



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

Processo n° 13629.000451/2004-43
Recurso n° 139.668 Voluntário
Acórdão n° 3101-00.047 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de março de 2009
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Recorrente V. M. SANTANA & FILHOS LTDA.
Recorrida DRJ-BRASÍLIA/DF

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. RETROATIVIDADE DA OPÇÃO.

A possibilidade de retroagir a opção ao SIMPLES, na forma do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 2 de outubro de 2002, depende da comprovação de regularidade fiscal do contribuinte à época que pretende retroagir a opção.

DÉBITOS INSCRITO NA DÍVIDA ATIVA.

A existência de débitos inscritos na Dívida Ativa da União impede a opção ao SIMPLES, sendo que, uma vez parcelada a dívida poderá o contribuinte exercer a opção a partir do exercício subsequente (*ex vi*, art. 8º, § 2º, da Lei nº 9.317/96).


SIMPLES. MOMENTO DA OPÇÃO.

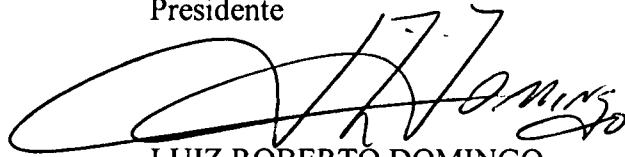
Os regimes de tributação definidos pela legislação tributária definem em que momento a opção deve ser exercida, sendo definitiva para todo o ano-calendário, desde que o contribuinte atenda aos requisitos legais de cada categoria escolhida.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª câmara / 1ª turma ordinária da terceira seção de julgamento DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente


LUIZ ROBERTO DOMINGO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, João Luiz Fregonazzi, Rodrigo Cardozo Miranda, Valdete Aparecida Marinheiro e Tarásio Campelo Borges.

Ausente a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão proferida pela DRJ-Brasília /DF, que indeferiu o pleito da Recorrente na inclusão retroativa ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, sob o argumento que a Recorrente possui débitos junto a PGFN, situação que impede sua opção, conforme fundamento consubstanciado na seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/01/2002 31/12/2002

Ementa: Opção pelo Simples – Condição Vedada – Impossibilidade.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que incorre em uma ou mais das vedações à opção estabelecidas em lei.

Solicitação indeferida”.

Intimada da decisão, em 29/06/2007, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 92/96), em 31/07/2007, alegando em síntese que realizou parcelamento dos débitos existentes em 20/08/2002, concluindo, com isso que deve ter reconhecido o direito de ter sua inclusão ao SIMPLES com data retroativa a 01/01/2002.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro LUIZ ROBERTO DOMINGO, Relator

Conheço do recurso voluntário por atender aos requisitos de admissibilidade.



Antes de adentrar ao caso concreto, permitam-me fazer uma análise acerca do pedido de inclusão retroativa.

No plano normativo, opera em favor da Recorrente o Ato Declaratório Interpretativo nº. 16/2002:

“Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 2 de outubro de 2002

DOU de 4.10.2002

Dispõe sobre a retificação de ofício, por parte da autoridade fiscal, da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), nos casos de erros de fato.

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 10168.004370/2002-37, 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.

EVERARDO MACIEL”.

A intenção inequívoca de o contribuinte é comprovada seja pelos recolhimentos e declarações apresentadas na forma requerida pelo SIMPLES e, inclusive, pela própria petição de fl.01, na qual requer expressamente sua inclusão.

Concluo, portanto, a partir de elementos de fato e de direito, que existe a possibilidade de um contribuinte solicitar a inclusão retroativa para o SIMPLES, somente se houver adequação dos requisitos materiais às hipóteses de incidência prescritas no Ato Declaratório Interpretativo e desde que não haja ofensa à opção ao regime de apuração na forma do Regulamento do Imposto de Renda.

Pois bem, feita essa introdução, passemos ao caso em pauta.

Diferentemente do que alega a Recorrente, verifica-se que fora impedida de aderir ao SIMPLES, a partir de 01/01/2002 por força dos débitos inscritos na Dívida Ativa da União relacionados nas fls. 27/37, que vieram a ser regularizados em 11/07/2003 pela adesão ao PAES.



Se de um lado há norma concessiva para inclusão retroativa com base na prática reiterada, de outro, o requerimento deve ser acompanhado do cumprimento dos demais requisitos exigidos pelas normas do SIMPLES.

Desta forma, conclui-se que o indeferimento da inclusão retroativa a partir de 2002 foi adequado não cabendo reparo, pois à época havia pendências solucionadas apenas em 2003.

Não há dúvida que, a partir de 07/2003, a Recorrente vem apresentando suas declarações e seus recolhimentos no Sistema e cumprindo com suas obrigações fiscais, o que nos leva a concluir pela sua intenção de permanecer no SIMPLES, desde essa data.

Ocorre que, qualquer que seja o regime de tributação do IRPJ, a legislação confere ao contribuinte a faculdade de exercer opções quanto à forma e à periodicidade de recolhimento. Para aquelas empresas obrigadas a apurar o imposto de renda com base no lucro real, há opção quanto à periodicidade trimestral ou anual, para as demais há a opção quanto ao regime de tributação com base no SIMPLES, lucro presumido ou com base no lucro real, trimestral ou anual.

As opções a que o contribuinte tem direito estão previstas nos artigos 232 (art. 3º da Lei nº. 9.430/96), 516 e §§ (art. 13 §§ da Lei nº. 9.718/98 e art. 26 da Lei nº. 9.430/96) do RIR/99 e no art. 8º, § 2º, da Lei nº 9.317/96 – vigente à época dos fatos, vejamos os textos, cujos dispositivos nos trazem importantes subsídios para nossa análise:

“Art. 232. A adoção da forma de pagamento do imposto prevista no art. 220, pelas pessoas jurídicas sujeitas ao lucro real, ou a referida no art. 221, será irretratável para todo o ano-calendário (Lei nº 9.430, de 1996, art. 3º).

...

Art. 516. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a dois milhões de reais multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13).

§ 1º A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13, § 1º).

§ 2º Relativamente aos limites estabelecidos neste artigo, a receita bruta auferida no ano anterior será considerada segundo o regime de competência ou caixa, observado o critério adotado pela pessoa jurídica, caso tenha, naquele ano, optado pela tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13, § 2º).

§ 3º A pessoa jurídica que não esteja obrigada à tributação pelo lucro real (art. 246), poderá optar pela tributação com base no lucro presumido.



§ 4º A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário (Lei nº 9.430, de 1996, art. 26, § 1º).

§ 5º O imposto com base no lucro presumido será determinado por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observado o disposto neste Subtítulo (Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 25).

e

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.”

O que podemos perceber nos dispositivos acima é a condição de irretratabilidade da opção, ou seja, a opção feita pelo contribuinte, na primeira oportunidade, deverá ser mantida por todo o ano-calendário.

Essa fixação de procedimento não constitui mero capricho da administração tributária, pois, ainda que consideremos a facilidade de fiscalização, em face da homogeneidade de forma e de periodicidade de apuração, é fato que a alternância entre uma forma e outra traria incontornáveis conflitos entre os conceitos de “lucro” materialmente absorvidos por cada um dos regimes (cuja quantificação é variável).

Assim, o conceito materialmente absorvido para definição do lucro presumido não se compatibilizaria com o conceito materialmente absorvido pelo lucro real, que, por sua vez, não se compatibiliza com o conceito de lucro do SIMPLES.

A questão que se coloca é que a opção do regime de apuração e recolhimento do IRPJ não é um simples requisito formal (de apuração e recolhimento), mas interfere na substância e no conceito de lucro definidos pela legislação. Trata-se, portanto, de regime jurídico.

Por isso, no momento da opção pelo regime de tributação do IRPJ, mormente quando do recolhimento do imposto relativo ao mês de janeiro de cada ano e/ou com o



recolhimento do imposto relativo ao primeiro trimestre do ano¹, constitui ato de manifestação de vontade do contribuinte pela qual se estabelece: o regime de apuração e recolhimento e o conteúdo econômico do conceito de “lucro”, sendo que nesse momento o contribuinte deve atender aos requisitos legais de cada categoria.

Marco Aurélio Greco² explica que a opção por um determinado regime jurídico de tributação é o que a doutrina estrangeira denomina de “opção fiscal” (ARNAUD AGOSTINI), “*assim entendida aquela faculdade (ou direito), resultante da lei, de o contribuinte escolher inserir-se num regime fiscal diferenciado, seja de tributação, de pagamento, de cumprimento de deveres instrumentais, etc.*”. Explica, ainda, que “*a norma que contempla a opção é, por definição, uma norma dispositiva e não imperativa; sua incidência não resulta pura e simplesmente da ocorrência de determinados fatos, mas depende de uma determinada manifestação de vontade do contribuinte.*”

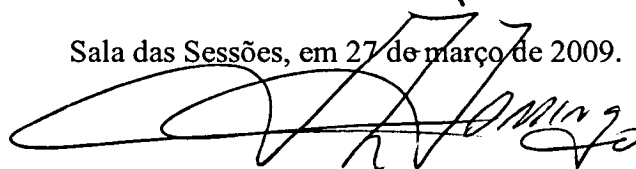
E continua, o autor: “*Atendidas as exigências legais para a opção e realizada adequadamente, os seus efeitos são oponíveis à Administração Fiscal, que não pode se recusar a suportá-los. Porém, em contrapartida, o contribuinte deverá respeitar as obrigações e deveres resultantes do regime da opção. Ao optar, o contribuinte como que ‘adere’ a um determinado regime jurídico tributário, específico para a hipótese delineada na lei.*”

Assim, regularizada a situação fiscal da contribuinte, com ingresso da Recorrente no PAES em 2003, abre-se, novamente, a possibilidade de inclusão no SIMPLES, a partir de janeiro de 2004, quando a legislação faculta ao contribuinte o exercício da opção ao regime de tributação (art. 8º, § 2º, da Lei nº 9.317/96).

Não há, portanto, qualquer reparo a ser feito na decisão recorrida.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 27 de março de 2009.



LUIZ ROBERTO DOMINGO

¹ Assim como todos os tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, os recolhimentos do IRPJ lucro Presumido, IRPJ lucro real trimestral e IRPJ lucro real anual, são feitos por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais, com um código distinto para cada um desses tipos de recolhimentos.

² “*Sigilo bancário e Refis*”, in “REFIS Aspectos Jurídicos Relevantes”, Vergueiro, Guilherme Von Muller Lessa e outros, Edipro, São Paulo, 2001, p. 345. 