



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

Processo n° 13617.000155/2006-43
Recurso n° 344.182 Voluntário
Acórdão n° 1201-00.531 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria Simples Federal
Recorrente JRG Autopeças & Serviços Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

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

Exercício: 2007

Ementa:

OPÇÃO - DATA DE INÍCIO DO REGIME FAVORECIDO

O regime tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte exerce a função extrafiscal de mover o pequeno empreendedor para investir e é sob esse critério teleológico que a legislação infra-constitucional deve ser interpretada. Da leitura do disposto no art. 8º da Lei nº 9.317/96, constatamos que há dois momentos para o exercício da opção pelo simples: um para as empresas que iniciam atividades, outro para aquelas já em pleno fluxo econômico. A sua redação, sem a colaboração do vetor teleológico, pode conduzir a uma interpretação que privilegie o aspecto formal. Em outros termos, as empresas que acabaram de ser criadas formalmente podem já começar no regime, independentemente da data de sua criação, ao passo que aquelas formalmente existentes não optantes só poderiam ingressar no início de cada ano. Todavia, a razão do regime é para que negócios sejam concretamente realizados e não para criar empresas no papel. Dessarte, o regresso da condição de inatividade deve também ser considerado como o marco inicial de ingresso no regime favorecido.

DÉBITOS TRIBUTÁRIOS - VEDAÇÃO À OPÇÃO PELO SIMPLES

A existência de débitos é uma das hipóteses de vedação à opção pelo regime favorecido, conforme disposto no art. 9º, inciso XV, da Lei 9.317/96. Todavia, esse dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em cotejo com o que dispõe o art. 15, inciso VI e §5º, o qual autoriza a permanência no sistema àquelas empresas que regularizarem suas dívidas em até 30 dias da ciência do ato de exclusão. Desse modo, se a empresa

regularizou os débitos para fazer a opção, não há razões para lhe negar esse direito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso

(assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Rafael Correia Fuso, Marcelo Cuba Netto, Antonio Carlos Guidoni Filho e Regis Magalhaes Soares De Queiroz .

Relatório

O presente feito é inaugurado pelo pedido de inclusão no Simples Nacional, à fl. 01, no qual, consignou como razão de pedir que, *in verbis*:

A empresa JRG AUTOPEÇAS & SERVIÇOS LTDA - ME, CNPJ 25.774.852/0001-67 e Inscrição Estadual 062.610003.0011, com atividades de Comércio varejista de autopeças (CNAE 5030-0/03), localizada à Rua Rio Branco, 717 - Centro em Capelinha/MG - Cep 39680-000, vem requerer da Receita Federal a sua Opção pelo Simples(Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro empresas e das Pequenas Empresas) a partir de 01/01/2006, tendo-se em vista que a referida atividade permite, e que não a fez anteriormente por se encontrar inativa.

Por meio do despacho decisório de fl. 37 a 39, seu pleito foi indeferido nos seguintes termos:

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, em seu art. 8º, determina que a opção ao regime de tributação favorecido em relação às microempresas e das empresas de pequeno porte, seja

formalizada mediante a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica, submetendo o contribuinte a esta sistemática a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente.

A Lei nº 9.317/96 dispõe em seu art. 8º e 9º, acerca da formalização da opção e das vedações a opção pelo Simples:

(...)

Conforme se depreende do texto legal, a opção pelo SIMPLES no ano-calendário de 2006, para as empresas já cadastradas no CNPJ, deveria ter sido realizada até o dia 31 de janeiro de 2006.

De acordo com o Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 2 de outubro de 2002, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode a Autoridade Tributária retificar de ofício a FCPJ para inclusão no Simples de pessoas jurídicas no CNPJ, desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Contudo, não resta comprovada a intenção do contribuinte em optar pelo SIMPLES, uma vez que o interessado desde o ano-calendário de 2001 entrega suas Declarações PJ Inativo e não efetuou qualquer pagamento pela sistemática do SIMPLES e que no caso presente, verifica-se ausência de FCPJ a ser retificada de ofício.

Ressalta-se, por oportuno, que a empresa acima referida possui Inscrição em Dívida Ativa da União com a situação "ativa não ajuizável em razão do valor" como abaixo discriminado: (...)

Na fl. 42, o sujeito passivo apresenta manifestação de inconformidade com o seguinte teor, literalmente:

A empresa JRG AUTOPEÇAS & SERVIÇOS LTDA - ME, CNPJ 25.774.852/0001-67 e Inscrição Estadual 062.610003.0011, com atividades de Comércio varejista de autopeças (CNAE 5030,-0103), localizada á Rua Rio Branco, 717 - Centro em Capelinha/MG — Cep 39680-000, vem junto a Receita Federal manifestar a sua inconformidade em relação o indeferimento de a sua Opção pelo Simples (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro empresas e das Pequenas Empresas) a partir de 01/01/2006, tendo-se em vista que a referida atividade permite, e que não a fez anteriormente por se encontrar inativa, e que foi indeferido seu pedido de opção pelo simples por possuir Inscrição em Dívida Ativa da União a qual era desconhecida da referida empresa, mas que foi quitada em 29/08/2006 (ver darf anexo).

Esclarece ainda que não fez nenhum recolhimento de Imposto simples por ter faturamento a partir de agosto/2006 que vencerá em 20/09/06, mas que já recolheu os impostos referente o INSS sob Regime Tributário do Simples (ver cópia anexo).

A decisão de primeiro grau negou provimento ao pedido sob o fundamento de que o contribuinte estaria proibido de optar pelo Simples em 01/01/2006 em razão dos débitos junto à PGFN.

Ainda inconformado com o resultado, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário às fls. 83, nos seguintes termos, *in verbis*:

A Microempresa JRG AUTO PEÇAS E SERVIÇOS LTDA — ME, alterada para JRG COBRANÇA, PROMOTORA DE VENDAS E TURISMO LTDA, CNPJ 25.774.852/0001-67, localizada a Rua Governador Valadares, 217 Lj 05 — Centro nesta cidade de Capelinha/MG, através de seu representante legal e sócio, vem interpor recurso junto ao Conselho de Contribuintes - RFB, para sua inclusão Retroativa no Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES para o calendário 2006, conforme alegações a seguir:

A requerente, em 19/03/1997, solicitou a Opção pelo Simples, através do termo de opção e conseqüentemente parcelamentos dos débitos da Pessoa Jurídica (ver anexo), na ocasião não foi apresentado pela Receita Federal qualquer pendência em nome da referida empresa, somente em agosto/2006 apareceram débitos já em Dívida Ativa que foram imediatamente quitados (ver Darf anexo). Não foi apresentado FCPJ, tendo-se em vista que a Opção foi requerida através do Termo de Opção (ver termo anexo) dentro do prazo, apresentou PJ Inativa por não ter efetuado receitas ou outra movimentação financeira no ano calendário 2006.

Inconformada com o teor da Carta Comunicação ARF/DTA/MG nº 575/2008 de Indeferimento - Processo nº 13617.000155/2006-43, solicita o parecer favorável ao acolhimento do recurso, conforme alegações acima interpostas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

É oportuno destacar que um dos julgadores da DRJ votou para dar provimento a favor da empresa. Não sei quais foram seus fundamentos, uma vez que não apresentou declaração de voto, mas com sua posição me alinho.

A tributação diferenciada e favorecida criada pela Lei nº 9.317/96 possui esteio constitucional sólido: os artigos 179 e inciso IX do art. 170, dispositivos que determinam o estabelecimento por todos os entes políticos de regimes jurídicos diferenciados, inclusive quanto a obrigações tributárias, para as microempresas e empresas de pequeno porte com o fito de incentivá-las.

As razões desse tratamento diferenciado não se limitam à realização, sob o aspecto material, do primado da igualdade. Seus objetivos são mais amplos e auspiciosos, sobre os quais já me debrucei em artigo publicado em revista especializada. Abaixo, transcrevo minhas considerações:

O tratamento jurídico diferenciado e favorecido dispensado às empresas de menor porte seguramente atende ao primado isonômico do ponto de vista substantivo: tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdade. Todavia, seus fundamentos jurídicos são sobremaneira mais amplos e os intuítos constitucionais muito mais auspiciosos.

Conforme leciona José Afonso da Silva¹, a Constituição Brasileira adota o modelo dirigente. É sobremaneira minuciosa ao conduzir o Legislativo e os demais Poderes a adotar medidas conforme finalidades estatuídas. Tece não só escopos, mas também diretrizes, limites, condições e até, não raro, os meios a serem adotados para a consecução dos fins pretendidos.

Tantos pormenores no patamar superior da ordem jurídico-nacional decorrem do momento histórico em que se situou o constituinte para edificar um ordenamento jurídico capaz de atender, a um só turno, o clamor por novas e vastas conquistas sociais, sem deixar de firmemente garantir direitos individuais próprios da concepção político-liberal.

É no equilíbrio entre o modelo liberal-clássico, que conclama a presença mínima estatal a fim de possibilitar a realização máxima da personalidade humana por meio de sua liberdade de escolha e de ação, e o social-intervencionista, segundo o qual o Estado é a única organização social capaz de saciar as necessidades básicas daqueles incapazes de se auto-prover, bem como de conter as forças destrutivas internas do modo produtivo capitalista, que se assentam os ditames de nossa Constituição; e para se manter equidistante entre ideologias aparentemente antagônicas, necessariamente precisa ser minuciosa.

O compromisso entre duas concepções ideológicas, supostamente irreconciliáveis, impôs ao constituinte um enorme esforço enunciativo. Exigiu a adoção de uma moldura constitucional dirigente; repleta, assim, de ditames que

governam a atuação dos Poderes Públicos, pormenor a pormenor.

O Capitalismo é o modelo jurídico-econômico contemplado pela Constituição e, assim, bens produtivos e modo de produção devem essencialmente ficar sob domínio privado. Essa opção se esteia na premissa de a liberdade econômica viabilizar a ação da lei causal da competição, que estimula agentes privados a produzir mais, melhor e com menos recursos materiais e humanos, o que conduz ao contínuo incremento quantitativo e qualitativo das utilidades disponíveis para toda sociedade.

Essa visão sobremaneira otimista acerca do liberalismo econômico foi rechaçada pela História, apesar de retornar periodicamente como doutrina dominante por meio de contornos teóricos mais rebuscados, como no atual Neoliberalismo, cuja apregoada desregulamentação financeira levou quase à desintegração do sistema financeiro mundial neste ano de 2008.

Além do Capitalismo, nos moldes do Liberalismo Clássico, não promover a alocação econômica da forma mais condizente com os anseios do grosso das nações e suas populações, a concepção da liberdade exacerbada, a total ausência de regulação das forças produtivas, resultam, não raro, na própria destruição das bases capitalistas. A experiência humana comprovou que o Estado não é a única forma de organização social repressora; os próprios detentores privados do capital sem os controles adequados reprimem o desenvolvimento alheio e destroem, de tempos em tempos, a si mesmos.

O Capitalismo, numa moldura jurídica liberal clássica, pode ser comparado a um alazão selvagem, dotado de tamanha força motora, que num irrefreado impulso a galope pode não só esmagar criaturas menores, mas até mesmo fraturar suas próprias pernas. Deve, portanto, ser guiado à “rédea-curta”, sob pena de derrubar e ferir de morte seu próprio condutor – o Estado.

Dessa forma, o modelo constitucional brasileiro compromete-se, a par de configurar-se economicamente capitalista, com o determinante papel regulamentar tendo por escopo mitigar as fraquezas desse modelo, em especial, pela manutenção de suas bases, isto é, a liberdade concorrencial e a re-alocação produtiva; ademais, apresenta destacada inspiração social. Busca prover a população dos meios mínimos necessários para uma vida digna. Elege igualmente o compromisso de dotar a população em geral de inúmeros direitos considerados, ao lado da liberdade, essenciais: a saúde, a educação, a cultura, etc.

O equilíbrio entre esses dois modelos – o Capitalista-liberal e o Intervencionista-social – informa toda a ordem jurídico-constitucional e, portanto, seus setores, como o Sistema Tributário Nacional. Ao lado de enunciados constitucionais típicos do primeiro modelo, como os princípios da legalidade tributária, da anterioridade, do não-confisco, as imunidades dos templos de qualquer culto e dos partidos políticos, a vedação a

concessão de incentivos fiscais a empresas públicas e sociedades de economia mista em detrimento do setor privado, há um sem número de outros que buscam, mediante regras tributárias, cumprir as funções regulatórias e assistenciais, tais como a seletividade do IPI, a diferenciação das alíquotas do ITR em razão da produtividade da terra, a progressividade no tempo do IPTU, as exceções aos princípios da estrita legalidade na fixação das alíquotas dos impostos regulatórios (II, IE, IPI e IOF), dentre tantos outros.

A tributação diferenciada e favorecida das empresas de menor porte é mais um daqueles dispositivos constitucionais de índole intervencionista-social. Busca por meio de um só mecanismo atingir dois intentos: (i) o de mitigar as distorções do modelo liberal em prol das próprias bases capitalistas e (ii) o de atender aos mais diversos direitos sociais.

Em relação ao primeiro escopo, como já destacamos, o livre mercado, nos moldes do liberalismo clássico, é incapaz de sustentar suas próprias bases. Ele apresenta distorções, as quais impõem ao Estado interferir nos domínios privados com a finalidade de promover reparos. Uma das principais disfunções do modelo liberal é a dificuldade (às vezes até inviabilidade) de novas empresas se implantarem em mercados dominados por empresas de grande porte, o que macula o primado da livre concorrência – um dos princípios eleitos pelo constituinte como informador da atividade econômica nacional (art. 170, inciso IV, CF).

A livre concorrência é um dos mais importantes pilares do Capitalismo e uma das principais justificativas para a adoção desse modelo econômico. Num ambiente em que os agentes concorrem entre si, são impulsionados a produzir mais e melhor, o que repercute não em benefício próprio, mas para a sociedade como um todo. Em mercados, contudo, já dominados por grandes corporações empresariais, ainda que não se configurem monopólios ou oligopólios que intencionalmente pratiquem ações para evitar o surgimento de novos concorrentes, sua estrutura de negócio já amadurecida e com expressivos ganhos de escala é, por si só, um fator inibidor do surgimento de concorrentes, especialmente, de pequeno porte econômico. Assim, a tributação favorecida de pequenas empresas estimula o surgimento de novas empresas mesmo em atividades já sob o domínio de agentes econômicos de elevado porte. Não por acaso, a lei que hoje regula a tributação favorecida (Lei Complementar nº 123/06) exclui do favor a empresa “resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica” (art. 3º, § 4º, inciso IX); afinal, o objetivo constitucional de cunho econômico é fomentar o surgimento de novos empreendimentos – que eles nasçam, cresçam e amadureçam – e não o desmembramento dos já existentes.

Ao lado do escopo reparador de disfunções liberais, a tributação favorecida das microempresas e empresas de pequeno porte

possui destacado intuito social. Um outro relevante princípio da ordem econômica, inscrito na Carta Constitucional, é a busca do pleno emprego (art. 170, inciso VIII). O emprego e, portanto, o trabalho, constitui um dos mais importantes direitos da ordem social (“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho”). Como são as empresas de menor porte econômico que, proporcionalmente, mais empregam, o estabelecimento de um regime tributário favorecido para as menores unidades produtivas é um importante meio que o Constituinte impôs ao legislador para atender a um dos mais relevantes fins de contorno social: o trabalho.

O trabalho é sobremaneira relevante em razão de, por seu intermédio, outros tantos direitos poderem ser minimamente conquistados. Quem está empregado e, portanto, recebe salário ao final de cada mês, terá melhores condições, sem a necessidade de intervenção direta do Estado, de obter saúde, educação, cultura, desporto; enfim, todos os demais direitos da ordem social são indiretamente intensificados.

Em suma, o Constituinte ao determinar às Entidades Políticas o estabelecimento de um regime tributário diferenciado e favorecido para as empresas de menor porte fixou um meio de política tributária a ser implementado com o fito de se atingir, não um, mas vários escopos constitucionais alinhados com os diversos compromissos aparentemente antagônicos de manutenção de um sistema produtivo privado sob bases capitalista-liberais ao lado de um Estado regulador e assistencialista.

O regime diferenciado tem assim o escopo de promover a criação, a manutenção e o desenvolvimento dessas empresas com o fito de concretizar diversos valores constitucionalmente consagrados.

Exerce assim a função extrafiscal de mover o pequeno empreendedor para investir e é sob esse critério teleológico que a legislação infra-constitucional deve ser interpretada.

Era o art. 8º da Lei nº 9.317/96, que disciplinava a opção pelo regime favorecido federal. Abaixo seque sua transcrição:

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.

§ 3º Excepcionalmente, no ano-calendário de 1997, a opção poderá ser efetuada até 31 de março, com efeitos a partir de 1º de janeiro daquele ano.

§ 4º O prazo para a opção a que se refere o parágrafo anterior poderá ser prorrogado por ato da Secretaria da Receita Federal.

§ 5º As pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES deverão manter em seus estabelecimentos, em local visível ao público, placa indicativa que esclareça tratar-se de microempresa ou empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES.

§ 6º O indeferimento da opção pelo SIMPLES, mediante despacho decisório de autoridade da Secretaria da Receita Federal, submeter-se-á ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Da leitura desses dispositivos, podemos perceber que há dois momentos para o exercício da opção pelo simples: um para as empresas que iniciam atividades, outro para aquelas já em pleno fluxo econômico.

De fato, a dicção do dispositivo, sem a colaboração do vetor teleológico, pode conduzir a uma interpretação que privilegie o aspecto formal. Em outros termos, as empresas que acabaram de ser criadas formalmente podem já começar no regime, independentemente da data de sua criação, ao passo que aquelas formalmente existentes não optantes só poderiam ingressar no início de cada ano.

Todavia, a razão do regime é para que negócios sejam concretamente realizados e não para criar empresas no papel. É para fomentar o exercício da atividade econômica. Dessa forma, a interpretação deve privilegiar o caráter substancial da atividade e não o meramente formal.

Para aquelas empresas que concretamente já estão desenvolvendo a sua atividade, a lei estabeleceu períodos de vigência do regime diferenciado por diversas razões relativas à própria praticabilidade da tributação. A lei tem que estabelecer um período mínimo (no caso, um ano) para a permanência em cada regime de tributação com a demarcação dos seus termos iniciais e finais. Do contrário, se fosse permitido às empresas entrar e sair diariamente do regime a seu talante se implantaria o caos para a Administração Tributária.

As razões que levam à fixação do prazo para a opção ao regime para aquelas empresas já em atividade não se aplicam para os novos empreendimentos justamente porque a intenção normativa é justamente a de que efetivamente esses novos empreendimentos sejam

realizados em razão do incentivo tributário. O regime favorecido é usado como gatilho para o empresário tomar a decisão de exercer a atividade econômica e não para criar uma empresa meramente no papel.

Pois bem, a situação de inatividade para atividade equivale à criação de uma empresa. O regime cumpre o intento de fomentar o empresário que possui uma empresa “parada” a promover atividade econômica. Do contrário, o que deveria fazer? Abrir formalmente um novo CNPJ? Não faz sentido.

O regresso da condição de inatividade, desse modo, para fins de interpretação legal, deve ser considerado como o marco inicial de ingresso no regime favorecido.

Superado esse ponto, passamos a outra razão para o indeferimento do pleito.

Com relação à existência de débitos, de fato, esta é uma das hipóteses de vedação à opção prevista no art. 9º, inciso XV:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Todavia, esse dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em cotejo com o que dispõe o art. 15, inciso VI e §5º:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei.

(...)

§ 5º Na hipótese do inciso VI do caput deste artigo, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples mediante a comprovação, na unidade da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o seu domicílio fiscal, da quitação do débito inscrito no prazo de até 30 (trinta) dias contado a partir da ciência do ato declaratório de exclusão;

É evidente a intenção legislativa de, antes de excluir a empresa do regime favorecido, possibilitar a sua regularidade fiscal. Desse modo, se a empresa regularizou os débitos para fazer a opção, não vejo razões para lhe negar esse direito.

Voto, pois, por dar provimento ao recurso voluntário.

Processo nº 13617.000155/2006-43
Acórdão n.º **1201-00.531**

S1-C2T1
Fl. 109

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator