



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

Processo nº 18470.721694/2011-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1001-000.391 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 06 de março de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL - INDEFERIMENTO DA OPÇÃO
Recorrente OLIVEIRA & SARTOR SOLUCOES TECNICAS EM CONSTRUCAO CIVIL 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, constante do Anexo I da Resolução CGSN nº 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 4ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ), mediante o Acórdão nº 12-44.456, de 13/03/2012 (e-fls. 34/39), objetivando a reforma do referido julgado.

Em 04/01/2011, a empresa fez a opção pelo Simples Nacional, que foi indeferida, mediante o “Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional”, de 15/02/2011 (e-fl. 11), sob o fundamento de que a pessoa jurídica incorreu, naquele momento, na seguinte situação impeditiva: Atividade econômica vedada: CNAE 7112-0/00 - Serviços de engenharia.

O interessado apresentou manifestação de inconformidade alegando que exerce as atividades de reforma, pintura e reconstrução de casas e prédios, compreendidas no CNAE – 41204/ 00, e comércio varejista de material de construção, sob o código CNAE – 47440/ 05 e que as mesmas não são impeditivas à opção pelo Simples Nacional.

Aduz que no momento da opção ao Simples Nacional prestou declaração quanto ao não enquadramento nas vedações previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4/2007 e que mesmo não mais exercendo a atividade de engenharia. Requereu perante a RFB, via sistema, a alteração das atividades CNAE, principal e secundária, constantes do CNPJ, em 28/01/2011, e enviou a documentação, via postal, em 31/01/2011.

A DRJ considerou improcedente a manifestação de inconformidade em virtude de constar, após o prazo para a regularização das pendências impeditivas à opção pelo SN, atividade vedada em seu contrato social e publicou acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

INDEFERIMENTO DA OPÇÃO PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. ATO CONSTITUTIVO / ALTERADOR / EXTINTIVO INÁBIL. MANUTENÇÃO.

É de se manter o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, se a pessoa jurídica não promove a alteração de seu contrato social, para informar ao Fisco o exercício de nova atividade, permitida à sua entrada no dito regime tributário, dentro do prazo legal.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Ciente da decisão de primeira instância em 10/04/2012, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 42, a recorrente apresentou recurso voluntário em 10/05/2012 (e-fl. 47/50), conforme carimbo de recepção à e-fl. 47.

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 contrato 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)

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 apresenta os seguintes argumentos:

- que não exerceu quaisquer atividades, especialmente a de 'serviços de engenharia' e anexa as declarações de inatividade dos anos-calendário 2008, 2009 e 2010 para comprovar;
- transcreve acórdão nº 1301-00.611 do CARF;
- que mudou as suas atividades, excluindo a atividade de 'serviços de engenharia', com o registro da alteração em 11/03/2011;

Quanto à manifestação do julgador da Câmara *a quo* de que o correto seria a alteração contratual perante a JUCERJA, dentro do prazo, informa que deu entrada da alteração em 12/11/2010 e que a demora da JUCERJA em analisar e arquivar a alteração, somente em março de 2011, não pode ser imputada à recorrente e afirma que "*tal procedimento contraria o art. 9º da Lei Complementar nº 123/2006*".

Por fim, alega que "a divergência de datas não se inclui entre as causas que vedam o ingresso no SIMPLES Nacional" e que "*à data da apresentação da Manifestação de Inconformidade a alteração contratual (anexada à manifestação de inconformidade) já tinha sido arquivada pela JUCERJA em 13/03/2011*".

Cabe ressaltar que junto com o recurso voluntário não houve apresentação de nenhum documento, somente quando da apresentação da manifestação de inconformidade, recebida em 17/03/2011, conforme carimbo de protocolo de recebimento, à e-fl. 2, mas não encontro nos autos a referida alteração contratual, somente o contrato de sociedade, datado de 27/04/2004.

É preciso registrar, ainda, que, diferentemente do que afirma, de ter anexado na manifestação de inconformidade a alteração contratual, a insurgente, na ocasião, à e-fl. 3, fez apenas referência à entrega do ato constitutivo e afirmou que não houve alterações posteriores.

Quanto à lide, não assiste razão à recorrente.

Como se observa, a recorrente basicamente reitera os argumentos trazidos em sede de impugnação, ou seja, que não exerceu quaisquer atividades ligada a engenharia e que regularizou a pendência.

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 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.

Quanto à transcrição do acórdão nº 1301-00.611 do CARF, o mesmo corrobora o entendimento de que se a atividade vedada constar do contrato societário, "*deve ser reputada correta a decisão que não permitiu sua adesão ao Simples Nacional*".

Mesmo se houvesse uma transcrição de um aresto administrativo anterior favorável à tese da recorrente, não cabe ao agente do Fisco nem a este CARF deixar de aplicar a legislação tributária com base em decisões judiciais ou de seus próprios colegiados em que o sujeito passivo não foi parte do processo ou decisões sem efeito *erga omnes*. Esta última assertiva está reforçada no próprio Regimento Interno deste tribunal, em especial em seus artigos 62, 72 e 74.

A autoridade administrativa é vinculada à legalidade estrita, seja nos termos da Lei 8.112 de 1990, em seu artigo 116, III, seja pelo artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

O mesmo se aplica quanto à alegação de que a demora da JUCERJA em analisar a alteração deu azo à pendência impeditiva. Tem-se que a partir do momento em que uma norma é inserida em nosso sistema legislativo, é obrigação da autoridade administrativa a sua aplicação, não cabendo ao julgador administrativo expressar seu juízo de valor por eventuais injustiças que esta norma tenha causado, papel este incumbido aos tribunais competentes.

Quanto à alegação de que requereu a alteração contratual em 27/09/2010, deve ser observado o que dispõem o artigo 32, inciso II, alínea *a* e o artigo 36, ambos da Lei 8.934/94, que trata do registro público de empresas mercantis e atividades afins, *verbis*: (grifos não constam do original)

Art. 32. O registro compreende:

I - ...

II - O arquivamento:

a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;

(...)

Art. 36. Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; FORA DESSE PRAZO, O ARQUIVAMENTO SÓ TERÁ EFICÁCIA A PARTIR DO DESPACHO QUE O CONCEDER.

Neste sentido, tendo em vista que a assinatura da alteração contratual ocorreu em 27/09/2010, mas a apresentação na JUCERJA se deu após o decurso de 30 (trinta) dias (em 12/11/2010), os efeitos do registro dos atos constitutivos da empresa somente passaram a valer na data do deferimento da Junta Comercial, ou seja, em 11/03/2011 (vide datas à e-fl. 64).

Outrossim, não houve contrariedade em relação ao que dispõe o inciso V, do artigo 17, da Lei Complementar nº 123/2006, posto que a alteração contratual ocorreu independentemente da irregularidade tributária apontada para efeito de opção para o Simples Nacional.

Assim, como a contribuinte tinha até o último dia útil 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, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni