



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.003746/2006-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-001.814 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 05 de agosto de 2020
Recorrente ALTIMAR MEDEIROS SANTOS - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO: INCLUSÃO RETROATIVA.

O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples Federal. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir à sistemática os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.

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 06-39.309, proferido pela 2ª Turma da DRJ/CTA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, mantendo o indeferimento do pedido de inclusão com efeitos retroativos ao Simples Federal, desde 01/01/1997.

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 ao conteúdo do Comunicado EQCAD nº 0200/2011 de fls. 2728, que indeferiu o pedido de inclusão com efeitos retroativos ao Simples Federal, desde 01/01/1997. O indeferimento se deve ao fato de existir previsão do exercício de atividades vedadas ao Simples (CNAE 4120400 – construção de edifícios e CNAE 4213800 – obras de urbanização – ruas, praças e calçadas.

2. Na manifestação de inconformidade alegou:

“...Após verificação foi constatado que a empresa não apresenta nenhuma irregularidade de vedação e exclusão do Simples, principalmente no que se refere as atividades, pois a empresa acima não presta serviços de engenharia e arquitetura (atividade intelectual de natureza técnica) como foi mencionado no despacho decisório, presta apenas serviços de construção civil (confecção de obras como: casas, edifícios, pontes, praças, calçadas, etc.). Segue em anexo cópia da Resolução CGSN nº 77, de 13/09/2010 – DOU 15.09/2010, RET. 01/02/2011 – Anexo I e II constando as CNAE impedidas ao Simples Nacional, os CNAE 41.20400 e 42.13+ 800 não constam em nenhum dos anexos.

Em 1996 na ocasião da publicação da Lei nº 9.317 – instituição do Simples Nacional (sic) o objetivo da empresa consistia em supermercado e materiais de construção, portanto na época não existia nenhuma restrição que pudesse impedir a empresa de optar pelo Simples Nacional. As atividades de construção de edifícios e obras de urbanização passaram a configurar no objetivo da empresa somente em 2008.

Para esclarecimento segue cópia de documentos da Junta Comercial do Paraná confirmando o objetivo da empresa em 1996 e 2008.

“ ... ”

3. Juntou documentos (fls. 3149).

A 2ª Turma da DRJ/CTA julgou improcedente a manifestação de inconformidade, indeferindo a manutenção da Recorrente no Simples Nacional, conforme a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 1997

PEDIDO DE INCLUSÃO RETROATIVA. IMPROPRIEDADE.

A adesão ao Simples é ato volitivo do contribuinte, portanto, não tendo ele observado o prazo legal de opção, com vistas a que os efeitos se operassem a partir da data pretendida descabe pleitear que a autoridade fiscal regularize essa situação por decisão administrativa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário alegando o seguinte:

- a) A firma individual em nome do Sr. Altimar Medeiros Santos foi aberta em 24/08/1987, com nome fantasia Supermercado Adria, tendo como atividade principal a função de supermercado. E dentre as alterações cadastrais ocorrida, na data de 09/04/2008 houve nova alteração das atividades econômicas exercidas pelo Recorrente, para comércio varejista de materiais de construção em geral; comércio varejista de móveis; comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo; fabricação de artefatos de cimento para uso na construção (blocos, lajotas, mourão para cercas, lajes, bloquetes); construção de edifícios (construção de edificações de todos os tipos); obras de urbanização - ruas, praças e calçadas. Assim sendo, o nobre julgador se equivocou ao datar em 23/04/2004 a última alteração feita pela empresa Recorrente. Tal alteração ocorreu em 09/04/2008.
- b) Todos os documentos foram juntados pela Recorrente e desde o início de suas atividades houve o pagamento de DARF-Simples e apresentação de declaração anual simplificada, aceitas pela Receita Federal, preenchendo-se assim, os requisitos para a concessão de sua inclusão no Simples e em 29/03/2006. A Recorrente, munida de documentos exigidos para optar pelo Simples com data retroativa (doc. anexo), requereu a opção pelo Simples com data retroativa, mas lhe foi negado.
- b) Alega que, segundo a Solução de Consulta Interna nº 21, de 22 de julho de 2003, proferida pela Coordenação de Sistema de Tributação - Cosit, caberia inclusão retroativa de ofício para fatos ocorridos até o exercício de 2003 (ano-calendário 2002) no caso do contribuinte comprovar sua intenção de promover a alteração cadastral exigida pela Lei nº 9.317/1996 e que essa norma deveria ter sido aplicada no processo do Recorrente já pela Receita Federal nunca ter recusado a receber a declaração anual simplificada e impostos e contribuições pelo regime do Simples pagos pela Recorrente, conforme docs. Anexados.
- c) As supostas atividades designadas pela instância a *quo* como impeditivas da adesão ao Simples pelo ora contribuinte, referem-se à construção de edifícios - CNAE 4120400 - e obras de urbanização (ruas, praças e calçadas) - CNAE 4213800. Entretanto, tais atividades não são impeditivas de adesão ao Simples Nacional, pois a Lei Complementar nº 123/2006, que poderia retroagir, no artigo 106 do CTN, não excetua do rol de atividades que se enquadram no SIMPLES a construção de imóveis e obras de engenharia em geral.

d) A Recorrente desde o começo optou pelo Simples por meio de preenchimento da Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica, conforme se verifica dos documentos em anexo, e sempre demonstrou a intenção inequívoca de optar pelo Simples, caracterizado pelos pagamentos dos impostos e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.

e) As falhas ocorridas no sistema de processamento aliadas à burocracia criada pela norma regulamentadora dificultaram as ações dos empresários e que a jurisprudência pátria sustenta o entendimento de que erros formais em procedimentos administrativos não podem implicar sanções desproporcionais e irrazoáveis ao contribuinte, máxime quando patente a boa-fé deste e verificada a ausência de prejuízo ao Fisco.

f) Assim sendo, requer-se a nulidade do despacho decisório e deferimento do pedido de inclusão retroativa do Recorrente ao Simples.

É o relatório

Voto

Conselheira Maurîtânia 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.

Pedido de Inclusão Retroativa

A Recorrente discorda do procedimento fiscal o argumento de que, consoante as normas vigentes, seria possível sua inclusão do SIMPLES, com data retroativa a 01/01/1997 e as falhas ocorridas no sistema de processamento aliadas à burocracia criada pela norma regulamentadora não podem tolher seu direito.

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.

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.

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que vigorou até 30.06.2007, dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal.

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.

In casu, o Despacho Decisório indeferiu o pleito da Recorrente porque ao simular sua opção ao SIMPLES, constatou que constavam dois CNAE cuja atividade não é permitida ao Simples. São os códigos 41204/ 00 – construção de edifícios e 42138/00 – obras de urbanização – ruas, praças e calçadas (fls.2425).

O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples Federal. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir à sistemática os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada (Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002).

Contudo, no presente caso não restou configurado nenhum erro, ao contrário, comprovado está que a Recorrente não adotou as medidas cabíveis para usufruir o benefício em questão. Afinal, conquanto a Recorrente tenha apresentado as declarações pela sistemática do Simples, não efetuou os recolhimentos correspondentes, ou melhor, efetuou alguns e os outros foram efetivados sob outros códigos que não correspondiam ao SIMPLES, o que impossibilita ado pleito.

Ademais, a Recorrente só protocolou o pedido de adesão em 13/04/2006, quando já constava de seu objeto social as atividades impeditivas, quando a norma é cristalina no sentido de que se a Recorrente desejava aderir ao Simples, cabia a ela promover as alterações em seu CNPJ, na forma prevista no art. 8º da Lei nº 9.317, de 1996 a seguir transcrito:

“Art. 8º A opção pelo SIMPLES dá-se mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda CGC/ MF, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

I especificação dos impostos, dos quais é contribuinte (IPI, ICMS ou ISS);

II ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

§ 1º As pessoas jurídicas já devidamente cadastradas no CGC/MF exercerão sua opção pelo SIMPLES mediante alteração cadastral.

§ 2º A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período.”

9. Perceba-se que a norma é muito clara ao estabelecer que cabe à contribuinte exercer a opção pelo Simples, desde a data de sua constituição por meio do preenchimento da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica.

A pessoa jurídica em apreço não tomou estas cautelas e tanto é verdade que as telas de fls. 25/30 não informam qualquer opção pela sistemática, quer pelo Simples Federal ou Pelo Simples Nacional, vigente a partir de 2007.

Quanto à Solução de Consulta Interna nº 21, de 22 de julho de 2003, mencionada em seu recurso da Recorrente, entendo não ser aplicável ao caso, já que nela constava a possibilidade de retificação de ofício somente para fatos ocorridos no ano calendário de 2002.

Já no tocante à supostas falhas (erro) no sistema que teria prejudicado a Recorrente, esta Turma decidiu recentemente que sem provas nos autos sentido, como de fato não existe, não como deferir a inclusão retroativa.

SIMPLES NACIONAL. INCLUSÃO RETROATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA

Para deferimento de inclusão retroativa no Simples Nacional, deve o contribuinte demonstrar que tentou efetuar o requerimento no sistema ou demonstrar eventual impossibilidade técnica para efetuar o requerimento por erro de sistema. Sem provas suficientes, não há que se falar em inclusão retroativa. (Acórdão 1003-001.583, Relatora: Bárbara Santos Guedes, Data da Sessão: 02 de junho de 2020).

Do voto da brilhante relatora, extrai-se:

“É oportuno esclarecer que a norma legal estabelece regras para a inclusão no Simples, devendo essas serem obedecidas por todas as empresas. Beneficiar uma empresa que não tenha cumprido com os prazos legais de inscrição, mas que acreditava estar enquadrada, quando outras empresas cumpriram os prazos rigorosamente ou tiveram seus pleitos indeferidos por inobservância, seria um claro descumprimento dos princípios da Isonomia e da Legalidade”.

Em tempo, argumenta a Recorrente de que teria direito de permanecer no SIMPLES, visto que a LC nº 123/66 não excetua do rol de atividades que se enquadram em tal sistema a construção de imóveis e obras de engenharia em geral. Contudo, não há se falar em efeitos retroativos desta norma e nem da aplicação do art. 106 do CTN.

Por fim, a alegação de boa-fé não tem qualquer influência no presente caso uma vez que *"a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato"*, nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional.

Destarte, como a Recorrente não apresentou novas provas ou razões de defesa perante a segunda instância sobre a matéria em discussão, não vejo razão para reforma do acórdão de piso. Assim, adoto os fundamentos de fato e de direito constantes da decisão de primeira instância, com base no § 3º do artigo 57 do RICARF, nos seguintes termos:

4. A contribuinte discorda do teor do Despacho Decisório que indeferiu o pedido de adesão ao Simples Federal com efeitos desde 01/01/1997. O pedido foi protocolado em 13/04/2006.

5. Inicialmente cabe esclarecer que o presente processo foi encaminhado à essa DRJ apenas em 07/12/2012, conforme despacho de fl. 59.

6. A pessoa jurídica foi constituída em 24/08/1987, tendo como objeto social supermercado; em 20/04/1989, acrescentou a atividade de materiais de construção; em 10/09/1999 alterou para comércio varejista de materiais de construção e comércio varejista de móveis e eletrodomésticos; em 13/01/2004 mudou para comércio de materiais de construção em geral (CNAE 54442/ 08), comércio varejista de móveis (CNAE 52434/ 01) e comércio varejista de máquinas, aparelhos e equipamentos elétricos, eletrônicos de uso doméstico e pessoal, exceto equipamentos de informática (CNAE 52425/ 01). Por fim, a partir de 23/04/2004, são estas as atividades informadas no Requerimento de Empresário (fl. 34) CNAE 4744099 comércio varejista de materiais de construção; CNAE 4754701 comércio varejista de móveis; CNAE 4753900 comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo; CNAE 2330302 fabricação de artefatos de cimento para uso na construção (blocos, lajotas, mourão para cercas, lajes, bloquetes); CNAE 4120400 construção de edifícios (construção de edificações de todos os tipos) e; CNAE 4213800 obras de urbanização – ruas, praças e calçadas.

7. O Despacho Decisório indeferiu o pleito da contribuinte porque ao simular sua opção ao Simples, constatou que constavam dois CNAE cuja atividade não é permitida ao Simples. São os códigos 41204/ 00 – construção de edifícios e 42138/ 00 – obras de urbanização – ruas, praças e calçadas (fls.2425).

8. Bem, no que concerne ao pedido de adesão via decisão administrativa é importante que se diga que aos contribuintes é autorizado o ingresso ao Simples sem necessidade de autorização do fisco, desde que preenchidos os requisitos da legislação de regência. Assim, se a interessada desejava aderir ao Simples, cabia a ela promover as alterações em seu CNPJ, na forma prevista no art. 8º da Lei nº 9.317, de 1996 a seguir transcrito:

“Art. 8º A opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda CGC/ MF, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

I especificação dos impostos, dos quais é contribuinte (IPI, ICMS ou ISS);

II ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

§ 1º As pessoas jurídicas já devidamente cadastradas no CGC/MF exercerão sua opção pelo SIMPLES mediante alteração cadastral.

§ 2º A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período.”

9. Perceba-se que a norma é muito clara ao estabelecer que cabe à contribuinte exercer a opção pelo Simples, desde a data de sua constituição por meio do preenchimento da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica. A pessoa jurídica em apreço não tomou estas cautelas e tanto é verdade que as telas de fls. 25/30 não informam qualquer opção pela sistemática, quer pelo Simples Federal ou Pelo Simples Nacional, vigente a partir de 2007.

10. O Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 2 de outubro de 2002, que o interessado pretende aplicar a seu caso previu a possibilidade de a autoridade fiscal

retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ), para incluir no regime do Simples as pessoas jurídicas que se julgavam inseridas na sistemática e que, por erro de fato, não estavam, desde que fosse possível identificar a intenção inequívoca de aderir ao Simples:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e considerando o disposto no art. 8º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, no art. 16 da Instrução Normativa SRF nº 34, de 30 de março de 2001, e no processo 10168.004370/200237, declara:

Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (DARF Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.” (Grifou-se)

11. Por se tratar de pedido formulado no ano de 2006, cabia a ela promover as alterações em seu CNPJ, na forma prevista no art. 16, da Instrução Normativa nº 608, de 09 de janeiro de 2006, vigente à época do pedido. Ao fisco, é resguardado o direito de promover sua exclusão caso reste configurado algum impedimento. Dispõe o referido artigo 16:

“Art. 16. A opção pelo Simples dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de micro empresa ou de empresa de pequeno porte no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

I – aos impostos dos quais é contribuinte (IPI, ICMS, ISS);

II – ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

§ 1º. A pessoa jurídica, inscrita no CNPJ, formalizará sua opção para adesão ao Simples, mediante alteração cadastral efetivada até o último dia útil de janeiro do ano calendário.

§ 2º. A pessoa jurídica em início de atividade poderá formalizar sua opção para adesão ao Simples imediatamente, mediante utilização da própria Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ).

§ 3º. As opções e alterações cadastrais relativas ao Simples serão formalizadas mediante preenchimento da FCPJ.

§ 4º. No caso de a empresa iniciar suas atividades no mês de janeiro e não exercer a opção pelo Simples quando da inscrição no CNPJ, poderá fazê-la mediante alteração cadastral até o último dia útil do mês de janeiro desse ano calendário, retroagindo a opção para a data de início das atividades.

Art. 17. A opção exercida de conformidade com o art. 16 será definitiva para todo o período a que corresponder e submeterá a pessoa jurídica à sistemática do Simples a partir:

I do primeiro dia do ano-calendário da opção, na hipótese do § 1º do art. 16, se aquela for exercida no mês de janeiro; II do primeiro dia do ano-calendário subsequente ao da opção, na hipótese do § 1º do art. 16, no caso de a opção ser formalizada entre os meses de fevereiro e dezembro; III do início de atividade, na hipótese do § 2º do art. 16 Parágrafo único. No caso de a empresa iniciar as suas atividades no mês de janeiro e não exercer a opção pelo Simples quando da inscrição no CNPJ, poderá fazê-la mediante alteração cadastral até o último dia útil do mês de janeiro desse ano-calendário, retroagindo a opção para a data de início das atividades.”

12. Anteriormente, a Coordenação de Sistema de Tributação – Cosit havia proferido a Solução de Consulta Interna nº 21, de 22 de julho de 2003, com vistas a esclarecer que caberia a inclusão retroativa de ofício para fatos ocorridos até o exercício de 2003 (ano-calendário 2002), no caso de o contribuinte comprovasse sua intenção de promover a alteração cadastral exigida pela Lei nº 9.317, de 1996:

“3. CONCLUSÃO 3.1. O ADI nº 16, de 2002, surgiu com o objetivo de ratificar o conteúdo do Parecer Cosit nº 60, de 1999.

3.2. Cabe, entretanto, a inclusão retroativa de ofício, para fatos ocorridos até o exercício de 2003 (ano-calendário 2002), no caso de o contribuinte comprovar sua intenção de promover a alteração cadastral exigida pela Lei nº 9.317, de 1996. Essa comprovação pode ser feita, nos casos de não apresentação do TO e da não formalização da opção de adesão ao Simples mediante a FCPJ, pela comprovação de entrega das Declarações Anuais Simplificadas ou a apresentação dos comprovantes de pagamento (Darf Simples). Ressalte-se que o pagamento efetuado por outro regime de tributação não caracteriza a intenção de opção pelo Simples ainda que o contribuinte tenha entregue a Declaração Anual Simplificada.” *(Grifou se.)*

13. Portanto, tendo em vista que após inclusão de críticas na recepção da declaração anual simplificada do exercício de 2003 (ano calendário 2002) e recusa das declarações apresentadas pelas pessoas jurídicas não cadastradas como optantes pelo Simples nos sistemas da Receita Federal, mas que se julgavam enquadradas na sistemática, foi excepcionalmente autorizada para fatos ocorridos até aquele exercício, nos casos de não apresentação do Termo de Opção e da não formalização da opção de adesão ao Simples mediante a FCPJ, a inclusão retroativa de ofício na sistemática de contribuintes que não tivessem incorrido em nenhuma das hipóteses de vedação previstas no art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, e que comprovassem a intenção de promover a alteração cadastral exigida pela Lei nº 9.317, de 1996. A comprovação da intenção de promover tal alteração cadastral se dava mediante entrega das Declarações Anuais Simplificadas e o pagamento por meio de Darf Simples dos impostos e contribuições devidos no regime do Simples.

14. Na situação presente não restou configurado nenhum erro uma vez que restou comprovado que ela não adotou as medidas cabíveis para usufruir o benefício, conforme explicitado na legislação acima transcrita. A contribuinte, embora tenha apresentado as declarações pela sistemática do Simples, não efetuou os recolhimentos correspondentes, ou melhor, efetuou alguns e os outros foram efetivados sob outros códigos que não correspondiam ao Simples, o que impossibilita a apreciação do pleito.

15. Assim, não se pode aplicar ao caso o disposto no Ato Declaratório que previa a possibilidade de retificação de ofício somente para fatos ocorridos no ano calendário de 2002, não se aplicando à presente situação. A legislação expressamente determina que a opção ao Simples seja efetuada por meio de alteração da FCPJ da contribuinte, ou seja, a interessada deveria, desde o início, ter solicitado seu enquadramento no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda CGC/ MF, que é a via correta para aderir ao benefício.

16. De outro lado, a interessada só protocolou o pedido de adesão em 13/04/2006, quando já constava de seu objeto social as atividades impeditivas. Assim, como inexistia previsão para deferir administrativamente a adesão do contribuinte ao Simples, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

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 nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça