



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
13ª Vara Federal de Porto Alegre

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 600, 7º andar - Ala Leste - Bairro: Praia de Belas -
CEP: 90010-395 - Fone: (51)3214-9476

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5012166-74.2017.4.04.7100/RS

IMPETRANTE: ALANO CUNHA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ADVOGADO: BERNARDO ALANO CUNHA

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL - UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
- PORTO ALEGRE

SENTENÇA

I - Relatório

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ALANO & ALFAMA SOCIEDADE DE ADVOGADOS através do qual pretende, inclusive em sede de liminar, ordem de imediata *inclusão da “[...] Impetrante no SIMPLES NACIONAL, com data retroativa a 01/01/2017, e suspender os efeitos do impedimento, com IMEDIATA expedição de ofício para o órgão responsável;”* (evento 1 – INIC1 – p. 9 – grifos no original).

Nos dizeres da inicial, trata-se de sociedade simples de advogados formada no ano de 2015 e no ano de 2016 tentou optar pelo regime tributário do SIMPLES, pedido negado em razão de que não possuía alvará de funcionamento.

Relata que realizou a mudança de sua sede visando à obtenção do documento em razão de que na localização anterior o imóvel não possuía PPCI, sem sucesso, entretanto.

Aduz que contratou engenheiro para que a sala fosse adequada e foi realizado o agendamento para a emissão do alvará, o que só poderia ser feito em fevereiro de 2017.

Defende que o alvará de funcionamento provisório foi emitido na data de 16/02/2017, em período posterior para a inclusão no SIMPLES, mas defende que a ausência desse documento não constitui óbice para o enquadramento da sociedade no regime pretendido.

O pedido de liminar foi deferido (evento 3).

A União peticiona (evento 11) requerendo ser intimada de todos os atos do processo.

A autoridade presta as informações (evento 14) suscitando, preliminarmente, divergência relativamente à razão social da impetrante indicada na autuação eletrônica e sua ilegitimidade passiva relativamente a pendências municipais.

Alega, em síntese, que o mandado de segurança deveria ter sido direcionado ao representante do município de Porto Alegre/RS em razão da natureza do impedimento apontado e que o indeferimento da opção pelo Simples Nacional pelas administrações tributárias segue o disposto na Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/2011 e suas alterações. Aduz que não possui os meios, atribuição e competência para responder quanto a pendências que deram origem à exclusão da impetrante junto ao município. Requer a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC. Pede que, na eventualidade de que a prefacial venha a ser superada, seja revogada a liminar e denegada a segurança.

No mérito, aponta que a ausência de alvará de licenciamento e funcionamento está enquadrada nas disposições do artigo 17, inciso XVI, da Lei Complementar nº 123/06, sendo motivo suficiente a impedir a opção pelo Simples Nacional.

Afirma que a impetrante apresenta pendências junto à RFB em razão da falta de entrega de DCTF para os períodos de janeiro a março de 2016.

O Ministério Público Federal se manifesta pelo prosseguimento do feito (evento 22).

A impetrante junta manifestação acerca das preliminares levantadas pela autoridade apontada como coatora (evento 26).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

II – Fundamentação

Preliminar – divergência de razão social

Todos os documentos trazidos pela impetrante referem a razão social ALANO & ALFAMA SOCIEDADE DE ADVOGADOS, circunstância que aponta que o equívoco ocorrido na autuação foi alheio à vontade da impetrante.

Por outro lado, além de não constituir fato relevante para a solução da controvérsia, trata-se de ocorrência que pode ser facilmente corrigida, com a retificação da autuação eletrônica, providência que desde já determino, rejeitando a prefacial, contudo.

Preliminar - Ilegitimidade passiva

A autoridade impetrada argumenta, em síntese, que, por força da natureza do impedimento apontado, o presente mandado de segurança deveria estar direcionado ao representante do município de Porto Alegre/RS.

Sem razão, entretanto.

Na hipótese dos autos, a impetrante em nenhum momento requer que o Delegado da Receita Federal do Brasil responda pelas pendências que impediram a sua inclusão no regime do Simples Nacional ou analise o pedido obstado.

A jurisprudência acostada com a manifestação do evento 26 é inequívoca no sentido de que é da competência da Justiça Federal o julgamento de processos onde se questiona o indeferimento do ato de inclusão no sistema e de que a União é sim parte legítima para figurar nas ações em que se pretende a inclusão no SIMPLES.

Por fim, independentemente de qualquer discussão sobre quem realizou o ato de indeferimento da opção, a liminar foi concedida e prontamente cumprida pela autoridade que detinha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário, conforme informado no evento 14.

Conclusivamente, a legitimidade passiva, no caso, é exclusiva do Delegado da Receita Federal, autoridade vinculada à União Federal e que detém a competência para fiscalizar a opção e o recolhimento pelo Simples Nacional.

Rejeito, portanto, a preliminar aventada.

Mérito

No caso dos autos, a análise do pedido de concessão da medida liminar (evento 3), esgotou a questão trazida a juízo, decisão que a seguir transcrevo e à qual me reporto e adoto como razões de decidir neste momento para dar contornos definitivos à lide, *in verbis*:

“[...] A concessão da liminar em mandado de segurança é medida que requer a coexistência de dois pressupostos, sem os quais é impossível a expedição do provimento postulado. Tais requisitos estão previstos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, e autorizam a ordem inicial quando restar demonstrada a relevância do fundamento (fumus boni iuris) e o perigo de prejuízo se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja, ao fim, deferida a segurança (periculum in mora).

No caso dos autos, tenho que presente a relevância do fundamento.

Com efeito, a decisão que indeferiu a adesão da Impetrante no regime de tributação simplificado faz menção exclusivamente à pendência CADASTRAL E/OU FISCAL junto ao Município de Porto Alegre (Evento1, OUT7). Já o documento expedido pela administração

municipal aponta unicamente a ausência Alvará de localização e funcionamento como óbice ao ingresso da Impetrante ao SIMPLES NACIONAL (Evento1, OUT6).

Assim, resta demonstrado, em juízo perfunctório, através dos documentos juntados aos autos, que a única pendência que impede a impetrante de ingressar no Simples Nacional é de natureza cadastral, junto ao município de Porto Alegre.

Inicialmente, é importante registrar que esse juízo, amparado em decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entendia que a ausência de alvará de localização e funcionamento obstava a inclusão da empresa no Simples Nacional, com fundamento no art. 17, XVI, da LC 123/2006.

No entanto, por motivo de segurança jurídica (já que ao STJ incumbe dar a última palavra sobre a interpretação da Lei Federal), e por reputar, inclusive, ser essa a melhor interpretação extraída da regra prevista no art. 17, XVI, da LC 123/2006, passo a aderir à orientação que vem sendo acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a inexistência de alvará de funcionamento não é irregularidade enquadrável no conceito de ‘irregularidade em cadastro fiscal’ para efeito da aplicação do art. 17, XVI, da Lei Complementar 123/2006, pois o ‘cadastro fiscal’ a que se refere é aquele que diz respeito ao recolhimento do ICMS, no âmbito estadual, e do ISSQN, no âmbito municipais, podendo albergar também as versões estaduais e municipais do Cadin que contenham tais informações, correspondendo também ao disposto no inciso V do art. 17 da Lei Complementar 123/2006’ (AgInt no REsp 1581963/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Ressalte-se ainda que o art. 29 da Lei Complementar Municipal nº 12, de janeiro de 1975, versa sobre pendência cadastral relativa ao funcionamento do estabelecimento, não prevendo que a ausência de Alvará de Licença e Funcionamento constitua óbice à inclusão ou à regularidade do cadastro fiscal municipal.

Tanto isso é verdade que, no caso dos autos, a sociedade impetrante comprovou estar inscrita no cadastro municipal desde 08/2015 (Evento 1, OUT4), muito embora não possuísse alvará de funcionamento e localização.

Deste modo, no presente caso se está diante de pendência administrativa não arrolada na aludida Lei Complementar Federal como impedimento à inclusão no Simples Nacional.

Assim, considerando que o indeferimento do pedido de inclusão no Simples Nacional decorreu de mera pendência de ordem administrativa (e não relativa a cadastro fiscal), faz jus à autora à inclusão no regime simplificado de tributação, para o exercício de 2017.

Não bastasse, a impetrante obteve “autorização para funcionamento” em 16/02/2017 (Evento1, ALVARA8), após o término do prazo para inclusão no Simples. Assim, às razões antes elencadas, acrescenta-se o fato de que violaria a razoabilidade impossibilitar a entrada da impetrante no Simples unicamente pela obtenção tardia de um documento, mormente considerando a finalidade desse sistema unificado de arrecadação de tributos.

Assim, verificado que, aparentemente, este é o único óbice a impedir o ingresso da impetrante no Simples Nacional, e considerando que a sociedade demonstra, inclusive, já ter logrado êxito na regularização da pendência junto aos órgãos competentes (Evento1, ALVARA8), presente a relevância do fundamento.

Ademais, também entendo presente o fumus boni iuris, pois são evidentes os prejuízos decorrentes da previsível majoração da carga tributária, além da estrutura necessária ao atendimento da burocratização para o cálculo e recolhimento das exações no regime normal.

*Ante o exposto, **DEFIRO A LIMINAR**, determinando à autoridade impetrada que inclua a impetrante no SIMPLES NACIONAL para o exercício de 2017, com efeitos retroativos a 01/01/2017, caso o único óbice seja a ausência de Alvará de Localização de Funcionamento. [...]” (grifos no original)*

Assim, considerando que não vieram aos autos outros elementos que demonstrassem cabalmente que, na data da solicitação de inclusão da empresa impetrante no SIMPLES, haviam irregularidades exigíveis em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual em desfavor da parte impetrante, conforme disposto no inciso XVI do artigo 17 da lei Complementar nº 123/06, entendo que a concessão da segurança é medida que se impõe.

Nesse sentido, a inteligência que pode ser extraída do seguinte precedente, frente às alegadas pendências junto à RFB, *literis*:

*MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CND. ENTREGA DCTF. 1. A falta de entrega de DIPJ ou DCTF, embora enseje a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, não pode servir como fundamento para recusa na expedição de certidão de regularidade fiscal, antes da constituição definitiva do crédito daí decorrente, por meio de lançamento fiscal. 2. À **míngua de lançamento de crédito relativo à penalidade, que decorre do descumprimento da obrigação acessória de apresentação da DIPJ/DCTF, inexistente impedimento para a concessão de documento fiscal, devendo ser mantida a sentença que determinou a expedição da certidão de regularidade fiscal à apelada.** (TRF4, APELREEX 5056726-77.2012.404.7100, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 10/04/2015) [destaquei]*

III – Dispositivo

Ante o exposto, rejeito as preliminares suscitadas, confirmo a liminar deferida ao início, **julgo PROCEDENTE o pedido e CONCEDO a segurança pleiteada** por ALANO & ALFAMA SOCIEDADE DE ADVOGADOS, com base no art. 487, inciso I, do CPC, tão-somente para o fim de consolidar os efeitos da decisão liminar deferida ao início, nos termos da fundamentação..

Condeno a União ao ressarcimento das custas adiantadas pela impetrante, atualizadas pelo IPCA-E desde o pagamento.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/09).

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Espécie sujeita a reexame necessário (art. 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/2009).

Publique-se, registre-se e intime-se.

Eventuais apelações interpostas pelas partes restarão recebidas no efeito devolutivo (art. 14, § 3º, da Lei n.º 12.016/2009).

Havendo interposição de recurso, intime-se a parte contrária para apresentação de contrarrazões, nos termos do artigo 1010, § 1º, do CPC.

Juntada(s) as respectivas contrarrazões e não havendo sido suscitadas as questões referidas no § 1º do artigo 1009 do CPC, remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Caso suscitada alguma das questões referidas no § 1º do artigo 1009 do CPC, intime-se o recorrente para manifestar-se, no prazo previsto no § 2º do mesmo dispositivo.

Documento eletrônico assinado por **EVANDRO UBIRATAN PAIVA DA SILVEIRA, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **710005470459v3** e do código CRC **8695c4b9**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): EVANDRO UBIRATAN PAIVA DA SILVEIRA

Data e Hora: 25/01/2018 13:48:24

5012166-74.2017.4.04.7100

710005470459.V3