



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

Processo n° 10945.001070/2008-34
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.426 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 3 de abril de 2018
Matéria INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL
Recorrente CONSTRUTORA MONTANA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL
ANO-CALENDÁRIO 2008

A empresa que regulariza as pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional e pretenda ingressar nesse regime, deve formalizar nova opção dentro do prazo previsto no § 10 do art. 7º da Resolução CGSN nº04, de 30/05/2007.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada no recurso e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e José Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário contra o acórdão, número 06-33.821, da 7ª Turma da DRJ/CTA, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, face à existência de atividade econômica

vedada (administração de obras) consoante o artigo 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

A ora recorrente apresentou uma impugnação ao referido termo. cuja decisão da DRJ foi contrária à manifestação de inconformidade, a qual reproduzo o voto:

Voto

Nacional. Com todo respeito à afirmação da requerente, essa alegação não pode ser acatada, pois não há nada no presente processo que comprove a ocorrência da referida orientação.

Ao contrario, o que ha nos autos são elementos que demonstram que o contribuinte tinha plena ciência da necessidade de efetuar nova solicitação de opção após a regularização das pendências inicialmente detectadas. Senão vejamos.

Nas observações finais do Acompanhamento do Resultado da Solicitação de Opção (fls. 31), existe a seguinte orientação:

"Na hipótese de existirem pendências" cadastrais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a pessoa jurídica deverá, após a regularização dessas pendências, se for do seu interesse ingressar no Simples Nacional, obrigatoriamente formalizar novamente sua opção pelo Simples Nacional até as 20 horas (horário de Brasília) do dia 31/01/2008. A não formalização da opção pelo Simples Nacional no prazo previsto implicará o não ingresso da pessoa jurídica neste regime" A atividade econômica constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da empresa interessada foi alterada no início do ano-calendário de 2008, deixando de ser "CNAE 4399-1/01 — administração de obras" e passando a ser "CNAE 4120-4/00 — construção de edifícios". Essa alteração foi efetivada nos sistemas da Receita Federal em 08/01/2008, em face de solicitação formulada pela empresa em 07/01/2008 (cf. consulta impressa às lis. 35).

A atividade econômica que passou a constar no CNPJ da empresa não representa óbice ao ingresso no Simples Nacional, pois não está prevista em nenhum dos anexos da Resolução CGSN nº 6, de 18/06/2007. Assim, ao menos em tese, a pendência relativa à atividade econômica restou regularizada pela empresa interessada.

Entretanto, conforme bem observou a autoridade fiscal que apreciou o pedido na Delegacia da Receita Federal de origem (fls. 37 a 39), à empresa interessada não efetuou nova solicitação de opção pelo Simples Nacional dentro do prazo previsto no art. 7, § 1, da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007.

A interessada alega que recebeu orientação do CAC da Delegacia da Receita Federal de Foz do Iguaçu no sentido de que não seria necessário efetuar nova solicitação de opção pelo Simples

O Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional (fls. 14), por sua vez, contém orientação semelhante em suas parte final:

"Caso a(s) pendência(s) acima relacionada(s) seja(in) regularizada(s) no período de 01/01/2008 a 31/01/2008, a pessoa jurídica deveria se for do seu interesse ingressar no Simples Nacional, formalizar nova opção até às 20 horas (horário de Brasília) do dia 31 de janeiro de 2008. A não solicitação da opção pelo Simples Nacional no prazo previsto implicará o não ingresso da pessoa jurídica neste regime."

Alem disso, é de se destacar que no presente caso a empresa interessada teve um lapso de tempo bem razoável para solicitar novamente a opção por meio do Portal do Simples Nacional na internet, pois sua alteração cadastral (mudança de CNAE) foi implementada pela Receita Federal no dia 08/01/2008 e o prazo para a opção era até o dia 31/01/2008.

Nesse contexto, realmente não é justificável acatar o pedido de inclusão no Simples Nacional sem que a empresa interessada tenha efetuado nova solicitação de opção no prazo previsto no art. 7º, § 1º, da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007.

Em relação à alegação de que pendências cadastrais não seriam fato impeditivo ao ingresso no Simples Nacional, cabe apenas esclarecer que, no presente caso, o que realmente impediu o ingresso da interessada no regime por meio da solicitação de opção inicialmente efetuada não foi a pendência cadastral em si, mas sim o fato que a referida pendência representava, qual seja, o exercício de atividade vedada, que configura impedimento ao ingresso no Simples Nacional em face da previsão expressa contida no art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Ante o exposto, voto no sentido de considerar improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo o indeferimento do pedido de inclusão no Simples Nacional relativo ao ano-calendário de 2008.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo, que apresenta os pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu conheço.

A Recorrente, em sede de preliminar argumenta, em seu Recurso, que teve o indeferimento de seu pedido de inclusão em 02/01/2008, e que o seu direito constitucional da ampla defesa (e do contraditório) foi ferido (artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal – CF).

A seguir, argumenta:

Em sede de preliminar, temos que o direito constitucional da ampla defesa foi ferido, uma vez que houve o indeferimento do pedido de inclusão no simples nacional, realizado em 02/01/2008, sem que houvesse o contraditório e a ampla defesa (Artigo 5º, inciso LV da CF).

Conforme pode ser verificado nos autos, a decisão administrativa (via sistema eletrônico) que indeferiu o enquadramento da recorrente no simples nacional não permitiu o contraditório e a ampla defesa, sendo nula de pleno direito.

Interessante à decisão abaixo transcrita:

Voto 24.609

Apelação Cível nº 0135308.67.2008.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Apte: SUELY MARIA DE PAULA SANTOS

Adv: SECRETARIO DA SAUDE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de apelação (fls. 97/105), interposta de sentença (fls.87/88), cujo relatório se adota, proferida em mandado de segurança, no qual se busca invalidar o ato que deixou de conhecer da fundamentação e motivação de seu recurso administrativo, julgando-a improcedente.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls.106), respondido a fls.107/110.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça de fls. 115 que, não se manifestou.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Como se observa da decisão de fls. 22 que acolheu singelamente a conclusão da comissão processante, padece, realmente do vício apontado de se dificultar a defesa e do contraditório, por não possibilitar à recorrente a motivação necessária para que ela soubesse porque lhe foi aplicada a pena. Evidente que a impetrante sofreu ofensa à garantia do inciso LV do caput do artigo 5º da Constituição da República.

Deve seu recurso administrativo ser conhecido e fundamentado para que a apelante conheça dos motivos que justificaram a sua punição.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS

Relator

No pedido de inscrição ao simples nacional, o indeferimento do pedido de 02/01/2008, sem o contraditório, fere a Constituição Federal, e deve ser declarado nulo o ato administrativo.

No mérito, a Recorrente argumentou, em síntese, que:

- O indeferimento decorreu de pedido efetuado fora do prazo, desconsiderando a autoridade o pedido apresentado em 02/01/2008;
- Havia sido impedida por constar atividade vedada, em seu contrato social, mesmo não a exercendo;
- Alterou o contrato social, embora entendesse ser desnecessário, já que não exercia a atividade vedada;
- Recebeu a orientação do CAC, de Foz do Iguaçu, que não havia a necessidade de efetuar um novo pedido;
- A justiça já se manifestou sobre as matérias argüidas (decisões do TRF da 4ª Região):

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. ADESÃO. OPÇÃO PRAZO. ART. 7º, § 6º DA RESOLUÇÃO CGSN 04/2007. DEMORA NO PROCESSO DE CONCESSÃO DE ALVARÁ PELO MUNICÍPIO. ANÁLISE DO PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. A teor do disposto no artigo 7º, § 6º, da Resolução CGSN 04/2007, a microempresa ou a empresa de pequeno porte não poderia 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. Contudo, considerando que a demora na formulação do pedido decorreu do longo processo administrativo a que submetida a impetrante, para a obtenção de alvará junto ao Município, é desarrazoado indeferi-lo em função de um atraso ao qual não deu causa. Inexistindo elementos probatórios suficientes para a apreciação do direito da impetrante à inclusão no Simples Nacional, tal análise deverá ser realizada na via administrativa, restringindo-se a concessão de segurança a impedir que o atraso na formulação do pedido sirva de obstáculo à adesão pretendida. (TRF 4ª R.; APL-RN 2008.70.00.010465-7; PR; Primeira Turma; Relª Juíza Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha; Julg. 16/12/2009; DEJF 20/01/2010; Pág. 286) (grifos nosso)

TRIBUTÁRIO. INDEFERIMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE CADASTRAL. ILEGALIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Somente a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do art. 41 da LC 123/2006, responde pelas demandas em que se almeja a desconsideração das pendências fiscais da empresa interessada como restrição ao ingresso no Simples Nacional, o que não se confunde com o pleito de regularização daquelas. 2. A Lei Complementar n.º 123/2006 contém regra expressa no sentido da impossibilidade de enquadramento no Simples Nacional de empresas com débitos para com os fiscos federal, estadual e municipal, exceto quando os créditos tributários estiverem com a exigibilidade suspensa (artigo 17, V), o que é o caso dos autos. 3. A vedação erigida no art. 17 da LC 123/06 não arrola a restrição cadastral, ainda que pertinente à inscrição municipal ou estadual, entre as hipóteses impeditivas ao ingresso no sistema simplificado. (TRF 4ª R.; Ap-RN 2007.70.00.024512-1; PR; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Joel Ilan Paciornik; Julg. 16/12/2009; DEJF 13/01/2010; Pág. 244) (grifo nosso)

- Afirma que a restrição cadastral não é matéria impeditiva à opção pelo Simples Nacional;
- Já havia a opção efetuada em 02/01/2008 e que o indeferimento sem o contraditório e a ampla defesa trouxe prejuízo à recorrente pois ela poderia demonstrar que não exercia as atividades descritas em seu contrato social; e

- Por último, requer que a recorrente seja incluída no Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2008.

Em primeiro lugar, há que se rejeitar a preliminar, pois o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional (TI) é bastante claro nas razões que lhe deu causa, indicando declaradamente as normas infringidas e quais as providências a serem tomadas pelo contribuinte para saná-las.

Quanto à atividade ser secundária ou não ter sido exercida, 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, mesmo que não a exerça, estará impedida de optar.

Ao ter o seu pedido indeferido, deveria a recorrente regularizar a pendência (como o fez) e novamente acessar o sistema para exercer sua opção, nos termos do artigo 7º, da Resolução CGSN 4/2007, afinal o pedido original havia sido indeferido e, portanto, para o seu ingresso no sistema, necessariamente, deveria novamente formalizar a sua opção. Esta informação, inclusive, consta, como bem dito pela DRJ, em seu acórdão, no próprio TI, como segue:

Estabelecimento CNPJ: 07.332./48/0001-07

- Atividade econômica vedada 0399-1/01)

Administração de obras

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso XI.

A pessoa jurídica poderá impugnar o indeferimento da opção pelo Simples Nacional no prazo de trinta dias contados da data em que for feita a intimação deste Termo. A impugnação deverá ser dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento com jurisdição sobre o domicílio tributário do contribuinte e protocolizada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Considera-se feita a Intimação 15 dias contados da data do registro deste Termo. (Decreto nº70.235, de 6 de março de 1972, arts. 5º, 15, 17 e 23, § 2º, III. "V).

*Caso a(s) pendência(s) acima relacionada(s) seja(m) regularizada(s) no período de 01/01/2008 a 31/01/2008, a pessoa jurídica deverá, se for de seu interesse Ingressar no Simples Nacional, **formalizar nova opção até as 20 horas (horário de Brasília) do dia 31 de janeiro de 2008.***

A não solicitação da opção pelo Simples Nacional no prazo previsto implicará o não ingresso da pessoa jurídica neste regime.(grifei).

Portanto, voto por rejeitar a preliminar para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, sem crédito em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva