



Processo nº 13975.720299/2017-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1302-004.950 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 2^a Turma Ordinária**
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente LW CONFECÇÕES EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO/INCLUSÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, nos termos de sua regulamentação, e sendo extemporânea não é válida e não poderá retroagir para produzir efeitos em período anterior.

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO. ADI SRF Nº 16/2002. SIMPLES FEDERAL. INTERPRETAÇÃO NÃO SE APLICA AO SIMPLES NACIONAL.

Não se aplica ao Simples Nacional interpretação externada em ADI que trata de questões específicas do Simples Federal.

SIMPLES NACIONAL. INÍCIO DE ATIVIDADES. PRAZOS CUMULATIVOS PARA OPÇÃO.

Após efetuar a inscrição no CNPJ, bem como obter as suas inscrições Estadual e Municipal, caso exigíveis, a ME ou a EPP terá o prazo de até 10 dias (até 31/12/2008) ou de até 30 dias (a partir de 01/01/2009), contado do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional, desde que não tenham decorridos 180 dias da data de abertura constante do CNPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão n.º 04-45.366, de 15 de março de 2018, proferido pela 2^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande/MS, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo (fls. 42/45).

O presente processo se originou de Pedido de inclusão retroativa no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), apresentado pela Recorrente, em 28 de março de 2017 (fl. 2). No referido documento, afirma que foi constituída em 26 de fevereiro de 2016, e que, apenas em 1º de março de 2017, obteve a inscrição estadual (em decorrência de pendências relativas ao alvará de funcionamento e título de eleitor do sócio responsável), o que levou a que a opção pelo Simples Nacional não fosse realizada dentro dos prazos estipulados na legislação. Considerando tais fatos e que a empresa não iniciou, de fato, as suas atividades, solicitou a inclusão retroativa à data de constituição.

Por meio do Despacho Decisório de fls. 18/21, a autoridade administrativa indeferiu o pedido em questão, posto que a interessada excedeu o prazo de 180 (cento e oitenta dias) desde a data de abertura constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), conforme estabelecido pelo art. 6º, §7º, da Resolução CGSN n.º 94, de 2001.

Cientificada do referido ato, a Recorrente apresentou a Impugnação de fls. 26/27, na qual reitera as alegações contidas no Pedido de Inclusão, acrescentando que o óbice à obtenção da inscrição estadual decorreria da necessidade de regularização do imóvel perante o Corpo de Bombeiros, o que somente teria ocorrido em 21 de novembro de 2016.

Na decisão de primeira instância, apontou-se a legislação que rege a opção pelo Simples Nacional em relação às pessoas jurídicas em início de atividade e que a Recorrente somente tentou a opção eletrônica quanto já havia decorrido o prazo legal nela fixado, pelo que não poderia a autoridade administrativa se afastar do que estipulado em lei.

A referida decisão é dispensada de ementa, nos termos da Portaria RFB n.º 2.724, de 2017.

Após a ciência, a Recorrente apresentou o Recurso Voluntário de fls. 51/53, em que, mais uma vez, reitera os argumentos já apresentados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 13 de abril (fl. 141), tendo apresentado seu Recurso Voluntário, em 09 de maio daquele ano (fl. 51), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado responsável legal pela pessoa jurídica.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1^a Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 2º, inciso V, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

2 DO MÉRITO

A questão em discussão nos autos, conforme relatado, diz respeito à possibilidade de opção/inclusão retroativa de pessoas jurídicas no Simples Nacional. Importa, portanto, em primeiro lugar, analisar as formalidades e prazos previstos na legislação para a opção ao referido Regime, mais especificamente, em relação às pessoas jurídicas em início de atividade, como é o caso da Recorrente. Destaca-se, inicialmente, o contido no art. 16 da Lei Complementar n.º 123, de 2006:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

(...)

§ 2º A opção de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º A opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor a que se refere o caput deste artigo.

(...)

§ 6º O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor. (Destacou-se)

Como se constata, na referida norma, fixou-se o prazo regular para a opção ao Sistema (até o último dia do mês de janeiro do ano-calendário de opção), remetendo a regulamentação por parte do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) a definição da forma da opção, bem como os “termos, prazo e condições” para a opção realizada pelas pessoas jurídicas em início de atividades.

À época da constituição da Recorrente e da apresentação do pedido de inclusão sob análise, a referida regulamentação era realizada por meio da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, nos seguintes termos:

Art. 6º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 5º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 2º)

(...)

§ 5º No caso de início de atividade da ME ou EPP no ano-calendário da opção, deverá ser observado o seguinte: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 3º)

I - a ME ou EPP, após efetuar a inscrição no CNPJ, bem como obter a sua inscrição municipal e, caso exigível, a estadual, terá o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional;

(...)

§ 7º A ME ou 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 CNPJ, observados os demais requisitos previstos no inciso I do § 5º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 3º)

Como se observa, portanto, havia prazo específico fixado pela legislação para que a opção manifestada pelos contribuintes em início de atividade pudessem valer desde a constituição, balizada por dois marcos temporais:

- (i) até 30 (trinta) dias, contados do último deferimento de inscrição (municipal e, caso exigível, estadual);
- (ii) até 180 (cento e oitenta) dias da data de abertura constante do CNPJ.

A questão da possibilidade de se acatar a opção/inclusão retroativa no Simples Nacional não é inédita nesta Turma julgadora. Foi analisada por ocasião dos julgamentos dos Recursos Voluntários apresentados nos processos administrativos nº 10835.720278/2016-11, 10835.720290/2016-18 e 10835.720280/2016-82, realizados nas reuniões de julgamento dos meses de agosto e setembro de 2020.

Na primeira ocasião que os referidos processos vieram a julgamento, pedi vista dos autos, no intuito de apreciar a possibilidade de aplicação ao Simples Nacional de entendimento análogo ao manifesto por meio do Ato Declaratório Interpretativo (ADI) SRF nº

16, de 2002. É que, por meio do citado ato normativo, a Receita Federal admitiu, para o SIMPLES (regime instituído pela Lei nº 9.317, de 1996), a possibilidade de inclusão retroativa, caso “comprovada a ocorrência de erro de fato” e “desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir” ao citado Regime.

Do estudo da matéria, firmei convicção de que não cabe a aplicação de entendimento similar para o Simples Nacional, uma vez que:

- (i) há prazo e formas específicas fixadas pela legislação para a opção, conforme acima especificado, sem que seja prevista qualquer espécie de opção retroativa. Cabe lembrar que o art. 111 do CTN dispõe que se deve empregar a interpretação literal em relação à legislação que disponha sobre a “dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”, como é o caso da opção pelo Simples Nacional;
- (ii) o citado Regime, diferentemente do SIMPLES, envolve não apenas a Fazenda Nacional, mas as Fazendas Estaduais e Municipais, de modo que a opção deve ser manifesta em relação a todos os entes, para possibilitar as verificações da incidência das pessoas jurídicas em vedações específicas, que vão muito além da mera omissão em praticar atividade vedada suscitada pela Recorrente. Tanto que o art. 3º, §3º, inciso II, da Resolução CGSN nº 4, de 2007, prevê a verificação, por parte de Estados, Distrito Federal e Municípios, das informações prestadas no ato da opção;
- (iii) inexiste qualquer ato do CGSN que possibilite a opção/inclusão retroativa, com a desconsideração da legislação que rege o Simples Nacional. O ADI SRF nº 16, de 2002, não pode ter aplicação analógica por haver sido editado apenas pela Receita Federal e em relação ao SIMPLES.

De fato, o entendimento pela impossibilidade da opção/inclusão retroativa prevaleceu, unanimemente, no julgamento final dos citados processos administrativos, conforme Acórdãos nº 1302-004.757, 1302-004.758 e 1302-004.759 (todos da relatoria da Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão). A ementa do primeiro julgado citado é apresentada a seguir:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

A opção pelo regime do Simples Nacional só é válida quando realizada na forma e nos prazos estabelecidos na legislação de regência.

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO. ADI N° 16/2002. SIMPLES FEDERAL. INTERPRETAÇÃO NÃO SE APLICA AO SIMPLES NACIONAL.

Não se aplica ao Simples Nacional interpretação externada em ADI que trata de questões específicas do Simples Federal.

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESPECÍFICA. NATUREZA JURÍDICA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. DISPENSA DE CUMPRIMENTO. INTERPRETAÇÃO LITERAL.

Aplica-se ao ato de opção pelo regime de tributação do Simples Nacional, a interpretação literal prevista no CTN para dispensa de cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

No caso específico da opção para os contribuintes em início de atividade, a matéria também não é inédita no CARF. Majoritariamente, prevalece, há muito, o entendimento de que a opção deve ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias contados do último deferimento de inscrição (junto ao Município, e, se for o caso, ao Estado), conforme estipulado pelo art. 6º, §5º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011. Porém, se decorridos 180 (cento e oitenta dias) desde a constituição perante o CNPJ, a pessoa jurídica não poderá mais se valer da condição específica para os contribuintes em início de atividade, sujeitando-se à regra aplicável às demais pessoas jurídicas.

Neste sentido:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2008

INÍCIO DE ATIVIDADES. PRAZO PARA OPÇÃO. LIMITE.

Após efetuar a inscrição no CNPJ, bem como obter as suas inscrições Estadual e Municipal, caso exigíveis, a ME ou a EPP terá o prazo de até 10 dias (até 31/12/2008) ou de até 30 dias (a partir de 01/01/2009), contado do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional, desde que não tenham decorridos 180 dias da data de abertura constante do CNPJ. (Acórdão nº 1301-00.616, de 30 de junho de 2011, Relator Conselheiro Waldir Veiga Rocha, decisão unânime)

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano - calendário: 2010 SIMPLES NACIONAL.

INÍCIO DE ATIVIDADE. INCLUSÃO RETROATIVA. PRAZO.

O §6º do art. 7º da Resolução CGSN nº 4/2007 determina prazo limite de 180 dias para pedido de inclusão no Simples Nacional para estabelecimentos em início de atividade (Acórdão nº 1003-001.672, de 07 de julho de 2020, Relatora Conselheira Bárbara Santos Guedes, decisão unânime)

Como bem esclarece o Conselheiro Waldir Veiga Rocha no Acórdão acima referido:

No uso das competências que lhe foram conferidas pela Lei Complementar nº 123/2006, o Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) fez publicar diversas resoluções, regulamentando aquele Regime Especial Unificado de Arrecadação. De especial interesse para a lide o art. 7º da Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 (DOU de 01/06/2007), em sua redação original:

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:

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; Posteriormente, a resolução CGSN nº 23, de 13/11/2007 (DOU de 16/11/2007) fez acrescer o § 6º, abaixo, com vigência na data de publicação:

§ 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.

A redação desse parágrafo foi alterada pela Resolução CGSN nº 29, de 21/01/2008 (DOU de 24/01/2008), passando a vigorar após sua publicação como segue:

§ 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 data de abertura constante do CNPJ, observados os demais requisitos previstos no inciso I do § 3º deste artigo. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 29, de 21 de janeiro de 2008)

Ocorreu também alteração superveniente no inciso I do § 3º do art. 7º acima transcrito, promovida pela Resolução CGSN nº 41, de 01/09/2008 (DOU de 03/09/2008), passando o prazo ali previsto de 10 dias para 30 dias. Tal alteração, no entanto, é inaplicável à situação sob análise, em face do art. 2º da citada Resolução nº 41, o qual estabelece que seus efeitos somente se produziriam a partir de 1º de janeiro de 2009.

Após a breve resenha da legislação aplicável ao caso concreto, verifico que a melhor exegese da combinação do § 3º, inciso I, com o § 6º, acima transcritos, não é aquela pretendida pela interessada.

Por sua ótica, o limite do § 6º (180 dias contados da data de abertura constante do CNPJ) seria inaplicável se o prazo do § 3º, inciso I (30 dias, segundo a recorrente, ou 10 dias, conforme anteriormente demonstrado, contados do último deferimento de inscrição) viesse a superá-lo.

Não é como penso. A expressão que consta ao final do § 6º, “*observados os demais requisitos previstos no inciso I do § 3º deste artigo*”, não pode ser tida como uma ressalva a uma eventual pendência de inscrição municipal ou estadual, como quer a interessada. Por essa linha de raciocínio, nunca se aplicaria o limite do § 6º. Na inexistência de qualquer pendência, o prazo seria de 10 (ou 30) dias do último deferimento. O mesmo ocorreria se, por força de demora na inscrição estadual ou municipal, os 180 dias viessem a ser excedidos, o que tornaria o § 6º completamente inócuo.

Entendo que o § 6º foi introduzido para estabelecer um limite temporal máximo para a opção pelo Simples Nacional por parte das empresas em início de atividades, limite esse que não pode ser excedido, mas que pode ser reduzido, se os requisitos do inciso I do § 3º conduzirem a data anterior.

A Secretaria-Executiva do Comitê Gestor do Simples Nacional, também, esclarece a questão, nos mesmos termos¹:

2.8. A ME ou a EPP que iniciar sua atividade em outro mês que não o de janeiro poderá optar pelo Simples Nacional?

¹ Perguntas e Respostas Simples Nacional. Disponível em <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Arquivos/manual/PerguntaoSN.pdf>. Acesso em 28 set. 2020.

Após efetuar a inscrição no CNPJ, bem como obter as suas inscrições municipal e estadual, caso exigível (ver Pergunta 2.11), se quiser que a opção pelo Simples Nacional produza efeitos retroativos à abertura do CNPJ, **a ME ou a EPP precisa observar ao mesmo tempo dois prazos** para solicitá-la:

- até 30 dias contados do último deferimento de inscrição (seja a estadual ou a municipal), e
- para empresas com data de abertura constante no CNPJ:
 - até 31 de dezembro de 2020: até 180 dias contados da inscrição no CNPJ; ou
 - a partir de 1º de janeiro de 2021: até 60 dias contados da inscrição no CNPJ.

(...)

Exemplos:

1. A empresa X possui data de abertura no CNPJ em 01/04/2014. Prestadora de serviços sujeitos ao ISS, teve deferida sua inscrição municipal em 05/05/2014. Então, ela tem até o dia 04/06/2014 (30 dias contados da inscrição municipal) para fazer a opção pelo Simples Nacional, apesar de nesse dia ainda não ter esgotado o prazo de 180 dias da abertura no CNPJ.
2. A empresa Y possui data de abertura no CNPJ em 02/01/2020. Prestadora de serviços sujeitos ao ISS, teve deferida sua inscrição municipal em 19/06/2020. Então, ela tem até o dia 30/06/2020 (180 dias contados da abertura no CNPJ) para fazer a opção pelo Simples Nacional, apesar de nesse dia ainda não ter esgotado o prazo de 30 dias da inscrição municipal.
3. A empresa Z possui data de abertura no CNPJ em 14/05/2020. Varejista, teve deferida sua inscrição municipal em 20/05/2020 e a estadual em 01/06/2020. Então, ela tem até o dia 01/07/2020 (30 dias contados da inscrição estadual, que foi a última deferida) para fazer a opção pelo Simples Nacional, apesar de ainda não ter esgotado o prazo de 180 dias da abertura no CNPJ. (Destacou-se)

No caso sob julgamento, a Recorrente foi inscrita perante o CNPJ em 26 de fevereiro de 2016 (fl. 10) e teve a sua inscrição estadual realizada em 1º de março de 2017 (fl. 11). Assim, de nada vale para ela a regra prevista no art. 6º, §5º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, pois o prazo especial é específico para as empresas em início de atividade, e, tendo expirado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias desde a inscrição perante o CNPJ, a Recorrente não mais poderia efetuar a sua opção pelo Simples Nacional “na condição de empresa em início de atividade”. Esta é a literalidade do art. 6º, §7º, da referida Resolução.

Por todo o exposto, acertada a decisão recorrida ao manter o indeferimento do pedido formulado pela Recorrente.

3 CONCLUSÃO

Neste sentido, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo