



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

Processo nº	10183.720675/2014-35
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	1001-000.438 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de	04 de abril de 2018
Matéria	SIMPLES NACIONAL - INDEFERIMENTO DA OPÇÃO
Recorrente	SETA INSTITUIÇÃO TÉCNICA DE INSPECÃO VEICULAR LTDA - EPP
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. INOVAÇÃO NA MOTIVAÇÃO.

Não é admissível que o julgamento de primeira instância fundamente a manutenção do indeferimento da opção na sistemática do Simples Nacional por motivos de fato e de direito não mencionados no Termo de Indeferimento, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa quanto à matéria.

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO.

Se no prazo limite para a opção a empresa possuir atividade vedada na sistemática do Simples Nacional, conforme Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 2011, fica impedida de opção de ingresso, ainda que se trate de atividade secundária ou não a exerce

SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO.

Se no prazo limite para a opção a empresa possuir débitos sem exigibilidade suspensa perante a Fazenda Pública, não poderá ingressar no Simples Nacional.

RECURSO VOLUNTÁRIO. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OCORRÊNCIA.

Os contornos da lide administrativa são definidos pela impugnação ou manifestação de inconformidade, oportunidade em que todas as razões de fato e de direito em que se funda a defesa devem deduzidas, em observância ao princípio da eventualidade, sob pena de se considerar não impugnada a matéria não expressamente contestada, configurando a preclusão

consumativa, conforme previsto nos arts. 16, III e 17 do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo-fiscal.

ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº. 02

Aplicação da Súmula CARF nº. 02: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela 3^a Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Fortaleza (CE), mediante o Acórdão nº 08-34.832, de 29/01/2015 (e-fls. 68/73), objetivando a reforma do referido julgado.

O relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância bem sintetiza o ocorrido, pelo que peço vênia para transcrevê-lo, completando-o ao final: (grifos não constam do original)

Conforme expresso no Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, fl. 16, cujo registro deu-se em 19/02/2014, fl. 17, determinados estabelecimentos filiais da manifestante possuíam, em 29/01/2014, o código CNAE 7120-1-00 – Testes e análises técnicas, representativo de atividade econômica vedada aos optantes pelo regime de tributação simplificado, o que implicou no indeferimento da opção formalizada pela sociedade empresarial.

Não satisfeita com o que foi deliberado, em 20/02/2014 a interessada apresentou a petição de fl. 02, documento em que teceu as seguintes considerações:

1. Que no dia 30/01/2014 foi protocolado junto a RFB/CBA os DBE's para as devidas regularizações CNAE's.

2. Que a RFB/CBA encaminhou para as unidades federativas das filiais.

3. Entendemos que não seria necessário encaminhar esta documentação por se tratar apenas de uma adequação do CNAE das filiais ao CNAE da MTZ.

4. Considerando que a atividade da empresa não se circunscreve no rol dos CNAEs impeditivos, e considerando ainda, que seu direito ao Simples Nacional é fato é esta para REQUERER de V. Sa. que se digne de mandar rever o procedimento de exclusão, e a consequente inscrição de ofício dentro do poder discricionário da autoridade administrativa, por ser de inteira justiça.

Quando da análise do caso detectou-se que, além da questão cadastral, a pessoa jurídica possuía débitos em aberto, a impedir seu ingresso no Simples Nacional no ano-calendário 2014, situação não contemplada no Termo de Indeferimento constante dos autos.

A solução encontrada foi a conversão do julgamento em diligência, o que redundou na edição da Resolução nº 08-002.904, de 26/03/2015, encaminhando-se o processo à unidade de origem com a finalidade intimar o sujeito passivo a manifestar-se acerca dos débitos que lhe são direcionado, fls. 38/40.

Adotada a providência por este órgão julgador solicitada, o contribuinte apresentou o documento de fl. 48, em que informa a apresentação de cópias dos comprovantes de pagamentos.

Importa, registrar que a Resolução de Diligência, acordada pela 3ª Turma da DRJ/FOR, consignou em seu voto as seguintes considerações: (grifo no original)

Sabendo-se que a manifestação de inconformidade apresentada não abordou este último aspecto (débitos não previdenciários com a RFB, cuja exigibilidade não se encontrava suspensa em janeiro/2014), até mesmo pelo fato de o Termo de Indeferimento acostado aos autos pela requerente não conter nenhuma indicação a respeito, a solução que vislumbro é a conversão do presente julgamento em diligência, de modo que a pessoa jurídica seja devidamente notificada dos débitos e, em assim sendo, possa apresentar sua versão para o fato no prazo que lhe for deferido.

Outrossim, na resposta à Intimação (e-fls. 46) que deu ciência da Informação Fiscal SEORT/ DRF-Cuiabá nº 0240/2015, de 10/07/2015, e para manifestar-se quanto aos débitos relacionados na Informação Fiscal, a recorrente apenas apresenta comprovantes de pagamentos DAS referentes aos períodos de apuração 07/2013 e 08/2013. Nenhum outro argumento.

A DRJ considerou improcedente a manifestação de inconformidade e publicou acórdão com a seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 31/01/2014

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE EFETIVAMENTE EXERCIDA.

Para fins de verificação da ocorrência de vedação ao ingresso no Simples Nacional, o que importa é o efetivo exercício da atividade. Verificando-se que as atividades constantes do contrato social, bem como aquelas informadas pela empresa na rede mundial de computadores, dizem respeito ao exercício de atividades de natureza técnica, vedada aos optantes pelo Simples Nacional, nenhum reparo merece o ato administrativo contestado.

SIMPLES NACIONAL. DÉBITOS EM ABERTO.

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Ciente da decisão de primeira instância em 23/02/2016, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 76, a recorrente apresentou recurso voluntário em 21/03/2016 (e-fls. 78/191), conforme Termo de Solicitação de Juntada à e-fl. 77.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

No recurso interposto, a recorrente apresenta os seguintes argumentos:

Como preliminar, a recorrente requer a nulidade do julgamento pois afirma que o julgador agiu como "se fiscalização fosse" ao sustentar "*em suas razões, que a atividade efetivamente prestada pela Recorrente, se enquadraria com mais precisão ao CNAE 7120-1/00 (testes e análises técnicas) do que ao CNAE 8299-7-99 (outras atividades de serviços prestados principalmente por empresas não especificadas anteriormente)*". E sustenta: "...a

Recorrente presta diversas atividades, logo, não se pode simplesmente apegar-se ao termo Instituição técnica para definir o CNAE cabível a Recorrente".

Por fim alega que "o julgador também se excedeu ao que efetivamente deveria julgar, vez que, o mérito inicial do processo nº 1083.720675/2014-35, bastava-se tão somente em analisar as alterações cadastrais da Recorrente, a qual, apenas adequou o CNAE de suas filiais ao de sua matriz" e transcreve ementas de arrestos judiciais.

A recorrente alega, também como preliminar, que "pagou integralmente os débitos", mas apesar de chamar de preliminar, trata-se na verdade do próprio mérito da lide e assim será tratada.

A recorrente traz, ainda, novas alegações no seu recurso:

Que "protocolou junto a RFB em Cuiabá os DBE para as devidas regularizações dos CNAE'S" e que a documentação foi encaminhada para "as respectivas unidades federativas de suas filias, o que gerou inúmeras inconsistências de aprovação entre as unidades federativas das RFB", pois das sete filiais, quatro permanecem com pendência na atividade, fato no qual "percebe-se nitidamente divergências nas análises proferidas". Cita trechos de doutrinas para clamar isonomia e alega que, por analogia ao caso, não foi justo o julgado de primeira instância, pois "em verdade já regularizou o CNAE de suas filiais".

Que deve-se aplicar o princípio in dúvida pró contribuinte, diante das divergências da interpretação feita pelas unidades da RFB, e cita o artigo 112 do Código Tributário Nacional e cita arrestos do CARF

Que o CNAE 7120-1/00 atualmente não se encontra inserido no rol de atividade impeditivas ao simples nacional no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, desde 01/01/2015, e cita a Resolução CGSN nº 119, de 19 de dezembro de 2014.

Que "caso a Recorrente tenha realmente indeferido sua opção pelo Simples Nacional pelos motivos já mencionados, sofrerá irreparáveis prejuízos".

Por fim, alega "que a Justiça tem entendido, reiteradamente, ser ilegal o Ato da Receita Federal que exclui ou não mantém o contribuinte no programa do Simples por inadimplência, uma vez que o referido Ato afronta diretamente a Constituição Federal que assegura o tratamento diferenciado e favorecido às micros e pequenas empresas, não observando os princípios do parcelamento, da proporcionalidade, da livre concorrência e da função social da propriedade, (Artigos 170 e 179 da CF), bem como o direito à liberdade de exercício da profissão e da atividade econômica (Artigo 5º, XIII, da CF)".

No fim pede o reconhecimento da quitação dos débitos; a nulidade da decisão da Câmara *a quo*; a aplicação do princípio do *in dúvida pro contribuinte*; que seja aplicada a função social de criação do programa do Simples Nacional e a **sustentação oral** de suas razões de defesa.

Passo, portanto, ao voto.

Da atividade impeditiva

O pedido de nulidade da decisão de primeira instância, sob a alegação de que o julgador atuou "*se fiscalização fosse*" e que "*se excedeu ao que efetivamente deveria julgar*", não procede visto que o mesmo, ante as alegações esposadas na manifestação de inconformidade, o julgador desenvolveu o raciocínio para buscar a classificação da que era desempenhada pela matriz, reforçando, assim, o entendimento de que a empresa estava impedida de optar pela sistemática do Simples Nacional.

Não é o caso de parcialidade do julgamento, pois o julgador buscou informações no sítio da internet, da própria empresa, para demonstrar o caráter técnico das atividades desenvolvidas pela recorrente, exercendo, assim, o princípio do livre convencimento motivado, princípio processual que garante a imparcialidade do julgador e o pleno exercício do contraditório.

Mesmo que o caso fosse, de entender que houve a parcialidade na questão, a atividade vedada não é a única matéria discutida na presente lide e o presente julgamento atuará como revisor do julgado anterior.

Não cabe, portanto, o pedido de nulidade do julgamento de primeira instância.

Entretanto, apesar de não ser um caso nulidade do arresto de primeira instância, constata-se que o Termo de Indeferimento não relacionou a Matriz com atividade impeditiva ao Simples Nacional. Neste sentido, entendo que na matéria (Matriz) ocorreu uma inovação administrativa.

Ao constatar que a atividade desempenhada da Matriz seria impeditiva ao ingresso no Simples Nacional, a Unidade da RFB deveria abrir um procedimento específico para promover a exclusão da empresa do Simples Nacional, até mesmo de forma retroativa, com a devida representação ao Chefe da Unidade para a expedição de um Ato Declaratório de Exclusão, nos termos da legislação aplicável, abrindo-se prazo para o contraditório já na Unidade emissora do ADE.

Outrossim, quanto à regularização das atividades impeditivas das Filiais, a SEORT da DRF, em CUIABÁ/MT (Informação Fiscal, à e-fl. 26), já se pronunciou sobre o assunto quanto a não regularização do cadastro pela recorrente. Transcrevo excerto, *in verbis*:

4. Todavia, a Contribuinte alega que retirou tal CNAE de seu rol de atividades. Contudo, conforme cadastro da matriz e das filiais (folhas 19 a 24), em algumas filiais, a atividade proibitiva ainda consta no rol dos ofícios exercidos pelo estabelecimento (folhas 21, 22, 23 e 24). Tal informação contradiz afirmativa da Requerente, quando afirma que fez a alteração cadastral necessária para ingresso no SN. Cabe ressaltar que o histórico atual dessa Empresa e de suas filiais já está atualizado, de acordo com alteração cadastral promovida pela Requerente, conforme folha 25, no dia 06/02/2014 (evento 244 – alteração de CNAE).

Não assiste razão, portanto, à recorrente.

Dos débitos com exigibilidade não suspensa

Quanto à outra questão do mérito, a dos débitos pendentes na data limite para a opção, a recorrente alegou ter pago os mesmos integralmente após intimada a esclarecer (vide e-fls. 46 e 48/62) e reitera os argumentos no presente recurso.

Tem-se que tais pagamentos se deram de forma parcial, sendo fundamentalmente demonstrado na decisão da Câmara baixa, sinteticamente exposto no quadro abaixo:

CNPJ: 02.750.377/0001-93	Nome Empresarial: SETA INSTITUICAO TECNICA DE INSPECACAO VEICULAR LTDA - EPP	Dt. última arrecadação: 12/01/2016			
Selecione o débito a ser detalhado:					
Período de Apuração (PA)	Data Vencimento	Data da Inclusão do Débito	Valor Originário do Débito (R\$)	Saldo Devedor (R\$)	Nº Parcelamento
<u>07/2013</u>	20/08/2013	04/10/2013	23.762,69	6.015,51	27503770002
<u>08/2013</u>	20/09/2013	04/10/2013	21.375,92	10.798,81	27503770002
		Total:	45.138,61	16.814,32	

Oportuno ressaltar que o débito residual acima foi objeto de pedido parcelamento pela recorrente, em 26/11/2014, conforme demonstra o "Recibo de Adesão ao Parcelamento do Simples Nacional", à e-fl. 41, corroborando a constatação de que os referidos débitos não se encontravam com a exigibilidade suspensa no último dia útil de janeiro de 2014, nos termos do inc. V, do art. 17, da Lei Complementar nº 123, de 2006, *verbis*:

Lei Complementar nº 123, DE 2006

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Quanto às demais alegações, observa-se que a recorrente inovou com na argumentação de defesa em relação à manifestação de inconformidade, o que não é admissível no processo contencioso administrativo.

Nos termos dos arts. 16, III e 17, ambos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo-fiscal, todos os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a defesa deverão ser mencionados na impugnação, *verbis*: (grifos não constam do original)

"Art. 16. A impugnação mencionará:

I a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II a qualificação do impugnante;

III os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art.

16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

(Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).” (destacado)

A preclusão se verifica pela não dedução de todos os argumentos de defesa no recurso inaugural, isto é, as matérias de direito que pretendia questionar, decorrendo daí a perda da oportunidade processual de contestação, valendo acentuar que o recurso voluntário, como dito, é totalmente distinto da impugnação, chegando mesmo, em alguns pontos, a serem mutuamente contraditórios.

No caso dos autos, a discussão administrativa foi delineada pela manifestação de inconformidade, restando rechaçadas quaisquer outras teses defensivas eventualmente não expostas, por aplicação do princípio eventualidade, ressalva feita ao direito ou fato supervenientes, o que não é a hipótese.

Entretanto, por prestígio ao debate, ainda que possível transpor o obstáculo, melhor sorte não albergaria o recorrente.

Alega a recorrente, quanto aos débitos pendentes, "que a Justiça tem entendido, reiteradamente, ser ilegal o Ato da Receita Federal que exclui ou não mantém o contribuinte no programa do Simples por inadimplência, uma vez que o referido Ato afronta diretamente a Constituição Federal que assegura o tratamento diferenciado e favorecido às micros e pequenas empresas, não observando os princípios do parcelamento, da proporcionalidade, da livre concorrência e da função social da propriedade, (Artigos 170 e 179 da CF), bem como o direito à liberdade de exercício da profissão e da atividade econômica (Artigo 5º, XIII, da CF)".

Em relação às supostas inconstitucionalidades alegadas, é vedado ao julgador administrativo negar aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade. O tema é pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo, nos termos da Súmula CARF nº. 02:

Súmula CARF nº. 02: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de Lei Tributária”.

A autoridade administrativa é vinculada à legalidade estrita, seja nos termos da Lei 8.112 de 1990, em seu artigo 116, III, como bem assinalou a decisão recorrida, seja pelo artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

Assim, a partir do momento em que a norma é inserida em nosso sistema legislativo, é obrigação da autoridade administrativa a sua aplicação, não cabendo ao julgador administrativo expressar seu juízo de valor por eventuais injustiças que esta norma tenha causado, papel este incumbido aos tribunais competentes.

A hipótese colocada, sem dúvida alguma, configura aquela a situação prevista na Súmula acima mencionada, desta forma, entendo que a decisão recorrida não merece ser reformada quanto ao ponto alegado pela recorrente.

Quanto ao pedido de sustentação oral de suas razões de defesa, a recorrente deverá seguir o § 2º, do art. 61-A, do RICARF - Regimento Interno do Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais, que dispõe da forma e do momento oportuno para tal,
verbis:

§ 2º (...) eventual sustentação oral estará condicionada a requerimento prévio, apresentado em até 5 (cinco) dias da publicação da pauta, (...). (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni