



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

Processo n° 13027.000170/2004-70
Recurso n° 140.621 Voluntário
Acórdão n° **1801-00.374 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 09 de novembro de 2010
Matéria Simples - Inclusão Retroativa
Recorrente VITORINO HENRIQUE & CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. REINCLUSÃO. ADE EMITIDO. EFEITOS.

Não é admissível pedido de inclusão retroativa no Simples quando a empresa sofreu exclusão por Ato Declaratório Executivo emitido e cientificado regularmente, para o período que o referido ato surtiu seus efeitos.

OPÇÃO PELO SIMPLES. CAUSA IMPEDITIVA CESSADA.

Constatado nos autos que a causa impeditiva e que deu azo à exclusão do contribuinte usufruir do Simples cessou, este pode optar novamente pela sistemática simplificada, diferenciada e favorecida de tributação.

OPÇÃO PELO SIMPLES. ATOS INEQUÍVOCOS.

O Ato Declaratório Interpretativo SRF n° 16/02 tem como atos inequívocos da opção realizada pelo contribuinte pelo Simples, a entrega de DSPJ e os recolhimentos de tributos efetuados pelo Darf - Simples, atribuindo à administração tributária adequar a realidade fática ao enquadramento legal devido, de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para incluir a recorrente no Simples a partir de 01/01/2005, nos termos do voto do relator. Ausente momentaneamente o conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni.

(assinado digitalmente)

ANA DE BARROS FERNANDES – Presidente e Relatora

EDITADO EM: 16/11/2010

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Marcos Vinícius Barros Ottoni, Rogério Garcia Peres e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A empresa em epígrafe solicitou a sua inclusão formal como optante do regime de tributação simplificado, diferenciado e favorecido – Simples, a partir de 01/01/2002, anexando ao presente os contratos sociais e alterações posteriores e os DARF – Simples que comprovam que efetua os recolhimentos dos tributos federais por esta sistemática. Esclarece ainda que entregou as DSPJ pertinentes. O pedido está datado de 27/05/04.

Analisados os contratos sociais e alterações posteriores, bem como os demais documentos, a autoridade competente juntou ao presente, fls. 33, o Ato Declaratório Executivo DRF/PFO nº 454398/03 - ADE, datado em 07 de agosto de 2003, o qual excluiu a empresa da sistemática do Simples por exercer atividade vedada, no caso, especificada como “*representante comercial e agentes do comércio de produtos alimentícios, bebidas e fumo.*” – fls. 33.

Em seguida exarou o despacho de fls. 35 indeferindo o pedido porque a contribuinte não se manifestou contra o ADE no prazo legal e que para ser novamente incluída no Simples deveria ter removido a causa de vedação ao reingresso e formalizado a opção nos termos do artigo 16, §1º, da Instrução Normativa (IN) SRF nº 355/03.

A empresa às fls. 38 manifesta-se argumentando que não foi cientificada do ADE nº 454398/03 e reitera o requerimento para sua inclusão no Simples a partir de 01/01/2002.

A Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Santa Maria exarou o Acórdão nº 18-7.674/07 indeferindo o requerimento da empresa pelas seguintes razões, *in verbis* – fls. 66 a 69:

“No presente processo a matéria a ser examinada é a manifestação de inconformidade da empresa contra o Despacho do Sr. Delegado da DRF em Passo Fundo que indeferiu o pedido da interessada para ser incluída no Simples, por decisão administrativa, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2002.

Assim, não será examinada qualquer questão proposta contra a exclusão da interessada do Simples que poderia ter sido questionada em processo específico.

Faz-se necessário, no entanto, verificar se houve algum vício naquele ato administrativo que pudesse determinar a sua nulidade, especialmente no presente caso quando a interessada argumenta que não teria recebido a comunicação da sua exclusão do Simples.

Consulta ao Sistema CNPJ indica que a empresa, em 21/05/2004, alterou seu endereço para a Rua Rui Barbosa, nº 105 — Centro — Erechim — RS — CEP 99700-000. Ainda, que até então o seu endereço era Av. José Oscar Salazar, nº 1641 — Centro — Erechim — RS — CEP 99700-000.

O Ato Declaratório Executivo DRF/PFO nº 454.398, de 07 de agosto de 2003, foi encaminhado para a Av. José Oscar Salazar, nº 1641 — Centro — Erechim — RS — CEP 99700-000, em 27/08/2003, como se vê pela cópia do AR à folha 34, ou seja, para o endereço da empresa que constava, nessa época, no CNPJ.

Assim, não se vislumbra qualquer vício que pudesse determinar a nulidade da exclusão da interessada do Simples.

Da inclusão de ofício no Simples

Trata-se de empresa que foi excluída do Simples Ato Declaratório nº 454.398, de 7 de agosto de 2003, com efeitos que retroagem a data de 01/01/2002, pelo fato da contribuinte desempenhar atividades de "Representantes comerciais e agentes do comércio de produtos alimentícios, bebidas e fumo" (Código CNAE 5117-9/00).

Essa atividade estava entre os objetivos sociais da empresa que eram os seguintes: "comércio de balas, doces, velas, calçados e representação comercial a base de comissão" (Cláusula Terceira do Contrato Social), entre as quais a atividade de representação comercial que veda a opção pelo SIMPLES.

Esses objetivos sociais se mantiveram até a Alteração e Consolidação Contratual de 10 de dezembro de 2003, registrada na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, em 06/05/2004.

Tem-se, portanto, que até esta data (06/05/2004) a empresa tinha entre seus objetivos sociais a Representação Comercial, atividade para a qual esta vedada a opção pelo Simples. Ao menos a empresa não apresentou qualquer prova no sentido de que essa atividade não era mais exercida pela empresa.

Esta seria a primeira razão para não aceitar o pedido da interessada.

Outro aspecto a considerar é que se trata de empresa que foi regularmente excluída do Simples, com efeitos retroativos a 01/01/2002. Fato que, como já referido, não foi questionado pela interessada.

No caso, trata-se de empresa que havia feito a opção pelo Simples com efeitos a partir de 01/01/1997. Foi regularmente excluída do Simples com efeitos a partir de 01/01/2002. A contribuinte pede a sua reinclusão no Simples com efeitos retroativos a essa data (01/01/2002). Contudo, inexistente previsão legal de reinclusão, com data retroativa, no caso de contribuinte que já havia sido optante do Simples.

Nesse aspecto foi bem destacado no Despacho DRF/PFO, de 29/10/2004 (fl. 35), que *"depois de remover a causa de vedação ao seu ingresso no Simples, cabia ao contribuinte formalizar, nos termos do artigo 16, parágrafo 1º, da*

Instrução Normativa SRF n° 355, de 29 de agosto de 2003, nova opção pelo mesmo". Cabe observar apenas, quanto ao referido despacho, que a Instrução Normativa SRF n° 355, de 2003, foi revogada pela Instrução Normativa SRF n° 608, de 9 de janeiro de 2006, mas as normas continuam as mesmas, tratadas no mesmo artigo 16, parágrafo 1°."

Tempestivamente, a empresa apresenta o recurso voluntário de fls. 73 reprisando exatamente os mesmos termos da manifestação de inconformidade, ou seja, não haver recebido o ADE e que não se enquadra em nenhuma das vedações legais para optar pelo Simples, sistemática que sempre adotou, requerendo ser incluído a partir de 01/01/2002. Instrui o recurso com cópias de Notas Fiscais da empresa, cujo nome fantasia é "There Modas" (venda de vestuário) e cópia de contrato social já anteriormente juntada aos autos, no qual consta ser varejista.

É o relatório. Passo a analisar as razões recursais.

Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES, relatora

Conheço do recurso voluntário, por tempestivo.

O cerne do litígio, preliminarmente, é a questão de admissibilidade do pedido de inclusão retroativa no Simples, visto a empresa ter sido excluída por ADE da referida sistemática de apuração de tributos federais e ICMS.

A recorrente insiste em argumentar que não foi cientificada do ADE em questão, já discriminado no relatório, de fls. 33.

Todavia, a ciência do referido ADE de exclusão está comprovada nos autos pela cópia do Aviso de Recebimento juntado às fls. 34, no qual apostou assinatura a sra. Vera Cantelli, identificando-se como 'esposa' do sr. Vitorino Henrique, em 27 de agosto de 2003.

O ato administrativo de exclusão não contestado pelo contribuinte no prazo de trinta dias da sua cientificação torna-se, pois, ato jurídico perfeito e, por força do princípio da segurança jurídica, está precluso o direito do contribuinte em discutir a sua exclusão do Simples, que surtiu efeitos, justamente, a partir de 01/01/2002.

Destarte não se pode conhecer o pedido de reinclusão no Simples a partir da própria data em que o contribuinte foi declarado excluído, por total incongruência na causa de pedir.

Entendo que faltaria, pois, objeto ao presente processo administrativo fiscal, neste respeito. O contribuinte pretendeu, na verdade, discutir o ADE de forma intempestiva, apesar de alegar que não foi cientificado do ato.

Faço coro com a argumentação já despendida nos autos feita pela autoridade *a quo* no despacho de fls. 35 e no acórdão ora vergastado, no que respeita aos anos-calendários de 2002 e 2003, quando foi emitido o ADE.

Todavia, a empresa solicita, sem dúvida, que seja reincluída no Simples e demonstra que continua a observar a sistemática, reiteradamente.

Entendo que não havendo mais a causa impeditiva que era a razão da exclusão da empresa do Simples – atos de representação comercial –, deve-se, pelos princípios do informalismo e da economia processual, adequar-se o pedido de inclusão formal na sistemática do Simples da empresa para a partir de 01/01/2005, ano subsequente àquele em que a empresa alterou e consolidou o contrato social, retirando a causa da vedação legal, como a própria turma de julgamento de primeira instância destacou.

Explico.

Primeiro ponto: no meu entender o ato jurídico da exclusão está perfeito e inatacável. Repriso que a consequência jurídica desta premissa para a empresa recorrente é retratada pela máxima jurídica : “o direito não socorre a quem dorme”. Os prazos processuais são fatais e para a empresa a sua situação de excluída do Simples para os anos de 2002 e 2003 é irrecorrível. Deve, neste tocante, antes de sofrer fiscalização, oferecer os tributos federais por outra sistemática de apuração do lucro, e outros a que se sujeita, devendo os valores recolhidos serem computados como pagamentos parciais, visto a alteração de valores a serem recolhidos pela alteração no regime de tributação.

Em segundo ponto: a empresa quer manter-se no Simples. Durante todos estes anos, desde a sua abertura procedeu aos recolhimentos pelo Simples e entregou as DSPJ respectivas, e, por derradeiro, protocolizou o pedido tentando, infrutiferamente, anular o ADE, matéria ora superada neste voto. Ocorre que uma vez estar constatado nos autos que a causa impeditiva de usufruir do Simples cessou **em 06/05/2004**, não há porque não deferir o pedido de inclusão no Simples a partir do ano-calendário subsequente (artigo 8º, §2º, da Lei nº 9.317/96), concedendo ao requerimento o provimento parcial. Isto porque assim está a se evitar que a empresa adentre com novo processo administrativo fiscal apenas ajustando a data do pedido da inclusão dentro da formalidade.

O princípio da economia processual se aplica perfeitamente à presente situação. Nada justificaria nova demanda administrativa.

O fundamento jurídico de admitir a inclusão retroativa a 01/05/2004 está no Ato Declaratório Interpretativo (ADI) SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002:

Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (DARF-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.

Ora, a recorrente comprova que a sua intenção inequívoca sempre foi de optar pelo Simples, procedendo à entrega das DSPJ e efetuando os recolhimentos através de

DARF-Simples. Uma vez cessada a causa impeditiva, pode a administração tributária, na inércia da contribuinte, retificar, de ofício, a sua situação e incluí-la no Simples.

Destarte, pelo princípio da economia processual, voto em dar provimento parcial à inclusão retroativa da empresa no Simples a partir de 01/01/2005, permanecendo a exclusão para os anos-calendários de 2002, 2003 e 2004.

(assinado digitalmente)

ANA DE BARROS FERNANDES – Relatora