativo, que pudesse justificar a aplicação do art. 39 da LC nº 123/2006 e do art. 8º da Resolução CGSN nº 04/2007.

Não há nenhum dado sobre a pendência com o referido ente Municipal.

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 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.

Nesse sentido, já mencionamos que não há notícia da existência de ato administrativo emitido pelo Município de Guarapuava, e nem de contencioso administrativo junto àquele ente federativo que envolva a Recorrente.

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 novamente 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 quanto à 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.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa

Processo nº 10940.003094/2007-97
Acórdão n.º **1802-001.815**

S1-TE02
Fl. 17

CÓPIA