



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10768.002517/2010-03
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.729 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente MARCA MOUTINHO COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA. ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

INCLUSÃO RETROATIVA. INÍCIO DE ATIVIDADE.

A pessoa jurídica pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional retroativamente ao início da atividade no ano-calendário da opção, desde que as seguintes condições cumulativas sejam preenchidas: (a) 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 e (b) não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de pessoa jurídica em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da inscrição no CNPJ, observados os demais requisitos legais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 12-30.792, proferido pela 5ª Turma da DRJ/ RJ1, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada

pela Recorrente, mantendo o indeferimento de opção pelo SIMPLES NACIONAL como pessoa jurídica em início de atividade.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo, que será complementado com os fatos que se sucederam:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade (“impugnação”) apresentada contra o indeferimento da opção feita pela interessada pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, como empresa em início de atividade, em face de o período da opção ter extrapolado o prazo de 180 dias contados da data de abertura constante do CNPJ e a opção só poder ser feita no mês de janeiro.

2. A opção da interessada pelo Simples Nacional foi solicitada em 31/03/2010 e o sistema informatizado de acompanhamento de opção pelo Regime acusou período inválido para adesão (fl. 22).

3. Inconformada, a interessada apresentou impugnação à Delegada da DERAT/RJ datada de 01/04/2010, de fls. 1/5, alegando que o último ato de regularização da pessoa jurídica foi a obtenção do alvará de localização emitido em 25 de março de 2010, e que a interessada teria o prazo de 30 dias para solicitar a inclusão no Simples Nacional, amparada na Resolução CGSN nº 4/2007, artigo 7º, § 3º, I, com a redação dada pela Resolução nº 41, de 1º de maio de 2008.

4. O recurso foi indeferido pela DERAT/RJ, nos termos do despacho de fl 25, sob o argumento de que “a ME/EPP não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de 180 dias da data de abertura constante do CNPJ, de acordo com o disposto no § 6º do artigo 7º da Resolução CGSN nº 4/2007, sendo 1 1/01/2010 a data limite para fazê-lo, ou seja, 180 dias da data de abertura no CNPJ”.

5. A interessada tomou ciência desse indeferimento em 12/05/2010 e apresentou recurso à DRJ em 13/05/2010 (fls 27/33) com os seguintes fundamentos:

5.1. que a inscrição municipal somente foi deferida pelo órgão próprio em 25/03/2010; que essa era obrigatória, sendo uma pendência impeditiva para a opção do Simples Nacional, só superada naquela data;

5.2. que a impugnante não poderia ter feito a opção em 11/01/2010 porque faltava aquele documento indispensável à opção;

5.3. que o § 6º do artigo 7º, da Resolução CGSN nº 4/2007 sustenta, como regra geral, que o prazo para opção é limitado a 180 dias, observados os demais requisitos previstos no inciso I do § 3º do artigo 7º daquela norma, com a redação dada pela Resolução nº 41/2008, concedendo prazo de 30 dias contados do último deferimento de inscrição para efetuar a opção pelo Simples Nacional.

5.4. que não há subordinação entre os dois prazos, sendo possível, portanto, exercer a opção pelo Regime diferenciado 30 dias após a última inscrição deferida.

Por sua vez, 5ª Turma da DRJ/ RJ1 julgou improcedente a manifestação de inconformidade e manteve o indeferimento de opção pelo SIMPLES NACIONAL como pessoa jurídica em início de atividade.

Ano-calendário: 2010

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EMPRESA EM INÍCIO DE ATIVIDADE. EXPIRAÇÃO DE PRAZO. INDEFERIMENTO.

A ME ou a EPP não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de abertura constante do CNPJ, observados os demais requisitos legais e normativos.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário, alegando, em síntese, que:

“II – O DIREITO

II. 1 - PRELIMINAR

Registramos enfaticamente que não estamos questionando o prazo geral de 180 (cento e oitenta) dias estabelecido no: artigo 7º. Parágrafo 6º da Resolução CGSN no. 4 de 30/05/2007, e diplomas subsequentes. Nunca fizemos isso e nem intenção tivemos.

O que buscamos é a aplicação do prazo complementar de 30 (trinta) dias após o último deferimento de inscrição obrigatória - no nosso caso a inscrição municipal somente foi concedida em 25/03/2010, sendo o nosso pedido de inclusão no simples nacional efetuado em 31/03/2010 - 5 (cinco) dias após.

Todos os documentos necessários à análise, verificação e confirmação dos fatos aqui narrados já se encontram juntados ao processo em pauta.

II. 2 – MÉRITO

No relatório expedido pela 5a. Turma da DRJ/RJ1, que negou provimento ao nosso pedido, objeto do processo em referência, respalda-se o colegiado a sua negativa nos itens 9 e 10, que versam:

“9. Da análise do disposto no artigo 7º. Da Resolução CGSN No. 4/2007, vemos que, para as pessoas jurídicas em início de atividade, duas são as condições para que se habilitem ao regime diferenciado do Simples Nacional:

- i. A ME ou a EPP não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de abertura constante do CNPJ (§ 6º), e
- ii. A ME ou a EPP, após efetuar a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como obter a sua inscrição municipal e estadual, caso exigíveis, terá o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional (§ 3º, I).”

(...)

A legislação que versa sobre o assunto não indica, define ou orienta qual a ordem a ser obedecida, incluindo o § 6º do artigo 7º. da Resolução 4/2007 (...)

Ora, se o prazo de 180 dias é suficientemente elástico para que se conclua o processo de legalização de uma empresa; se neste nosso Brasil público de tantas situações e mazelas indesejadas nada atrasa, retarda ou ultrapassa, para que outro prazo? E mais ainda:

porque não estabelecer claramente - desta forma não estaríamos nesta discussão - que um se subordina ao outro ou que valerá o que primeiro ocorrer? Podemos pensar em uma falha do legislador; sim, é uma possibilidade! Mas, a Lei vale pelo que está escrito e não pelo que se queria ou desejava falar. Logo o pensamento jurídico pode - e é normal que o vá - indagar qual a base para tal aplicação. E ainda dirão, alguns: é claro que é o prazo de 180 dias uma vez que o CNPJ sempre antecede às inscrições estadual e municipal. Sim é um fato, mas somente administrativo e não determinante por si só para definir a matéria. Se assim o fosse, tão pueril tal entendimento, bastaria determinar a legislação que o prazo para opção era o de 180 dias após o CNPJ. Mas não o é! essência da legislação do simples nacional regulamentada pela Resolução CGSN 4/2007 era o prazo, inicialmente de 10 dias e desde 01/09/2008 de 30 dias, contado a partir do deferimento da última inscrição obrigatória. Somente em 13/11/2007 é que se instituiu o prazo, complementar, de 180 dias após a data de abertura constante no CNPJ (Resolução CGSN 23/2007). Destarte, perceba-se que o inciso I do § 3º artigo 7º da Resolução CGSN 4/2007 foi integralmente mantido. Ora, se a intenção era o de se limitar o prazo aos 180 dias do CNPJ que se fizesse isso de forma clara, objetiva e sem permeios de dúvidas e interpretações.

(...)

A legislação do simples nacional diferencia nos quesitos INÍCIO DE VIGÊNCIA DOS EFEITOS DA OPÇÃO (Res. 4/2007 artigo 7º. § 3º - v - “a” e A “b”) e INÍCIO DA ATIVIDADE DA EMPRESA (Res. 4/2007 artigo 7º. § 3º - VI - 1 “a” e “b”) (...)

Porém, frise-se, a legislação não diferencia para essas mesmas empresas qual o PRAZO PARA A OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL! Logo, na falta desta definição, há que se assumir os prazos fixados pela Lei.(...)

Voltamos a enfatizar: É certo que os dois requisitos informados no item 9 retro citado devem ser atendidos. Não há o que se questionar!

Mas em que ORDEM devem sê-lo?

Esta é a nossa questão. Ha que se concordar que a legislação é falha neste item. Não há outro modo.

III - A CONCLUSÃO

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do termo de indeferimento, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, incluindo-a no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.”

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III, do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

As alegações em sede de preliminar confundem-se com o próprio mérito da questão, por isso, passa-se a sua análise imediata.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal sob o argumento de deve haver a aplicação do prazo complementar de 30 (trinta) dias após o último deferimento de inscrição obrigatória – *in casu* - a inscrição municipal somente foi concedida em 25/03/2010, e o pedido de inclusão no SIMPLES NACIONAL efetuado em 31/03/2010 - 5 (cinco) dias após.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal)¹.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A pessoa jurídica pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional retroativamente ao início da atividade no ano-calendário da opção, desde que as seguintes condições cumulativas sejam preenchidas: (a) 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 e (b) não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de pessoa jurídica em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da inscrição no CNPJ, observados os demais requisitos legais (art. 16 Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007).

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

Para melhor compreensão, transcreve-se parte do art. 7º da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007:

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: (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

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; (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

II - efetuar o cancelamento da solicitação de opção, salvo se o pedido já houver sido deferido. (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

§ 1º-B O disposto no § 1º-A não se aplica às empresas em início de atividade. (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

§ 1º-C Para os fins do disposto no inciso I do § 1º-A deste artigo, a ausência ou irregularidade na inscrição municipal ou estadual, quando exigível, também é considerada como pendência impeditiva à opção pelo Simples Nacional. (Incluído pela Resolução CGSN nº 64, de 17 de agosto de 2009)

§ 2º No momento da opção, o contribuinte 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 municipal e estadual, caso exigíveis, terá o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 41, de 1º de setembro de 2008)) (Vide art. 2º da Resolução . CGSN nº 41, de 1º de setembro de 2008)

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 da regularidade da inscrição Municipal ou Estadual, quando exigível; (Redação dada pela Resolução CGSN nº 41, de 1º de setembro de 2008) (Vide art. 2º da Resolução CGSN nº 41, de 1º de setembro de 2008)

V - a opção produzirá efeitos: (Redação dada pela Resolução CGSN nº 29, de 21 de janeiro de 2008)

(...)

b) para as empresas com data de abertura constante do CNPJ a partir de 1º de janeiro de 2008, desde a respectiva data de abertura, salvo se o ente federativo considerar inválidas as informações prestadas pela ME ou EPP nos cadastros estadual e municipal, hipótese em que a opção será considerada indeferida; (incluída pela Resolução CGSN nº 29, de 21 de janeiro de 2008)

VI - validadas as informações, considera-se data de início de atividade: (Redação dada pela Resolução CGSN nº 29, de 21 de janeiro de 2008)

(...)

b) para as empresas com data de abertura constante do CNPJ a partir de 1º de janeiro de 2008, a da respectiva abertura. (Incluída pela Resolução CGSN nº 29, de 21 de janeiro de 2008)

(...)

§ 6º A ME ou a EPP não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de abertura constante do CNPJ, observados os demais requisitos previstos no inciso I do § 3º deste artigo. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 29, de 21 de janeiro de 2008)

Analisando o disposto no artigo 7º da Resolução CGSN Nº 4/2007, meu entendimento é semelhante ao exposto pela DRJ no acórdão de piso, ou seja, para as pessoas jurídicas em início de atividade, duas são as condições (concomitantes) para que se habilitem ao regime diferenciado do Simples Nacional:

- 1) A ME ou a EPP não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de abertura constante do CNPJ (§ 6º), e
- 2) a ME ou a EPP, após efetuar a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como obter a sua inscrição municipal e estadual, caso exigíveis, terá o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional (§ 3º, I).

Pois bem! Feitos tais esclarecimentos, passa-se à análise as provas produzidas nos autos, verificando-se que a Recorrente:

(a) teve sua abertura junto a RFB em 13/07/2009, conforme cadastro CNPJ em e-fls. 15 e a inscrição municipal (Alvará de Licença para Estabelecimento) em 25/03/2010, de acordo com e-fls. 22-23;

(b) ao tentar solicitar a opção, em 31/03/2010, verificou que o período era inválido para a adesão ao- Simples Nacional, pois a data de abertura constante no CNPJ era superior a 180 dias, e-fls. 25;

(c) poderia ter solicitado opção na condição de empresa em início de atividade até 11/01/2010, ou seja, 180 dias da data de abertura no CNPJ, porém somente tentou solicitar a opção após o prazo em 31/03/2010

Assim, restou comprovado que a Recorrente formalizou seu pedido de inclusão retroativa no Simples Nacional no dia 31.03.2010, ou seja, extemporaneamente posto ter sido após 11/01/2010. Além disso, mesmo que a condição de 10 dias do último deferimento formal de inscrição nos entes federados não possa ser verificada, tão somente a apresentação do pleito após 180 dias da inscrição do CNPJ já é circunstância suficiente para não atender a petição.

Desta maneira a ilação designada na peça recursal de que deveria haver a aplicação do prazo complementar de 30 (trinta) dias após o último deferimento de inscrição obrigatória, destaca-se como improcedente.

Neste tocante, colaciona-se trecho da decisão recorrida que corrobora meu posicionamento:

10. Assim, ambas as condições devem ser satisfeitas, pois a interpretação do § 6º deve ser feita de forma integrada com o § 3º, I: devem ser atendidas as exigências dos órgãos municipais e estaduais e, contado do último deferimento de um destes, terá a interessada o prazo de 30 dias para fazer sua opção pelo regime diferenciado, mas, em hipótese alguma, poderá fazê-lo se já houver expirado o prazo previsto no § 6º, ou seja, após 180 dias da data de abertura constante do CNPJ.

11. Admitir o contrário seria esvaziar as disposições do § 6º sub análise. É princípio basilar de hermenêutica jurídica que a lei (lato sensu) não contém palavras inúteis, ou seja, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. E para dar eficácia ao dispositivo citado, a interpretação a lhe ser dada é no sentido descrito no item acima.

12. Destarte, não é possível à impugnante fazer a opção pelo Simples Nacional como pessoa jurídica em início de atividade, face ao decurso de prazo de 180 dias contados da data de abertura constante do CNPJ, visto que a data fatal para fazer essa opção era a data de 13/07/2009 + 180 dias, ou seja, em 11/01/2010, o que não significa que não poderá fazê-lo por outro modo, cumprindo os requisitos e prazos como pessoa jurídica em atividade não vedada.

Esse tem sido entendimento firmado neste Tribunal:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2007 SIMPLES NACIONAL. EMPRESA EM INÍCIO DE ATIVIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEGAL DE INCLUSÃO RETROATIVA AO REGIME SIMPLES NACIONAL. Para efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade, ME ou a EPP deverá observar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da data de abertura constante do CNPJ. (Segunda Turma Extraordinária da Primeira Seção, Acórdão nº 1002-001.257, Data da Sessão de Julgamento: 06/05/2020).

Especificamente sobre uma suposta inclusão retroativa, cabe ressaltar que o princípio da legalidade estabelece os limites da atuação administrativa e tem por objeto o exercício de direitos individuais em benefício da coletividade e nesse sentido a vontade da Administração Pública decorre tão-somente da lei de modo que apenas pode fazer o que a lei permite (art. 37 da Constituição Federal).

Destarte, concordo com o Acórdão n.º 12-30.792 - 5ª Turma da DRJ/RJ1, de 27.05.2010, e-fls. 58-63, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CAREF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015).

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CAREF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça