



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

Processo n° 10640.722693/2012-55
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.282 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 18 de janeiro de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente SILVA EMPREITEIRA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO.

Se não elididos, no prazo limite, a pendência impeditiva de ingresso na sistemática do Simples Nacional, de atividade vedada, mantém-se o Termo de Indeferimento da Opção, ainda que se trate de atividade secundária ou não a exerça.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(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 2ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Juiz de Fora (MG), mediante o Acórdão nº 09-53.626, de 13/08/2014 (e-fls. 20/23), objetivando a reforma do referido julgado.

Consta no CNPJ, à e-fl. 13, a data de abertura em 08/05/2012.

Em 26/06/2012, na condição de empresa em início de atividade, a recorrente efetuou a opção ao ingresso na sistemática do Simples Nacional, opção esta que produz efeitos desde a respectiva data de abertura constante do CNPJ, em conformidade com o disposto na Resolução CGSN nº 94/2011 então em vigor.

Em 10/07/2012, a opção foi indeferida, mediante o “Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional” (e-fl. 5), sob o fundamento de que a pessoa jurídica incorreu, naquele momento, na seguinte situação impeditiva: Atividade econômica vedada: 4399-1/01 - Administração de obras.

A interessada apresentou manifestação de inconformidade contra o indeferimento da sua opção pelo Simples Nacional, argumentando que *"tratou-se de equívoco de preenchimento no cadastro da Receita Federal, qual, seja Coleta Web"* pois *"a referida atividade vedada, não integra o objeto social da empresa"*, tendo em vista que *"Conforme Contrato Social anexado, o objeto social é prestação de serviços de execução de obras de edificações por empreitada ou subempreitada de construção civil"* e que na *"alteração do CNPJ [...], não consta mais a atividade vedada como atribuição da empresa de forma secundária..."*.

A DRJ considerou procedente o Termo de Indeferimento de Opção ao Simples Nacional, cujos excertos da sua fundamentação são transcritos a seguir: (grifos não constam do original)

A seu turno, a contribuinte solicitou a opção ao ingresso no SN em 26/06/2012, dentro do prazo de 30 (trinta) dias após a data do deferimento da última inscrição, ocorrida em 22/06/2012.

E o fez na condição de empresa em início de atividade, em conformidade com o disposto no § 5º do art. 6º da Resolução CGSN nº 94/2011 então em vigor.

Na condição acima, portanto, a contribuinte deveria ter regularizado eventual pendência impeditiva ao ingresso no SN até 21/06/2012.

Enfim, não houve tentativa de excluir aquela atividade vedada do objeto de seu contrato social tempestivamente, com as formalidades contidas na legislação de regência da matéria, além do que a atividade vedada encontrava-se no CNPJ até a data de 16/07/2014.

Por fim, o relator do julgado de primeira instância, coloca a imagem tela de consulta ao sistema CNPJ, realizada em 16/07/2014, para comprovar que a empresa continuava com a CNAE FISCAL vedada até aquela data.

O acórdão foi proferido com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 26/06/2012

*OPÇÃO. PENDÊNCIA CADASTRAL. NÃO REGULARIZAÇÃO.
INDEFERIMENTO DA SOLICITAÇÃO.*

*Não comprovada a regularização da pendência cadastral, há
que se manter o indeferimento da solicitação da opção.*

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Ciente da decisão de primeira instância em 25/08/2014, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 24, a Recorrente apresentou recurso voluntário em 11/09/2014 (e-fls. 26/42), conforme Termo de Solicitação de Juntada à e-fl. 26.

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.

Gira a lide sobre o indeferimento do pedido de inclusão no Simples Nacional, em virtude de possuir atividade econômica vedada em seu objetivo social. A base legal do indeferimento foi o inciso XI do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, que assim dispôs:

Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

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

[...]

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios; (Revogado pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014) (efeitos: de 01/07/2007 a 31/12/2014)

Por sua vez, mediante a Resolução CGSN nº 94/2011, o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN), assim dispôs sobre a forma de ingresso no regime especial e a utilização do código CNAE para verificação quanto à atividade da contribuinte, nestes termos:

DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

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)

§ 2º Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

I- regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo; (grifos não pertencem ao original)

II - efetuar o cancelamento da solicitação de opção, salvo se o pedido já houver sido deferido. (grifei.)

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica às empresas em início de atividade. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

(...)

§ 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;

II - após a formalização da opção, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) disponibilizará aos Estados, Distrito Federal e Municípios a relação dos contribuintes para verificação da regularidade da inscrição municipal ou, quando exigível, da estadual;

III - os entes federados deverão efetuar a comunicação à RFB sobre a regularidade na inscrição municipal ou, quando exigível, na estadual:

(...)

IV - confirmada a regularidade na inscrição municipal ou, quando exigível, na estadual, ou ultrapassado o prazo a que se

refere o inciso III, sem manifestação por parte do ente federado, a opção será deferida, observadas as demais disposições relativas à vedação para ingresso no Simples Nacional e o disposto no § 7º;

V - a opção produzirá efeitos desde a respectiva data de abertura constante do CNPJ, salvo se o ente federado considerar inválidas as informações prestadas pela ME ou EPP nos cadastros estadual e municipal, hipótese em que a opção será considerada indeferida.

(...)

§ 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)

(...)

Art. 8º Serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se a ME ou EPP atende aos requisitos pertinentes. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º O Anexo VI relaciona os códigos da CNAE impeditivos ao Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 2º O Anexo VII relaciona os códigos ambíguos da CNAE, ou seja, os que abrangem concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 3º A ME ou EPP que exerça atividade econômica cujo código da CNAE seja considerado ambíguo poderá efetuar a opção de acordo com o art. 6º, se: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

I - exercer tão-somente as atividades permitidas no Simples Nacional, e;

II - prestar a declaração que ateste o disposto no inciso I.

§ 4º Na hipótese de alteração da relação de códigos impeditivos ou ambíguos, serão observadas as seguintes regras: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

I - se determinada atividade econômica deixar de ser considerada como impeditiva ao Simples Nacional, a ME ou EPP que exerça essa atividade passará a poder optar por esse regime de tributação a partir do ano-calendário seguinte ao da alteração desse código, desde que não incorra em nenhuma das vedações do art. 15;

II - se determinada atividade econômica passar a ser considerada impeditiva ao Simples Nacional, a ME ou EPP optante que exerça essa atividade deverá efetuar a sua exclusão obrigatória, porém com efeitos para o ano-calendário subsequente.

No recurso interposto, a recorrente reitera os argumentos apresentados na Câmara baixa, ou seja, em síntese, que tratou-se de equívoco de preenchimento no cadastro da receita federal, que a referida atividade vedada não integra o objeto social da empresa e que *"para a regularização da pendência não foi necessário alteração do contrato social, conforme documento juntado" ... "documento este emitido em 08/08/2012"*.

Alega que a fundamentação do acórdão recorrido é totalmente contraditória, pois *"consta a informação de que o contribuinte solicitou a opção de ingresso no SN 26/06/2012 dentro do prazo de 30 (trinta) dias após o deferimento da última inscrição ocorrida em 22/06/2012" ... e "que o contribuinte deveria ter regularizado eventual pendência impeditiva ao ingresso no SN até 21/06/2012"*

Da análise dos documentos constantes dos autos e demais esclarecimentos e considerações feitas tanto pela própria recorrente quanto pelo julgador de primeira instância, extrai-se que a empresa efetuou a opção ao ingresso na sistemática do Simples Nacional na condição de empresa em início de atividade.

O julgador afirmou que a empresa encontrava-se dentro do prazo de 30 (trinta) dias após a data do deferimento da última inscrição, ocorrida em 22/06/2012, sendo esta mesma data como limite para regularização da pendência.

Porém, de acordo com o disposto no inciso I, do § 5º, do art. 6º, da Resolução CGSN nº 94/2011, transcrito acima, o limite de 30 (trinta) dias para a recorrente promover a regularização, da última inscrição, seria na verdade no dia **21/07/2012**. Quanto a informação da data limite de 21/06/2012, apontada pelo julgado de primeira instância, tudo indica que houve um erro material na grafia, mas em nada invalida a decisão.

Quanto à informação do julgador de que *"a atividade vedada encontrava-se no CNPJ até a data de 16/07/2014"*, a tela exposta no acórdão não serve para comprovar a afirmação, visto que a mesma somente mostra a atividade principal e a atividade vedada estava registrada no CNPJ como atividade secundária.

Não obstante estas informações, questionadas pela recorrente, a mesma alega no recurso voluntário que efetuou a alteração do CNAE, anexando como prova o CNPJ, emitido pela internet, na data de **08/08/2012**, no qual não mais consta a atividade vedada.

Porém, por este documento, constata-se que a recorrente não comprovou que a alteração foi realizada no prazo limite, assim como não foi trazido aos autos qualquer prova de preenchimento do CNAE por engano, conforme as alegações iniciais.

É de suma importância observar que as presunções *"juris tantum"*, muito embora admitam prova em contrário, dispensam do ônus da prova aquele a favor de quem se estabeleceram, cabendo ao sujeito passivo, no caso, a produção de provas em contrário, no sentido de ilidi-las.

A jurisprudência administrativa é mansa e pacífica no tocante à necessidade de provas concretas com o fito de se elidir a tributação erigida por lançamento. À Fazenda Pública cabe tornar evidente o fato constitutivo do seu direito. Cabe ao litigante provar os fatos modificativos ou extintivos desse direito.

Cumpre reproduzir aqui o disposto no art. 16, III e § 4º do Decreto nº 70.235, de 1972:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

*III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e **provas** que possuir;*

(...)

*§ 4º A prova documental será apresentada na **impugnação**, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:*

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”

Não comprovada as alegações do sujeito passivo, tem a autoridade fiscal o poder/dever de efetuar o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância da legislação.

A autoridade lançadora não deve nem pode fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento. O lançamento tributário é rigidamente regrado pela lei, ou, no dizer do art. 3º do CTN, é “atividade administrativa plenamente vinculada”. Conforme o art. 142 do CTN, ocorrido o fato gerador a autoridade fiscal deve constituir o crédito tributário, calculando a exigência de acordo com a lei vigente à época do fato, não tendo repercussão a atual situação econômico-financeira do sujeito passivo.

Quanto à alegação de que era uma atividade secundária, não disposta no contrato social e que não a exercia, está bem claro no Perguntas e Respostas do Simples Nacional, coletânea de diversas orientações do Comitê Gestor do Simples Nacional, que se a empresa estiver inscrita no CNPJ, com CNAE de alguma atividade vedada, constante do Anexo VI da Resolução nº 94, de 2011, mesmo que não a exerça, estará impedida de optar por esse sistema diferenciado de tributação: (grifos não constam do original)

2.5. SE CONSTAR DO CONTRATO SOCIAL ALGUMA ATIVIDADE IMPEDITIVA À OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL, AINDA QUE NÃO VENHA A EXERCÊ-LA, TAL FATO É MOTIVO DE IMPEDIMENTO À OPÇÃO?

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 2011,

seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que não exerça tal atividade.

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo VII da Resolução CGSN nº 94, de 2011, seu ingresso no Simples Nacional será permitido, desde que declare, no momento da opção, que exerce apenas atividades permitidas.

De outra parte, também estará impedida de optar pelo Simples Nacional a pessoa jurídica que obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante, ainda que não prevista no contrato social (ver Pergunta 2.2).

2.6. A ME OU A EPP INSCRITA NO CNPJ COM CÓDIGO CNAE CORRESPONDENTE A UMA ATIVIDADE ECONÔMICA SECUNDÁRIA VEDADA PODE OPTAR PELO SIMPLES NACIONAL?

Não. A Lei Complementar nº 123, de 2006, prevê que o exercício de algumas atividades impede a opção pelo Simples Nacional. Elas correspondem a códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) estabelecidas por uma Comissão do IBGE. Os códigos CNAE impeditivos ao Simples Nacional estão listados no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 2011, e os códigos CNAE que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas (CNAE ambíguas) constam do Anexo VII da mesma Resolução - ver Pergunta 2.5. O exercício de qualquer dessas atividades pela ME ou EPP impede a opção pelo Simples Nacional, bem como a sua permanência no Regime, independentemente de essa atividade econômica ser considerada principal ou secundária.

Por todo o exposto, face à comprovada existência de atividade econômica vedada na data limite para a opção, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário mantendo-se o indeferimento da opção pelo Simples Nacional.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni