



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

Processo nº 12179.001457/2008-44
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1003-000.022 – Turma Extraordinária / 3ª Turma
Sessão de 06 de junho de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente QUEDA D'AGUA RESTAURANTE E EVENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

OPÇÃO. INCLUSÃO RETROATIVA. INÍCIO DE ATIVIDADE. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS NO PRAZO LEGAL.

Existe previsão legal para o rito de inclusão retroativa no Simples Nacional no caso de início de atividades em que foram cumpridos os requisitos legais cumulativos e conforma-se com o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, cujo rito propicia o controle da legalidade do ato administrativo. A falta de cumprimento das condições cumulativas legais impede o deferimento da inclusão retroativa no Simples Nacional.

DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

A Recorrente formalizou em 07.08.2008, fl. 01, o Pedido de Inclusão Retroativa no Simples Nacional alegando que:

Nossa empresa enfrentou uma “maratona” para conseguir regularizar sua constituição, devido a um problema no CEP que deveria utilizar, pois está instalada em Zona Rural da cidade e não possui CEP específico para seu endereço; tendo a mesma iniciado seu processo de abertura na Junta Comercial do Estado em 16/01/2008, sendo sua inscrição no CNPJ conseguida por ofício apenas em 05/2008 através do processo n. 12179.0004_74I2008-64, sua inscrição Estadual saiu em 27/06/2008 e a Municipal em 29/07/2008.

Como a empresa tem o prazo para optar pelo Simples Nacional dentro de 10 (dez) dias, contados do último deferimento de sua inscrição, esse prazo encerraria dia 08/08/2008, sendo que dentro desse mesmo prazo decorreram os 180 (cento e oitenta dias) da data de inscrição no CNPJ, e ao tentarmos fazer a opção pelo Diante do exposto, solicitamos a inclusão de ofício no Simples Nacional, pois quando da solicitação da opção no site, a data solicitada de inscrição é a Municipal, portanto a empresa está dentro do prazo de 10 (dez) dias para solicitar sua opção, e não pode ser prejudicada pela demora dos órgãos na efetivação das inscrições, e ela, legalmente não poderia informar outra data, como por exemplo, a Estadual, pois estaria assim prestando uma informação falsa.

No Despacho Decisório de Inclusão Retroativa no Simples Nacional DRF/Uberlândia/MG, de 04.09.2008, fls. 15-16, consta que o pedido foi indeferido fundamentado no fato de que:

Da análise dos elementos acostados aos autos, verifica-se que não é cabível o atendimento ao pedido da interessada.

A Microempresa (ME) ou a Empresa de Pequeno Porte (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 Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

A data de abertura constante no CNPJ da empresa é 16/01/2008, fls.11, sendo que a inscrição municipal foi deferida em 29/07/2008, conforme informações contidas no documento de fls.09. Como a interessada só poderia pleitear a opção pelo Simples Nacional a partir de 29/07/2008, data de deferimento de inscrição, no caso do cadastro municipal, e nessa data já havia decorrido mais de 180 dias da data de abertura constante no CNPJ, a interessada ficou automaticamente desabilitada para ingressar no Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade, fls.08.

Por essa razão, não pode ser incluída administrativamente nesse regime de recolhimento na condição de empresa em início de atividade.

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 1ª Turma/DRJ/JFA/MG nº 09-28.468, de 04.03.2010, fls. 44-46:

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. .

A ME ou a EPP não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de transcorridos cento e oitenta dias da data de abertura constante do CNPJ.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Notificada em 27.04.2010, fl. 49, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 26.10.2010, fls. 50-60, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge alegando sua tempestividade.

Referente ao cumprimento dos requisitos cumulativos para deferimento da inclusão retroativa pelo Simples Nacional no caso de início de atividades aduz que:

A empresa teve seu contrato social registrado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais no dia 16 de janeiro de 2008, conforme contrato social que segue em anexo.

Alguns dias depois, foi solicitada a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica por parte da impugnante, para ficar devidamente regularizada e fazer sua opção pelo SIMPLES, conforme extrato de acompanhamento via internet em anexo.

Contudo, por atraso burocrático e sem explicação da Receita Federal, apenas em maio de 2008 foi liberado o CNPJ, através do processo 12179.000474/2008-64. Em 27 de junho de 2008 foi liberada a inscrição estadual e em 29 de julho de 2008 foi liberada a inscrição municipal, conforme informações no próprio despacho contestado. [...]

No dia 31 de julho de 2008, dois dias após a liberação da última inscrição, a recorrente fez sua opção pelo SIMPLES NACIONAL, conforme documentos anexados. [...]

A decisão de não acatar a inclusão da recorrente além de totalmente ilegal e inconstitucional, é flagrantemente injusta, conforme passaremos a demonstrar.

Em relação à inaplicabilidade da penalidade contida na Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007, que fundamentou o indeferimento, diz que:

Contudo, conforme explicaremos, não pode ser aplicada essa penalidade à recorrente, vez que não prevista em Lei, mas tão somente por uma mera resolução assinada pelo presidente do comitê gestor. [...]

Da análise do artigo 97, inciso V, do Código Tributário Nacional, Lei Complementar autorizada pela C.F. para legislar sobre tributos, deixa claro que somente à lei é dada autorização para criar deveres e direitos, não escapando à regra as obrigações acessórias. [...]

Somente a Lei pode criar um vínculo relacional entre o Fisco e o contribuinte e a penalidade pelo descumprimento da obrigação fulcral desse vínculo. E tal poder é indelegável, com o fim de que sejam garantidos o Estado de Direito Democrático e a Segurança Jurídica. [...]

Assim, deve ser acatada a inclusão da recorrente no simples nacional na condição de empresa em início de atividade.

No que se refere à culpa exclusiva da União argui que:

Mesmo se fosse aceita a validade da penalidade trazida por mera Resolução, o que colocamos como mera e afastada suposição, de toda forma seria improcedente o indeferimento da inclusão da recorrente no SIMPLES Nacional.

O parágrafo 6º, do artigo 7º, fundamento do indigitado indeferimento, diz que “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”.

Tal dispositivo, caso aceite como válido, deve ser interpretado de forma teleológica, como qualquer dispositivo legal, e não de forma literal. Deve ser levada em consideração a finalidade da norma. [...]

Contudo, como já destacado e voltamos a repetir, essa demora na obtenção das inscrições ocorreu por culpa exclusiva da União Federal, que demorou quase 120 dias para liberar a inscrição no CNPJ, o que deveria ser feito em vinte dias. [...]

Cabe dizer que somente com o deferimento todas as Inscrições, poderia a recorrente fazer o pedido da inclusão no SIMPLES Nacional, tanto que a própria resolução CGSN 04/2007, [...]

A EMPRESA RECORRENTE NÃO TINHA COMO FAZER A OPÇÃO ANTES DA DATA QUE FEZ. [...]

Mantendo a decisão recorrida, estar-se-ia punindo a empresa recorrente pela lentidão dos nossos órgãos públicos, fazendo com que tenha uma tributação mais pesada durante um ano, o que não pode ser aceite.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Concernente ao pedido expõe que:

Por todo o exposto, requer seja a presente impugnação julgada totalmente procedente, sendo acatada a inclusão da recorrente no SIMPLES Nacional, por ser de JUSTIÇA.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, 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. Assim, dele tomo conhecimento.

A Recorrente diz que deve ser deferida a sua inclusão retroativa no Simples Nacional no início de atividade.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, determina que a opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição. O indeferimento da opção pela sistemática será formalizado mediante ato da Administração Tributária e a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das pessoas jurídicas optantes. Existe previsão legal para o rito de inclusão retroativa no Simples Nacional no caso de início de atividades em que foram cumpridos os requisitos legais cumulativos e conforma-se com o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, cujo rito propicia o controle da legalidade do ato administrativo.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) é regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretratável para todo ano-calendário, oportunidade em que presta declaração quanto ao não enquadramento nas vedações legais.

Nos casos de empresa com início de atividade no ano-calendário de 2008, o prazo para opção neste mesmo ano se encerrará após decorridos 10 (dez) dias da comprovação do último deferimento de inscrição nos entes federativos, quando exigíveis. A pessoa jurídica não poderá efetuar a opção pelo Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade depois de decorridos 180 (cento e oitenta) da data da abertura constante no CNPJ, observados os demais requisitos.

A opção implica o recolhimento mensal, mediante Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS) até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta. Ainda que se trate de situação de inatividade, deve ser entregue anualmente à RFB e declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais a ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nela prestadas.¹.

A Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007, determina:

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. [...]

§ 3º No caso de início de atividade da ME ou EPP no ano-calendário da opção, deverá ser observado o seguinte:

¹ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 17, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 e Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

I - a ME ou a EPP, 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;

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 das informações prestadas;

III - os entes federativos deverão, no prazo de até 10 (dez) dias, contados da disponibilização das informações, comunicar à RFB acerca da verificação prevista no inciso II;

IV - confirmados os dados ou ultrapassado o prazo a que se refere o inciso III sem manifestação por parte do ente federativo, considerar-se-ão validadas as respectivas informações prestadas pelas ME ou EPP;

V - a opção produzirá efeitos a partir da data do último deferimento da inscrição nos cadastros estaduais e municipais, salvo se o ente federativo considerar inválidas as informações prestadas pelas ME ou EPP, hipótese em que a opção será considerada indeferida;

VI - validadas as informações, considera-se data de início de atividade a do último deferimento de inscrição.

§ 4º A RFB disponibilizará aos Estados, Distrito Federal e Municípios relação dos contribuintes referidos neste artigo para verificação quanto à regularidade para a opção pelo Simples Nacional, e, posteriormente, a relação dos contribuintes que tiveram a sua opção deferida.

§ 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 inscrição no CNPJ, observados os demais requisitos previstos no inciso I do § 3º deste artigo.

Analisando a legislação de regência que vigorava à época dos fatos, tem-se que a microempresa ou empresa de pequeno porte no caso de início de atividade no ano-calendário da opção, deve observar as seguintes condições cumulativas:

(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;

(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.

Está registrado no voto condutor do Acórdão da 1ª Turma/DRJ/JFA/MG nº 09-28.468, de 04.03.2010, fls. 44-46, cujos fundamentos de fato e de direito devem ser adotados nesta segunda instância de julgamento:

Abaixo, transcreve-se, na íntegra, com todas as alterações posteriores, o que estabelece o art. 7º da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007: [...]

O pedido de inclusão ao Simples Nacional se deu em 31/07/2008, logo, em prazo superior a 180 dias da data da abertura.

O possível atraso na inscrição do CNPJ não socorre a interessada, eis que em maio de 2008, portanto, bem antes de se expirar o prazo de 180 dias, a empresa já estava de posse de seu CNPJ.

A competência para do CGSN para regulamentar os procedimentos para ingresso ao Simples Nacional é dada pela Lei Complementar nº 123/2006, que o instituiu.

Ademais o prazo de 180 dias a que se referiu, não se trata de penalidade a ser imposta, mas apenas, repise-se, a procedimentos para ingresso no Simples Nacional.

Em face do exposto, a despeito 'das assertivas na Manifestação de Inconformidade, voto no sentido de indeferir o pedido formulado pela requerente.

Analisando as provas produzidas nos autos, verifica-se que a Recorrente:

(a) teve sua abertura junto a RFB em 16.01.2008, de acordo com o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), fl. 12;

(b) conforme Comprovante de Inscrição Estadual de Minas Gerais a data da situação foi em 27.06.2008, fl. 10;

(c) a inscrição municipal emitida pela Prefeitura Municipal de Araguari/MG não consta nos autos;

(d) o pleito de opção retroativa constante nos presente autos foi formalizado em 07.08.2008, fl. 01.

Nesse sentido a Recorrente deveria cumprir os seguintes requisitos concomitantemente:

(a) não se pode averiguar os dez dias contados do último deferimento de inscrição formal;

(b) poderia efetuar sua opção pelo Simples Nacional até o dia 14.07.2008 (180 dias da inscrição do CNPJ), a saber: 15 dias em janeiro + 29 dias em fevereiro + 31 dias em março + 30 dias em abril + 31 dias maio + 30 dias em junho + 14 dias em julho do ano de 2008.

Especificamente sobre o pedido de 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).

Restou comprovado que a Recorrente formalizou seu pedido de inclusão retroativa no Simples Nacional no dia 07.08.2008, ou seja, após 14.07.2008. 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. A ilação designada na peça recursal destaca-se como improcedente.

Relativamente às alegações à mora da Fazenda Nacional em processar a inscrição no CNPJ, observe-se que esta questão não foi o óbice para formalização do procedimento junto aos demais entes federados. O rito especial para esse fim previsto no art. 7º da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007, não se trata de penalidade, mas tão somente um conjunto de condições cumulativas para o exercício do direito de inclusão retroativa no Simples Nacional no caso de início de atividade no ano-calendário da opção. Os prazos ali previstos se prestam exatamente para que os procedimentos sejam levados a efeito. Verifica-se que a legislação tributária deve ser interpretada literalmente e de forma restritiva, nos termos do art. 111 do Código Tributário Nacional - CTN e art. 37 da CF. Este ato normativo faz parte das normas complementares da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, de observância obrigatória (art. 100 do CTN). A ilação designada na peça recursal, a despeito de tudo, não se destaca como procedente.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme 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). A falta de cumprimento das condições cumulativas legais impede o deferimento da inclusão retroativa no Simples Nacional.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional. A alegação relatada na peça recursal, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade².

² Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

Processo nº 12179.001457/2008-44
Acórdão n.º **1003-000.022**

S1-C0T3
Fl. 80

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva