



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

Processo n° 17698.000133/2011-49
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.402 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 06 de março de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL - INDEFERIMENTO DA OPÇÃO
Recorrente BERWALDT & HARTWIG LTDA
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° 06/2007, 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 6ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Porto Alegre (RS), mediante o Acórdão nº 10-44.620, de 20/06/2013 (e-fls. 49/52), objetivando a reforma do referido julgado.

Em 10/01/2011, a empresa fez a opção pelo Simples Nacional, que foi indeferida, mediante o “Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional”, de 05/12/2011 (e-fl. 23), sob o fundamento de que a pessoa jurídica incorreu, naquele momento, na seguinte situação impeditiva: Atividade econômica vedada: CNAE "4635-4/99 – Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente".

O interessado apresentou manifestação de inconformidade alegando que no Relatório de Pendências, anexado aos autos, somente havia pendência do cadastral ou fiscal com o Município de Rio Grande/RS, a qual foi regularizada antes de 31/01/2011, conforme Certidão junto a Prefeitura Municipal também anexada.

Alegou que ficou surpreso com o indeferimento da opção devido à atividade que constava junto ao seu CNPJ, mas sustenta não ser exercida pela empresa e que providenciou a alteração de seu contrato social com a retirada da atividade.

Acrescentou que não lhe foi oportunizado o direito de defesa, tendo em vista que não houve disponibilização de Termo de Indeferimento no sistema de nenhum dos entes federados.

Por fim, considerando que o relatório de Pendências tem a finalidade de comunicar ao contribuinte as suas pendências e prazo para regularizá-las, que resolveu todas as pendências no prazo estipulado e que agiu de boa-fé, solicitou sua inclusão no Simples Nacional.

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

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2011

SIMPLES NACIONAL INDEFERIMENTO DA OPÇÃO ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

No ano-calendário de 2011 o contribuinte dispunha de prazo até 31/01/2011 (último dia útil do mês) para fazer a opção e para regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional. Comprovado que em 31/01/2011 constava de seu contrato social uma atividade econômica vedada à opção, deve ser mantido o indeferimento da opção para aquele ano-calendário.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

A recorrente apresentou recurso voluntário em 07/08/2013 (e-fls. 56/73), conforme carimbo à e-fl. 56. Apesar de o Aviso de Recebimento, à e-fl. 54, não possuir data, a tempestividade foi confirmada pelo despacho da à e-fl. 41.

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 X, 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:

(...)

X - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de:

a) cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes;

b) bebidas a seguir descritas:

1- alcoólicas;

2- refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas;

3- preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado;

4- cervejas sem álcool;

Nesse particular, mediante o art. 7º da Resolução CGSN nº 004/2007, o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN), assim dispôs sobre a forma e prazo 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 artigo 21.

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

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; (Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)

No recurso interposto, a recorrente reitera a alegação de que no Relatório de Pendências não havia informação de que seu CNPJ possuía atividade vedada para a opção pelo SN e que a atividade não era exercida pela empresa, mas foi retirada na alteração seu contrato social.

Alega que conhece a sistemática do regime tributário e que site da Receita Federal, quando "*pelo 'Acompanhamento de Opção pelo Simples Nacional', o contribuinte obtém o 'Relatório de Pendências à Opção pelo Simples Nacional', frisando que todo o processo se dá através do sistema*", mas lá não havia a disponibilização de todas as pendências.

Acrescenta que somente "*pelo sistema restrito, que não fica à disposição do contribuinte, mas apenas aos órgãos públicos, o atendente conseguiu visualizar que o sistema da Receita Federal, verificou pendência de CNAE*".

Por fim, alega que "*se foi o sistema da Receita Federal, ou outro erro, a REQUERENTE não teve acesso a tal pendência, não podendo, por corolário lógico, resolvê-lo dentro do prazo regulamentar, por não ter tido acesso a tal pendência, o que por erro apenas do órgão público federal, está lhe causando diversos prejuízos.*"

Quanto à decisão da DRJ, reconhece que a alteração contratual ocorreu após o prazo regulamentar, mas "*por tudo o que foi explanado aqui, não teria como a REQUERENTE regularizar algo que não existe para o próprio sistema da Receita Federal*".

A recorrente anexa cópia de diversos documentos (e-fl. 63/73), entre eles o citado Relatório de Pendências de 10/01/2011, a alteração contratual e a certidão da Prefeitura do Rio Grande.

Quanto à alegação de que a atividade vedada não era exercida pela empresa, no "Perguntas e Respostas" disponível no Portal do Simples Nacional na internet na época, as respostas às perguntas nº 2.4, 2.5 e 2.6 esclarecem a questão (perguntas 1.3, 1.4 e 1.5 do novo "Perguntas e Respostas" atualmente disponível), uma vez que o código CNAE 4635-4/99 constava do Anexo I da Resolução CGSN nº 06/2007, senão vejamos:

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 À 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 o 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, conforme afirma em seu recurso, portanto, há que se manter o indeferimento da Opção pelo Simples Nacional.

Quanto à alegação de problema no sistema 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 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 regado 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 não obteve previamente a informação da pendência impeditiva quando acessou o relatório de pendências à opção pela internet, esta não elide a irregularidade da presença, no contrato social, de atividade vedada pela legislação do Simples Nacional, bem como não sobrepõe à necessidade de as informações estarem completas no Termo de Indeferimento à opção, o que devidamente ocorreu, garantindo ao interessado, portanto, o pleno direito de defesa.

Por todo o exposto, face à comprovada existência em seu contrato social 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