



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13963.000236/2004-41
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.383 – 1ª Turma
Sessão de 12 de julho de 2016
Matéria Inclusão Retroativa no Simples Federal
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado JOSCAR PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.

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

Ano-calendário: 1997

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

A possibilidade de inclusão retroativa no Simples foi criada pela própria Receita Federal, que é o órgão competente para disciplinar o registro de informações cadastrais, entre elas aquela que dizia respeito à opção pelo Simples nos primeiros anos de sua implantação. Cite-se o Parecer Cosit nº 60/1999, o ADI SRF nº 16/2002 e a SCI Cosit nº 21/2003. É com base na orientação normativa contida nestes atos que o acórdão recorrido admitiu a inclusão retroativa da contribuinte no sistema simplificado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer o Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - *Presidente.*

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal De Araujo - *Relator.*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAÚJO, ANDRE MENDES DE MOURA, ADRIANA GOMES REGO, RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, MARCOS ANTONIO NEPOMUCENO FEITOSA,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/08/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 23/08/20

16 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 24/08/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADA

O

Impresso em 24/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

MARCOS AURELIO PEREIRA VALADÃO (Presidente em exercício), LUIS FLAVIO NETO, NATHALIA CORREIA POMPEU.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência jurisprudencial sobre a possibilidade de inclusão retroativa no Simples Federal.

A PGFN insurgi-se contra o Acórdão nº 1401-00.519, de 31/03/2011, por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, deu provimento a recurso voluntário da contribuinte acima identificada, para fins de admitir a sua inclusão no Simples, com efeitos retroativos a 01/01/1997, conforme ela havia requerido.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

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

Ano-calendário: 1997

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA.

É possível a inclusão de ofício da pessoa jurídica no Simples, com efeitos retroativos a 01/01/1997, em face da inequívoca intenção da interessada de optar pelo sistema simplificado e da ausência de comprovação, pelo Fisco, do exercício de atividade vedada para o aludido sistema.

A PGFN afirma que o acórdão recorrido deu à lei tributária interpretação divergente da que tem sido dada em outros processos, especificamente quanto ao entendimento de que seria possível a inclusão retroativa no Simples Federal.

Para o processamento de seu recurso, a PGFN desenvolve os argumentos descritos abaixo:

- a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes esposou entendimento divergente ao ventilado pela Câmara *a quo*. Com efeito, tratando de caso análogo ao vertente, o órgão prolator do paradigma abaixo transcrito chegou a conclusão inteiramente distinta sobre a interpretação da norma tributária, senão vejamos:

Acórdão nº 301-31074

SIMPLES. INCLUSÃO. VEDAÇÃO. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA. Vedada a opção ao Simples à pessoa jurídica enquadrada no art. 9º da Lei nº 9.317, de 05/12/1996. O Simples fato de terem sido efetuados os pagamentos através do SIMPLES não significa a inclusão do contribuinte neste Sistema, tendo em vista que a partir de

01/01/1998 tal inclusão só ocorre quando houver manifestação expressa da interessada, mediante a apresentação da Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica - FCPJ. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- a tese encampada pelo paradigma, em clara contraposição ao posicionamento firmado pelo acórdão hostilizado é evidente pela simples transcrição da ementa. A fim de melhor aclarar o dissídio pretoriano aqui invocado traz-se o seguinte excerto colhido do voto condutor do paradigma em epígrafe:

Assim, da observância da legislação suscitada, a única forma pela qual a pessoa jurídica pode optar pela sistemática do SIMPLES é através do preenchimento da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica, não existindo qualquer previsão de ingresso no SIMPLES por outro modo.

(...)

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário, indeferindo a solicitação para a inclusão retroativa no SIMPLES desde a data de sua constituição.

- não há como ser mantido o acórdão recorrido, uma vez que inexiste nos autos a comprovação de que a contribuinte teria feito a opção pelo SIMPLES no prazo regulamentar;

- assim, se a interessada desejava aderir ao SIMPLES, cabia a ela cumprir as determinações estabelecidas no artigo 8º da Lei nº 9.317, de 1996, que instituiu a sistemática:

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.

- por sua vez, a Instrução Normativa nº 355, de 29 de agosto de 2003, vigente à época do pedido, ao tratar do assunto, no artigo 16, assim dispôs:

Da opção pelo Simples

Art. 16. A opção pelo Simples dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

(CNPJ), quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

(...)

§ 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.

- fica claro que o pedido de inclusão retroativa efetuado pela empresa interessada não está amparado na legislação relativa à matéria. E, como deixou expresso a DRJ de Florianópolis e o paradigma acima declinado, a adesão ao SIMPLES ocorre por ato volitivo do interessado, externado pelo preenchimento da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica, não existindo qualquer previsão de ingresso no SIMPLES por outro modo;

- ademais, o caso concreto não preenche os requisitos elencados para aplicação do ADI SRF nº 16/2002 e o Parecer COSIT nº 60/1999, uma vez que não foi comprovada a ocorrência de erro de fato a justificar sua incidência;

- com efeito, observando-se o requerimento de fl. 01, constata-se que a empresa interessada em nenhum momento alega erro de fato na sua opção pelo regime do SIMPLES e, muito menos o comprova;

- diante de todo o exposto, demonstrada a dissonância jurisprudencial invocada, faz-se necessária a reforma do acórdão recorrido, restabelecendo-se a decisão de primeira instância de forma a manter o indeferimento da solicitação de inclusão retroativa no SIMPLES.

Quando do exame de admissibilidade do Recurso Especial da PGFN, o Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do Despacho nº 1400-000.010, de 20/03/2013, admitiu o recurso especial reconhecendo a existência da divergência suscitada, nos seguintes termos:

[...]

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois em situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas.

A divergência é patente: enquanto no acórdão recorrido admitiu-se a adesão retroativa ao Simples em face da existência de pagamentos na sistemática, no paradigma isso não foi aceito.

Destarte, em vista do exposto DOU SEGUIMENTO ao recurso especial.

Em 20/05/2013, a contribuinte foi intimada do despacho que admitiu o recurso especial da PGFN, e não apresentou contrarrazões ao recurso.

Processo nº 13963.000236/2004-41
Acórdão n.º **9101-002.383**

CSRF-T1
Fl. 6

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

Conheço do recurso, pois este preenche os requisitos de admissibilidade.

No presente processo se instaurou controvérsia sobre pedido de inclusão retroativa no Simples Federal.

A Delegacia da Receita Federal em Florianópolis/SC negou o pedido da contribuinte com os seguintes fundamentos (fls. 22 a 24):

Trata-se de pedido de inclusão de ofício de pessoa jurídica no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte-SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/1997.

O Parecer COSIT n.º 60, de 13 de outubro de 1999, abaixo transcrito estabelece:

"11. Com base nos textos legais acima transcritos e admitido o fato de o contribuinte ter omitido ou apresentado informação inexata quanto à opção, poder-se-á utilizar da analogia para promover de ofício a inclusão no evento correspondente à opção da pessoa jurídica pela sistemática de pagamentos de que trata o SIMPLES, desde que demonstrada a intenção da pessoa jurídica em utilizar-se dela. O preenchimento de dados específicos das pessoas jurídicas na FCPJ, tais como porte e impostos incluídos no recolhimento, o recolhimento por meio do DARF-SIMPLES e a entrega da Declaração-Anual Simplificada são formas hábeis de comprovar a manifestação da vontade de a pessoa jurídica optar pelo SIMPLES.

12. Trata-se de erro de fato, cuja correção a autoridade administrativa pode, de ofício, sanar, uma vez que ao interessado não são dados os meios operacionais. Para proceder ao acerto, a autoridade administrativa (Delegado ou Inspetor da Receita Federal), mediante solicitação formal do interessado, e à vista dos documentos comprobatórios do erro, determinará a retificação de ofício da FCPJ e conseqüente inclusão da empresa no CNPJ como optante pelo SIMPLES, com efeitos retroativos".

Para os fatos ocorridos até o exercício de 2003, a comprovação pode ser feita, mesmo que não tenha havido apresentação do TO ou da formalização da opção de adesão ao Simples mediante a FCPJ, pela comprovação de entrega das Declarações Anuais Simplificadas e/ou a apresentação dos comprovantes de pagamento (Darf-Simples), nos termos da SCI Cosit nº 21 (retificada) e Nota Técnica Corat nº 44.

Em consulta aos sistemas da RFB, verificam-se recolhimentos pelo SIMPLES, conforme fls. 17 a 19, e apresentação de declaração

PJ/Simplificada para os anos-calendário 1997 a 2003, ficando omissa para os anos-calendário de 2004 e 2006, fls.20.

Através de simulação no SIVEX com pedido de inclusão no Simples, foram identificadas restrições estabelecidas na Lei 9317/1996, no que tange às atividades principal e secundária objeto da empresa, conforme fl.21. Este procedimento foi estabelecido a fim de agilizar as devidas solicitações, conforme NOTA CORAT/CODAC/DIPEJ/Nº44 de 12 de maio de 2004.

Diante do exposto, proponho o indeferimento do pleito por falta de amparo legal.

[...]

Considerando o exposto e tudo o mais que do processo consta, uso da competência definida pelo art. 238 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n.º 95, de 30 de abril de 2007, e pelo art. 3º inciso I, da Portaria DRF/FNS nº 72, de 07/06/2005 — DOU de 09/06/2005, para INDEFERIR O PLEITO do contribuinte JOSCAR COMÉRCIO E PREST. DE SERVIÇOS LTDA ME, CNPJ nº 01.222.693/0001-20, por falta de amparo legal.

(grifos acrescidos)

Vê-se que a negativa da Delegacia de origem não foi embasada em entendimento que sustentava uma impossibilidade genérica de inclusão retroativa no sistema simplificado.

Ao contrário, a DRF Florianópolis/SC admitiu expressamente essa possibilidade para o caso concreto, com base nos atos normativos da Receita Federal por ela destacados, mas acabou negando o pedido da contribuinte porque entendeu que havia vedação de enquadramento em razão de suas atividades principal e secundária.

Na sequência, a decisão de primeira instância administrativa, proferida pela Delegacia de Julgamento em Florianópolis/SC (fls. 87 a 93), embora tenha feito comentários sobre o momento e a forma para ingresso no Simples, também seguiu o mesmo passo da DRF, frisando que a atividade desenvolvida pela contribuinte não permitia o seu enquadramento no sistema simplificado:

1. Atividade vedada

Conforme se depreende do Despacho-Decisório de fls. 22 a 24, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis/SC, o pleito de inclusão retroativa da Interessada no SIMPLES não foi deferido por esta estar cadastrada no CNPJ com os códigos CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) "**8299199**" (que compreende, conforme consulta feita ao site <http://www.cnae.ibge.gov.br/pesquisa.asp?action=proxima&intPage=1&Pesquisa=8299799&TipoOrdenacao=&TabelaBusca=CNAE2000,CNAE%202.0%20-%20Subclasses0,0@cnaefiscal@0&SourcePage=> as atividades de "serviços de administração de cartão convênio; administração de cartões de desconto; ... ; serviços de brigada de incêndio de empresa privada; **serviço de prevenção de incêndio por empresa privada**; serviços de recarga de telefone celular - exceto cartão telefônico; ... ; serviços de vistoria de automóveis), "**6399200**" (que compreende as demais atividades de prestação de serviços de informação não

especificadas anteriormente como os serviços de informação telefônica, os serviços de levantamento de informações realizados por contrato ou por comissão, e os serviços de resumos de notícias —clipping), "7490105" (que compreende as atividades realizadas por agências ou agentes em nome de pessoas para obter contrato de atuação em filmes, peças de teatro e outros espetáculos culturais, artísticos e esportivos ou oferecer a editores obras literárias, obras de arte, fotografias, etc; as agências de modelos; a cessão de uso de imagem de artistas, esportistas, etc) e "7490199" (que compreende o serviço de previsão meteorológica; os serviços de avaliação não imobiliária; as atividades de assessoria e consultoria técnica em áreas profissionais, científicas e técnicas não especificadas anteriormente, inclusive as realizadas por profissionais autônomos ou constituídos como empresas individuais; os serviços de design gráfico e de diagramação), que, segundo o SIVEX (Sistema de Vedações e Exclusões do Simples), se referem a atividades vedadas pela Lei nº 9.317/1996.

Compulsando os autos, verifica-se que não existe nenhuma prova de que a Interessada exerce de fato atividades que possam ser enquadradas nos códigos CNAE 6399200, 7490105 e 7490199.

Já em relação ao código CNAE 8299799 a situação é outra.

A Interessada, tanto no requerimento de fl. 01 como em sua manifestação de inconformidade, acabou por confirmar que presta serviços ligados a prevenção de incêndios, que é atividade incluída no código CNAE 8299799, já que na manifestação de inconformidade diz que trabalha com "prevenção hidráulica" e no requerimento de fl. 01 aduz que "exerce atividade de serviço preventivo a empresas terceiras".

Opleito de inclusão retroativa no SIMPLES de fl. 01, portanto, não pode ser deferido, já que a Interessada, segundo suas próprias manifestações, presta serviços (ligados a prevenção de incêndios) que por se caracterizarem como típicos de engenheiro e profissionais assemelhados (tecnólogos e técnicos), vedam a opção pelo SIMPLES, por força do disposto no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Como prova de que os serviços ligados a prevenção de incêndios são típicos de engenheiro e profissionais assemelhados (tecnólogos e técnicos), cabe transcrever alguns dispositivos da legislação que regulamenta a atividade desses profissionais (engenheiros e tecnólogos/técnicos ligados à área da engenharia):

[...]

Assim, pelos excertos de legislação transcritos acima, depreende-se que a competência para executar serviços na área de prevenção contra incêndios cabe aos engenheiros de segurança e aos técnicos/tecnólogos ligados a esta área da engenharia.

Nesse diapasão, já julgou a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP:

[...]

Fica evidente, portanto, diante de todo o exposto, que a solicitação de inclusão retroativa apresentada (fl. 01) deve ser indeferida, porquanto a

Interessada exerce atividade (ligada a prevenção de incêndios) que se enquadra entre as típicas de engenheiro e profissionais assemelhados (tecnólogos/técnicos da área de engenharia).

[...]

O CARF, por sua vez, afastou o argumento da atividade vedada e admitiu a inclusão retroativa no Simples, nos seguintes termos:

A solução do presente litígio passa, necessariamente, pela correta identificação da natureza da atividade de “prevenção hidráulica” desempenhada pela pessoa jurídica.

Sobre o tema, assim se manifestou o voto condutor do Acórdão recorrido, fls. 88-89:

[...]

Por sua vez, as julgadoras Rosane Raquel Compagnoni Lubini e Zilda Noeme Alvarenga de Alecar discordaram da conclusão do ilustre Relator, pelas razões abaixo transcritas (fls. 91-93):

[...]

Em sua peça recursal, a contribuinte negou, peremptoriamente, que realizava atividades ligadas à prevenção de incêndio, afirmando que a pessoa jurídica realizava apenas serviços de reparos em canos de PVC.

Analisando os elementos de prova constantes dos autos, entendo que a razão está ao lado das julgadoras vencidas.

Para justificar meu entendimento, enfatizo que as provas documentais constantes dos autos (Contrato Social e respectiva Alteração, fls. 25) não fornecem nenhum indício de que a pessoa jurídica desenvolvia alguma atividade impeditiva para o Simples. Conforme bem apontado pelas julgadoras vencidas, com base exclusivamente nos elementos probatórios constantes dos autos, seria forçoso concluir que “a empresa exercia atividades que, em princípio, não impediam sua adesão ao Simples”.

Vale dizer que a conclusão do Acórdão recorrido não se baseou em provas documentais, mas simplesmente em declarações pouco claras feitas pela pessoa jurídica em sua manifestação de inconformidade.

Na referida manifestação de inconformidade, a pessoa jurídica afirmou que trabalhava com “prevenção hidráulica”, mas em momento algum afirmou que tal atividade compreendia a atividade de “prevenção de incêndio”. A inclusão da palavra “incêndio” decorreu de uma simples ilação do Relator, sem qualquer suporte em elementos probatórios constantes dos autos.

Da mesma forma, no requerimento de fl. 01, a pessoa jurídica afirma que “exerce atividade de serviço preventivo a empresas terceiras”, sem fazer qualquer referência à atividade de “prevenção de incêndio”.

Sobre o tema, as julgadoras vencidas foram muito precisas e objetivas em sua declaração de voto, conforme se observa às fls. 93:

[...] o enquadramento automático dos "serviços de prevenção hidráulica" como "serviços de prevenção de incêndios", não poderia ser feito sem oportunizar que o contribuinte comprovasse a atividade exercida.

Diante do exposto, concluo que, com base nos elementos constantes dos autos, não é possível afirmar que a contribuinte exercia atividade impeditiva da opção pelo Simples. Conseqüentemente, não poderia a autoridade fiscal indeferir o pleito da contribuinte, sem antes realizar diligência visando identificar a efetiva natureza das atividades desempenhadas pela pessoa jurídica.

Resta analisar se a contribuinte atendia aos demais requisitos, para que se possa deferir o seu pedido de inclusão de ofício de pessoa jurídica no SIMPLES, com efeitos retroativos a 01/01/1997.

Sobre o tema, o Parecer COSIT n.º 60, de 13 de outubro de 1999, estabelece (grifado):

[...]

A própria autoridade competente da unidade de origem admite que, no presente caso, restou demonstrada a inequívoca intenção da pessoa jurídica em optar pelo Simples, conforme se observa às fls. 22-23:

[...]

A meu ver, a omissão na apresentação da Declaração PJ/Simplificada para o ano-calendário 2004 não tem o condão de descaracterizar a inequívoca intenção da pessoa jurídica em optar pelo Simples, uma vez que no referido ano-calendário os recolhimentos continuaram sendo feitos pela sistemática do Simples.

Diante do exposto, meu voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao presente recurso voluntário, reconhecendo o seu direito de ser incluída no Simples, com efeitos retroativos a 01/01/1997, conforme requerido.

Importante registrar que diante dos aspectos fáticos contidos nos presentes autos, a possibilidade de inclusão retroativa no Simples foi reconhecida desde o despacho decisório da Delegacia de origem (DRF).

Com efeito, toda a controvérsia instaurada desde a DRF, depois na DRJ, e finalmente no CARF, relativamente à impossibilidade de enquadramento no Simples, girou em torno do exercício de atividade impeditiva, e não de um entendimento que sustentava uma impossibilidade genérica de inclusão retroativa.

Não foi o CARF quem propriamente admitiu a possibilidade de inclusão retroativa, mas ele acabou encampando essa interpretação que já vinha das decisões anteriores.

Sendo assim, há realmente uma divergência a ser dirimida, no que toca à possibilidade ou não de haver inclusão retroativa no Simples.

O texto da Lei nº 9.317/1996 (art. 8º) determinava que a opção pelo Simples deveria ser formalizada no cadastro de contribuintes (CGC/CNPJ), com efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente ao registro dessa informação cadastral.

E é essa a regra que embasa o entendimento defendido no recurso especial da PGFN, e também no acórdão paradigma, no sentido de que a Lei nº 9.317/1996 não admitia outra forma de ingresso no Simples que não a mencionada em seu art. 8º; e que se o devido registro cadastral não foi realizado no momento oportuno, não havia previsão legal para admitir a reivindicada inclusão retroativa.

A análise da divergência suscitada demanda registrar que nos primeiros anos da implantação do Simples, os sistemas eletrônicos da Receita Federal não faziam crítica na recepção da Declaração Anual Simplificada, de modo que muitos contribuintes apresentaram este tipo de declaração e realizaram recolhimentos no sistema simplificado por vários anos seguidos, sem que a opção pelo Simples estivesse devidamente formalizada no cadastro de contribuintes (CNPJ).

Foi esse contexto que levou a Receita Federal a editar alguns atos que permitiram a chamada inclusão retroativa no Simples:

Parecer COSIT n.º 60, de 13 de outubro de 1999

"11. Com base nos textos legais acima transcritos e admitido o fato de o contribuinte ter omitido ou apresentado informação inexata quanto à opção, poder-se-á utilizar da analogia para promover de ofício a inclusão no evento correspondente à opção da pessoa jurídica pela sistemática de pagamentos de que trata o SIMPLES, desce que demonstrada a intenção da pessoa jurídica em utilizar-se dela. O preenchimento de dados específicos das pessoas jurídicas na FCPJ, tais como porte e impostos inclusos no recolhimento, o recolhimento por meio do DARF-SIMPLES e a entrega da Declaração-Anual Simplificada são formas hábeis de comprovar a manifestação da vontade de a pessoa jurídica optar pelo SIMPLES.

12. Trata-se de erro de fato, cuja correção a autoridade administrativa pode, de ofício, sanar, uma vez que ao interessado não são dados os meios operacionais. Para proceder ao acerto, a autoridade administrativa (Delegado ou Inspetor da Receita Federal), mediante solicitação formal do interessado, e à vista dos documentos comprobatórios do erro, determinará a retificação de ofício da FCPJ e conseqüente inclusão da empresa no CNPJ como optante pelo SIMPLES, com efeitos retroativos".

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO SRF Nº 16, de 02 de outubro de 2002

OUTROS ASSUNTOS FEDERAIS

SIMPLES – Opção

Esclarece a possibilidade de retificação de ofício, por parte da autoridade fiscal, da opção pelo SIMPLES, nos casos de erros de fato.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do artigo 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 artigo 8º da Lei

nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, no artigo 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.

Solução de Consulta Interna nº 21, de 22/07/2003, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação — COSIT

2.16 Cumpre, ainda, observar que somente, no ano-calendário 2002 (exercício 2003), foram incluídas críticas na recepção da Declaração Anual Simplificada que passaram a permitir o conhecimento da inexistência de cadastramento de algumas pessoas jurídicas como optante pelo Simples. A falta dessa informação no programa gerador da declaração pode ter levado alguns contribuintes a crer que já estavam cadastrados no Sistema e que não necessitariam apresentar o Termo de Opção, aprovado pela Instrução Normativa SRF nº. 74, de 24 de dezembro de 1996, ou a opção para adesão ao Simples mediante FCPJ. Assim, para fatos ocorridos até o exercício de 2003, há também possibilidade de inclusão retroativa de ofício da pessoa jurídica que não tenha incorrido em nenhuma das hipóteses de vedação previstas no art. 9º da Lei nº. 9.317 de 1996, desde que tenha sido demonstrada sua intenção de promover a alteração cadastral prevista no parágrafo 1º do art. 8º da lei nº. 9.317 de 1996, mediante entrega das Declarações Anuais Simplificadas ou pagamento por meio de Darf-Simples.

(grifos acrescentados)

O acórdão paradigma não analisou estes atos baixados pela Receita Federal, talvez em razão de sua proximidade temporal com eles. É que o acórdão paradigma foi exarado em 18/05/2004, enquanto que o acórdão recorrido é de 31/03/2011.

O acórdão recorrido tratou expressamente do Parecer Cosit nº 60/1999, e a DRF de origem, que primeiro examinou o pedido da contribuinte, já tinha mencionado não apenas esse parecer, como também a SCI COSIT nº 21/2003.

A possibilidade de inclusão retroativa foi criada pela própria Receita Federal, que é o órgão competente para disciplinar o registro de informações cadastrais, entre elas aquela que dizia respeito à opção pelo Simples nos primeiros anos de sua implantação.

E foi com base nestes atos editados pela própria Receita Federal que o acórdão recorrido admitiu a inclusão retroativa da contribuinte no sistema simplificado.

Nesse contexto, não há como acolher o argumento da PGFN que defende uma impossibilidade genérica de inclusão retroativa no Simples.

Em seu recurso, a PGFN também tenta contestar a aplicação dos referidos atos normativos da Receita Federal ao caso concreto, especificamente em relação ao Parecer COSIT nº 60/1999 e ao ADI SRF nº 16/2002, alegando que não teria sido comprovada a ocorrência de erro de fato (nas alterações cadastrais) a justificar a incidência desses atos.

Primeiro, é importante mencionar que de acordo com a SCI COSIT nº 21/2003, a possibilidade de inclusão retroativa abrangia também os contribuintes que não apresentaram o Termo de Opção aprovado pela Instrução Normativa SRF nº. 74/1996, ou a opção para adesão ao Simples mediante FCPJ (como já havia destacado a própria DRF de origem em seu despacho decisório), de modo que não era necessário que se comprovasse a ocorrência de um determinado erro de fato contido nesses documentos (Termo de Opção ou FCPJ).

Um outro aspecto bastante relevante é que o acórdão paradigma não tratou dos referidos atos normativos da Receita Federal que admitiram a possibilidade de inclusão retroativa no Simples, nem genericamente, e nem sob a ótica do caso concreto lá examinado.

O fato é que no contexto do recurso especial sob exame, não foi trazida nenhuma divergência jurisprudencial em relação a aspectos fáticos que poderiam ensejar a incidência desses atos normativos, até porque o paradigma não tratou deles.

A divergência suscitada e comprovada se deu especificamente em relação à possibilidade genérica de haver inclusão retroativa no Simples, o que, como visto, os próprios atos normativos da receita federal admitiram, para situações ocorridas até o ano-calendário de 2002.

Nesse passo, o que a PGFN pretende adicionalmente em seu recurso é questionar a aplicação dos atos normativos da Receita Federal a este caso concreto (o que, como visto, vem sendo admitido desde a Delegacia de origem), mas isso exorbita do escopo do presente recurso especial.

Não cabe aqui reexaminar provas, averiguar se realmente restou demonstrada a inequívoca intenção da pessoa jurídica em optar pelo Simples, verificar se houve comprovação da ocorrência de erro de fato em registros cadastrais feitos tempestivamente, e/ou averiguar as declarações simplificadas e os recolhimentos efetuados na sistemática do Simples, enfim, verificar se estão presentes os pressupostos fáticos que ensejam a aplicação dos referidos atos normativos da Receita Federal, porque tudo isso já foi reconhecido pela própria Delegacia de origem, e também porque essas matérias estão além dos contornos do recurso especial ora examinado.

O que cabe decidir no contexto do presente recurso especial é se nos termos da Lei nº 9.317/1996, havia ou não a possibilidade de se admitir inclusão retroativa no Simples, e os próprios atos normativos da Receita Federal estabeleceram que isso era possível.

Processo nº 13963.000236/2004-41
Acórdão n.º **9101-002.383**

CSRF-T1
Fl. 15

Desse modo, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso especial da
PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo