



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

Processo nº 11080.100608/2007-91
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1302-001.125 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2013
Matéria Simples Nacional- Inclusão retroativa
Embargante GOMES REGISTROS EMPRESARIAIS LTDA ME
Interessado GOMES REGISTROS EMPRESARIAIS LTDA ME

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E OBSCURIDADE.

Sendo omissa e/ou obscuro o acórdão embargado sobre ponto que deveria se pronunciar, acolhem-se os embargos interpostos.

SIMPLES NACIONAL. PEDIDO DE INCLUSÃO RETROATIVA. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. ANULAÇÃO DO DESPACHO DECISÓRIO.

Deve ser anulado o Despacho Decisório proferido pela autoridade administrativa dada a ausência de fundamentação quanto aos motivos impeditivos da migração da interessada para o Simples Nacional, que prejudicou o exercício do seu direito ao contraditório e ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em acolher os embargos, para, dando-lhes efeitos infringentes, anular os atos processuais praticados após o despacho decisório da DRF/POA, de fls.32/33, inclusive, nos termos do relatório e voto proferidos pelo relator.

.(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator.

Processo nº 11080.100608/2007-91
Acórdão n.º **1302-001.125**

S1-C3T2
Fl. 136

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Andrade, Alberto Pinto Silva Junior, Márcio Rodrigo Frizzo, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Guilherme Pollastri Gomes da Silva. Ausência momentânea: Cristiane Silva Costa.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos por GOMES REGISTROS EMPRESARIAIS LTDA - ME, em face do Acórdão nº 1302-00.755 proferido por esta 2ª. Turma Ordinária da 3ª. Câmara, em 19/10/2011, com a seguinte ementa:

SIMPLES NACIONAL – NÃO INCLUSÃO – CONDIÇÃO PROIBITIVA Nos termos da Lei Complementar 123/06, para que a empresa possa optar pelo SIMPLES deve atender a todas as condições precedentes. O exercício de atividade vedada implica impossibilidade de optar pelo SIMPLES. A contribuinte não logrou comprovar que não exercia tal atividade vedada em 2007.

O colegiado negou provimento ao recurso voluntário, por unanimidade de votos.

Cientificada em 23/03/2012, a interessada, com base no art. 65 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF. 256/2009, opôs embargos de declaração em 30/03/2012, sustentando que ao negar provimento ao recurso voluntário, o acórdão omissão, contradição e obscuridade, uma vez que:

- i)* se omite ao não apreciar à causa impeditiva apresentada pela Secretaria da Receita Federal à época das tentativas de inscrição da Recorrente no Simples Nacional de 2007, qual seja, "Titular ou Sócio participante de empresa(s) cuja receita bruta global ultrapassa limite conforme inciso II do artigo 3º da LC 123/2006 CPF (667.030-20).", e
- ii)* verifica-se obscura e contraditória ao reconhecer que a Recorrente tentou fazer duas vezes a sua opção pelo Simples Nacional até 20/08/2007, ou seja, tempestivamente, todavia, não conseguiu pois deveria comprovar que não exercia as atividades no período de vigência do Simples Nacional.
- iii)* se contradiz ao afirmar que a Recorrente deveria comprovar que não exercia atividade vedada a sua inscrição no Simples Nacional no período de 01/07/2007 a 18/07/2007 e no parágrafo seguinte afirmar que essa comprovação deveria se dar desde 01/01/2007;

Ao final, a embargante requer que sejam reconhecidas as omissões e contradições apontadas e que seja reformado o acórdão, para determinar a inclusão retroativa da empresa no Simples Nacional desde 01 de julho de 2007.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Os embargos interpostos são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade previsto no art. 65 do RICARF, assim, deles tomo conhecimento.

Alega a interessada que o acórdão embargado incorreu em omissão, obscuridade e contradições que necessitam serem sanadas.

A primeira questão refere-se à não apreciação da causa impeditiva apresentada pela Secretaria da Receita Federal à época da tentativa de inscrição no Simples Nacional de 2007: Titular ou sócio participante de empresa(s) cuja receita bruta global ultrapassa limite conforme inc. II do artigo 3º da LC 123/2006 (CPF 667.030-20 – [sic]).

A segunda alegação é de que o acórdão incorreu em obscuridade e contradição ao reconhecer que a interessada tentou por duas vezes fazer a sua inclusão no Simples Nacional até 20/08/2007, ou seja, tempestivamente, todavia não conseguiu pois deveria comprovar que não exercia as atividades vedadas no período de vigência do Simples Nacional.

Alega ainda contradição no ponto que trata do exercício de atividade vedada.

Analiso primeiramente essas duas alegações iniciais.

Verifico que, de fato, o acórdão embargado não aprecia a questão relacionada ao suposto motivo que inicialmente teria impossibilitado a opção pelo Simples Nacional por parte da recorrente, qual seja: Titular ou sócio participante de empresa(s) cuja receita bruta global ultrapassa limite conforme inc. II do artigo 3º da LC 123/2006.

A decisão embargada abandonou a causa primária do impedimento da opção pelo Simples e analisou unicamente a questão relativa à suposta realização de atividade vedada por parte da interessada, ora embargante, concluindo que esta não se desincumbiu de provar que não exercia tal atividade vedada.

Com a devida vênia tal questão foi aventada, inicialmente, pela própria interessada ao mencionar as dificuldades encontradas para alterar o seu código de atividade (CNAE) no CNPJ, mas não se afigura, em princípio, como o motivo que impediu a sua migração automática do Simples Federal para o Simples Nacional em julho de 2007.

Assim, impõe-se apreciar esta questão.

Todavia, antes de fazê-lo julgo oportuno abordar o segundo ponto dos embargos.

Embora a relatora do acórdão embargado tenha reconhecido que a embargante tentou por duas vezes realizar a sua opção pelo Simples Nacional, antes do prazo final (20/08/2007), não enxergou qualquer consequência desse fato na solução da controvérsia,

desviando o foco unicamente para a falta de comprovação, por parte da interessada, de que não exercia atividade vedada.

Peço vênia, mais uma vez para reconhecer que a decisão embargada revela-se obscura e mesmo omissa neste ponto, pois não concluiu a análise da alegação da interessada e desviou a discussão para outro ponto.

Com efeito, examinando o Despacho Decisório (fls. 32/33), verifica-se que a autoridade administrativa ao analisar o pedido de inclusão retroativa no Simples Nacional, assim se pronunciou:

Relatório

Trata o presente processo de solicitação do contribuinte (fls. 01 e 02) para inclusão retroativa no SIMPLES NACIONAL a partir da data de 01/07/2007, com a alegação de que por diversas oportunidades tentou atualizar seu CNAE perante o cadastro CNPJ, recebendo de volta a mensagem de que "titular ou sócio participante da empresa cuja receita bruta global ultrapassa limite conforme inciso II do artigo 3º da LC 123/2006". Informa ainda que essa informação não procede, relacionando as receitas das empresas cujos sócios participam.

Em consulta ao histórico do contribuinte no Simples Nacional (fl. 30), constata-se que o contribuinte **não** efetuou solicitação de opção em 2007. Verifica-se apenas uma opção em 16/01/2008, deferida posteriormente, por ter resolvido as pendências dentro do prazo.

De acordo com o sistema CNPJ, o contribuinte alterou sua atividade econômica a partir de 31/07/2007 (fl. 31), passando a constar o código CNAE 8219-9/99 – Preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo.

Fundamentação

A Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 04, de 2007, dispôs sobre a opção pelo SIMPLES NACIONAL:

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

(...)

Art. 17. Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2007, a opção a que se refere o art. 7º poderá ser realizada do primeiro dia útil de julho de 2007 até 20 de agosto de 2007, produzindo efeitos a partir de 1º de julho de 2007." (Redação dada pela Resolução CGSN nº 19, de 13 de agosto de 2007)

(...)

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)"

No presente caso o contribuinte deveria ter manifestado sua intenção de ser incluído no Simples Nacional solicitando a opção, mas, conforme já referido, não encontramos opção efetuada pelo contribuinte para ser incluído no Simples Nacional em 2007.

De acordo com o art. 18 da Resolução CGSN nº 04, de 2007, acima transcrito, somente aqueles contribuintes não impedidos pelas vedações é que migrariam. Os demais, por consequência, se enquadram na necessidade de solicitar a opção nos termos do art. 7º já referido. (grifo cfe. original)

Assim, temos que o prazo final para opção pelo SIMPLES NACIONAL, dentro do qual o contribuinte deveria ter optado, foi 20 de agosto de 2007, conforme o art. 17 da Resolução CGSN nº 04, de 2007, acima transcrito.

Decisão

Ante o exposto, INDEFIRO a solicitação do contribuinte para inclusão retroativa no SIMPLES- NACIONAL.

Dê-se ciência, ficando ressaltado o direito do contribuinte de, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do recebimento desta, apresentar suas contra-razões aos termos desta decisão, com os motivos de fato e de direito em que se fundamentar, A. Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre.

Caso não haja manifestação de inconformidade, encaminhe-se ao Arquivo-GRA pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Pelo que se verifica do despacho decisório a autoridade administrativa não deixa claro os motivos que impediram a migração automática da interessada para o Simples Nacional, limitando-se a afirmar que esta não teria apresentado tempestivamente, ou seja até 20/08/2007, a sua solicitação de migração.

A autoridade administrativa não emitiu qualquer juízo de valor acerca do(s) impedimento(s) à migração automática da interessada para o Simples Nacional, não restando claro se o mesmo se devia ao suposto fato de existir “*Titular ou sócio participante de empresa(s) cuja receita bruta global ultrapassa limite conforme inc. II do artigo 3º da LC 123/2006*” ou se decorria da previsão de “exercício de atividade vedada” em seu objeto social.

O indeferimento do pedido de inclusão foi, portanto, fundamentado unicamente na suposta falta de manifestação da interessada para migração antes do prazo legal (20/08/2007).

Todavia, compulsando os autos verifico, no que concerne à necessidade de manifestar a opção pelo Simples Nacional, nos termos do art. 7º da Resolução CGSN nº 04, de 2007, que a interessada encaminhou solicitações, por via eletrônica, em duas oportunidades – 10/08/2007 e 13/08/2007 – antes do prazo final de 20/08 2007, conforme cópias dos termos de Opção Pelo Simples Nacional, anexados às fls. 15 e 16. Ao contrário da decisão de primeira instância, vislumbro nos documentos anexados, a inequívoca tentativa da interessada em manifestar a sua opção pelo Simples Nacional. Tais documentos sequer foram citados ou tiveram sua autenticidade refutada pelo Despacho Decisório, que simplesmente ignorou-os, limitando-se a afirmar que:

No presente caso o contribuinte deveria ter manifestado sua intenção de ser incluído no Simples Nacional solicitando a opção, mas, conforme já referido, não encontramos opção efetuada pelo contribuinte para ser incluído no Simples Nacional em 2007.

Entendo que, ante a prova apresentada pela interessada, cabia à autoridade administrativa analisá-la e afastá-la, se fosse o caso, mas esta simplesmente ignorou os documentos em sua decisão, limitando-se a analisar os dados constantes de seus próprios sistemas.

No que concerne às situações que, em tese, impediriam, a migração automática para o Simples Nacional, a interessada refutou a existência de “*Titular ou sócio participante de empresa(s) cuja receita bruta global ultrapassa limite conforme inc. II do artigo 3º da LC 123/2006*”, com a apresentação das DIPJ do ano-calendário de 2007, nas quais participa a sócia Vilma Trindade – CPF. 667.786.030-20, demonstrando que a receita total das empresas de que a mesma participa não ultrapassa o limite previsto no inc. II do art. 3º da LC. Nº 123/2006, conforme quadro apresentado em seu requerimento de fls. 01/02:

Nome da Empresa	Receita Bruta de 2006 em R\$
Gomes Registros Empresariais Ltda. CNPJ: 08.342.717/0001-23	29.798,77
Acertcon Registros e Divulgação Empresarial Ltda. CNPJ: 00.087.112/0001-21	278.423,36
Vilma Trindade Corretora de Seguros Ltda. CNPJ: 07.775.765/0001-42	6.092,55
Sidinei Gomes CNPJ: 03.151.200/0001-33	0,00
Total Global	314.314,68

A autoridade administrativa omitiu-se quanto à análise desse fato no seu despacho decisório.

No que respeita ao suposto exercício de atividade econômica vedada não há nos autos nenhuma acusação fiscal que indique qual seria tal atividade. Esta matéria foi trazida pela própria requerente que se deparou com a dificuldade de alteração de seu cadastro no CNPJ, que buscou efetivar em face da alteração de seu objeto social, por meio da 1ª Alteração e Consolidação Contratual de 18/07/2007, protocolizada para registro em 25/07/2007 (fls. 04/06).

O despacho decisório, embora mencione a alteração realizada pela interessada no código de atividade econômica no CNAE, não indica se foi tal fato que impediu a migração automática da interessada para o Simples Nacional ou se o impedimento se devia à existência de “*Titular ou sócio participante de empresa(s) cuja receita bruta global ultrapassa limite conforme inc. II do artigo 3º da LC 123/2006*”.

Ora, ante a omissão da autoridade administrativa em apontar a suposta causa impeditiva da opção pela interessada, e mais, ao não se pronunciar expressamente sobre as solicitações via eletrônica, anexadas às fls. 15 e 16, restou caracterizado o cerceamento do direito da interessada à ampla defesa e ao contraditório, não apenas no despacho decisório como em todas as etapas subsequentes do litígio.

Verifica-se que o contribuinte, ao longo das fases processuais, além de se defender da acusação de que não teria formalizado tempestivamente o pedido de inclusão no Simples Nacional, buscou ainda demonstrar que não tinha impedimentos, porém sem saber ao certo qual a exata causa de sua não migração automática para o novo regime, tateando no escuro visando a demonstrar o seu direito.

Os fatos que prejudicaram o direito da interessada ao contraditório e à ampla defesa, decorrem diretamente dos vícios de omissão contidos no Despacho Decisório DRF/POA/SECAT nº 096, de 17/09/2009.

Ante ao exposto, voto por conhecer dos embargos interpostos para, reconhecendo os vícios apontados no acórdão embargado, acolhê-los com efeitos infringentes, para anular o Despacho Decisório DRF/POA/SECAT nº 096, de 17/09/2009 (fls. 32/33) e, por consequência, todos os atos processuais subsequentes, determinando o retorno dos autos à unidade de origem para que a autoridade administrativa profira nova decisão, na qual aprecie todas as questões omitidas, como ora analisado, dando-se ciência à interessada para que, se for o caso, esta possa exercer na plenitude o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Sala de Sessões em, 13 de Junho de 2013

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator