



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

Processo n° 10786.000016/2011-47
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.395 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 06 de março de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL - INDEFERIMENTO DA OPÇÃO
Recorrente J BARRENI COMERCIO DE INFORMATICA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

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 I da Resolução CGSN n° 6, de 2007, fica impedida de opção de ingresso, 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 Belém (PA), mediante o Acórdão nº 01-030.024, de 11/09/2014 (e-fls. 142/145), objetivando a reforma do referido julgado.

Em 03/01/2011, a empresa fez a opção pelo Simples Nacional, que foi indeferida, mediante o “Termo de Indeferimento da Opção”, de 15/02/2011 (e-fl. 19), sob o fundamento de que a pessoa jurídica incorreu, naquele momento, na seguinte situação impeditiva: Atividade econômica vedada: CNAE 4617-6/00 - Representantes comerciais e agentes do comércio de produtos alimentícios, bebidas e fumo.

O interessado apresentou manifestação de inconformidade alegando que "*regularizou a pendência de atividade econômica vedada em 26/01/2011 conforme recibo protocolado na Recepção da agencia local sob o n. 17.55.33.43.61*".

A DRJ considerou improcedente a manifestação de inconformidade em virtude de a empresa não ter regularizado dentro do prazo e publicou acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

Inclusão no Simples - Impossibilidade - Existência de Atividade Econômica Vedada

Comprovada a existência de atividade vedada, ocorre a impossibilidade de inclusão no Simples.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Ciente da decisão de primeira instância em 26/09/2014, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 154, a recorrente apresentou recurso voluntário em 17/10/2014 (e-fl. 156/157), conforme carimbo de recepção à e-fl. 156.

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 por atividade econômica vedada foi o inciso XI, do art. 17, da Lei Complementar 123/2006, *verbis*:

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)

Nesse particular, mediante o art 7º, da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN), assim dispôs sobre a forma de ingresso no regime especial: (grifos não constam do original)

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 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 § 3º deste artigo e observado o disposto no § 3º do art. 21.

§ 1º-A Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

1 - regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo; (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

No recurso interposto, a recorrente apresenta os seguintes argumentos, *verbis*:

1- Que na prática, a empresa nunca exerceu a atividade CNAE 4617-6/00 (Representantes comerciais e agentes do comércio de produtos alimentícios, bebidas e fumo), uma vez que nossa atividade estava relacionada a artigos de informática.

2. Que de fato, no Requerimento de Empresário constava a atividade vedada, mesmo sem que a empresa exercesse. No entanto, a mesma foi removida do quadro de atividades mediante alteração na Junta Comercial do Estado de Rondônia, promovida através de alteração em seu Requerimento de Empresário na data de 30/07/2010, conforme cópia autenticada em anexo.

3- Como a sistemática do processo de alteração das empresas exige que o DBE seja enviado a Junta Comercial juntamente com o Requerimento de Empresário, deduzimos que possa ter ocorrido algum erro de sistema, no qual a Junta Comercial efetuou alteração no Requerimento de Empresário e não à fez no sistema da Receita Federal

Como se observa, a recorrente basicamente reitera os argumentos trazidos em sede de impugnação, ou seja, que regularizou a pendência de atividade econômica vedada.

Cabe ressaltar que não houve anexação de nenhum documento, somente quando da apresentação da manifestação de inconformidade.

Este argumento foi fundamentadamente afastado em primeira instância, pelo que peço vênia para transcrever o excerto a seguir do voto condutor do acórdão recorrido, adotando-o desde já como razões de decidir, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, completando-o ao final:

8. (...) encontra-se a consulta ao sistema CNPJ, fl.17, efetuada no dia 16/04/2011, em que está relacionada entre as atividades secundárias da empresa, o CNAE 4617-6-00, sendo este exatamente o que a impediu de ingressar no SIMPLES.

9. A resposta da diligência contida no RELATÓRIO DE DILIGÊNCIA FISCAL da SAORT – SEÇÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA, da DRF/PORTO VELHO, fl.131/132, esclarece o seguinte:

Pelos registros das alterações no CNPJ do contribuinte perante a RFB, a atividade econômica sob o CNAE 4617-6/00 foi incluída em 27/05/2009 e excluída em 31/05/2011, permanecendo durante esse período sempre entre as atividades econômicas informadas à RFB por meio de DBE.

(omissis)

11. Como a alteração que retirou a atividade vedada somente foi efetuada após o prazo limite para regularização, seja este 31/01/2011, não assiste razão ao contribuinte em seu pleito.

Quanto à alegação: "*deduzimos que possa ter ocorrido algum erro de sistema*", percebe-se que o mesmo foi citado como especulação, pois não foi trazido qualquer prova aos autos.

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.

Cumprido 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 possui;*

.....

*§ 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.

Por fim, quanto à alegação de que nunca explorou a atividade, está bem claro no Perguntas e Respostas do Simples Nacional, coletânea de diversas orientações do Comitê Gestor do Simples Nacional, que se houver no contrato social da empresa alguma atividade impeditiva, constante do Anexo I da Resolução CGSN nº 6 de 2007, mesmo que não a exerça, estará impedida de optar: (grifos não constam do original)

2.4. AS MICROEMPRESAS (ME) E AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) QUE EXERÇAM ATIVIDADES DIVERSIFICADAS, SENDO APENAS UMA DELAS VEDADA E DE POUCA REPRESENTATIVIDADE NO TOTAL DAS RECEITAS, PODEM OPTAR PELO SIMPLES NACIONAL?

Não poderão optar pelo Simples Nacional as ME e as EPP que, embora exerçam diversas atividades permitidas, também exerçam pelo menos uma atividade vedada, independentemente da relevância da atividade impeditiva.

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 Á OPÇÃO?

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 2007, seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que não exerça tal atividade.

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo II da Resolução CGSN nº 6, de 2007, seu ingresso no Simples Nacional será permitido, desde que não exerça tal atividade e declare, no momento da opção, esta condição.

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 2.4).

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. Essas atividades impeditivas estão listadas no Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 2007. 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.

Assim, como a contribuinte tinha até o último dia de janeiro de 2011 para regularizar as pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional e não o fez dentro deste prazo, há que se manter o indeferimento da Opção pelo Simples Nacional.

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