



Processo nº 10935.720553/2015-80
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.132 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Turma Extraordinária**
Sessão de 13 de janeiro de 2021
Recorrente DE BIASIO & CIA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Verificando que na decisão de primeira instância não foi analisado o mérito no caso de instaurada a fase litigiosa no procedimento, resta evidenciado o cerceamento do direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento em parte do recurso voluntário para afastar o não conhecimento da impugnação com o consequente retorno dos autos DRJ/FOR/CE para análise do mérito por ter sido regularmente instaurada a fase litigiosa no procedimento.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Despacho Decisório

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Despacho Decisório DRF/Cascavel/PR nº 176, de 2015, com efeitos a partir de 01.01.2015, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fls. 50-52:

A atividade econômica correspondente ao CNAE 5250-8/04 – Serviços de organização logística do transporte de cargas, deixou de ser atividade impeditiva para a opção do Simples Nacional, com a revogação do art. 17, inciso XI da LC 123/2006, na redação data pela Lei nº 147/2014. Ocorre, entretanto, que os efeitos da Lei 147/2014 que revogou aquele artigo, se dão somente a partir de 1º de janeiro de 2015.

Verificou-se, entretanto, que a interessada acrescentou a atividade vedada ainda no decorrer de 2014, quando a mesma ainda era impeditiva, desta forma foi excluída automaticamente do Simples Nacional, conforme consulta às fl. 48.

A LC nº 123/2006, dispõe que:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

...

§ 3º A alteração de dados no CNPJ, informada pela ME ou EPP à Secretaria da Receita Federal do Brasil, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses:

...

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;

...

Embora alegue que a atividade vedada não foi exercida até a data da apresentação da contestação, fato é que incluiu a mesma na alteração contratual e consequentemente no cadastro do CNPJ, em período não permitido. Tal informação é de responsabilidade única e exclusiva da empresa; além do que, ao inserir um código de atividade impeditivo no DBE, o sistema alerta que a atividade é impeditiva e que ocorrerá a exclusão automática do Simples Nacional. Portanto, quando da inclusão do CNAE vedado, a interessada teve ciência da sua exclusão do sistema.

O fato da atividade impeditiva constar no contato social e/ou alteração contratual em período vedado, impede a empresa de manter-se no Simples Nacional, ainda que não tenha exercido tal atividade.

Por fim, embora a atividade seja permitida a partir de 1º de janeiro de 2015, a interessada não solicitou a opção pelo regime do Simples Nacional no prazo estabelecido na legislação:

A Resolução CGS nº 94 de 29 de novembro de 2011 estabelece que :

“Art. 6º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 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 § 5º (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 2º)

Por todo o exposto, PROponho não conhecer a contestação apresentada, mantendo a interessada excluída do Simples Nacional.

Encaminha-se o presente à chefia da SAORT/DRF/CVL, com posterior ciência à interessada desse Despacho Decisório

DECISÃO De acordo. Decido pela manutenção da exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

Encaminha-se o presente para ciência ao contribuinte e demais providências cabíveis.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 4^a Turma DRJ/FOR/CE nº 08-35.936, de 17.05.2016, e-fls. 107-110:

**EXCLUSÃO AUTOMÁTICA. INCLUSÃO DE ATIVIDADE VEDADA.
INCONFORMIDADE. FALTA DE OBJETO.**

Não se conhece de manifestação interposta pelo contribuinte, por falta de objeto, em razão da exclusão automática da sistemática do Simples Nacional, nos expressos termos legais, decorrente de inclusão ou alteração de atividade econômica cujo CNAE conste dentre aqueles relacionados como impeditivo de opção ao Simples Nacional no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011.

Manifestação de Inconformidade Não Conhecida

Recurso Voluntário

Notificada em 30.05.2016, e-fl. 117, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 23.96.206, e-fls. 119-135, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

III — NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA: O INDISPENSÁVEL RETORNO DOS AUTOS À DRJ

A decisão recorrida, pelos termos em que assentada, enseja uma flagrante nulidade processual.

É que o órgão de primeira instância absteve-se de apreciar o mérito da questão posta a julgamento, sob o argumento de que a ora Recorrente teria se auto excluído do Simples.

O equívoco que aí reside é indiscutível.

Em sua defesa a Empresa Recorrente esclareceu que jamais pretendeu se "auto excluir" do sistema Simples Nacional. E a verdade é que nem havia razão lógica para assim proceder.

Com efeito, a decisão de primeira instância, ao abster-se de julgar o mérito da defesa, fere o direito do contribuinte ao devido processo legal, especialmente por não atender ao duplo grau de jurisdição. [...]

Já por isso, portanto, impõe-se o provimento do presente recurso.

IV — RAZÕES PARA REFORMA DA R. DECISÃO DA DRJ/FOR**IV.1. - MERA INCLUSÃO NO OBJETO SOCIAL DO CONTRIBUINTE DE ATIVIDADE VEDADA — NÃO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE VEDADA — CONTRATO SOCIAL QUE PREVÊ ATIVIDADES IMPEDITIVAS JUNTAMENTE COM NÃO IMPEDITIVAS DA OPÇÃO — ATIVIDADE VEDADA SECUNDÁRIA**

O V. Acórdão recorrido destaca que não conheceu da Manifestação de Inconformidade do Contribuinte, ora Recorrente, por entender que este foi excluído automaticamente do regime do Simples Nacional, em razão de incluir atividade vedada relativamente ao CNAE 5250-8/04, decorrente de ato volitivo deste.

Ocorre que, conforme será claramente demonstrado a seguir, o Recorrente não poderia ter sido excluído, ainda que automaticamente, do regime simplificado, apenas por incluir atividade vedada no seu objeto social.

Ora, veja-se que tal atividade sequer foi praticada pelo Contribuinte.

Não houve qualquer emissão de nota fiscal com relação ao CNAE 5250-8/04, ou qualquer movimentação financeira decorrente do exercício da atividade vedada.

Conforme já declarado anteriormente, tal atividade foi incluída com o intuito de no futuro distante ser praticada, mas não no momento e tampouco num futuro próximo.

O que o Recorrente pretendeu, na verdade, foi apenas adiantar-se, incluindo a atividade para quando estivesse preparado para exerce-la, já estar devidamente regularizado junto à Receita Federal, tendo em vista seu excesso de zelo.

Ocorre que, o Contribuinte não acreditava que a mera inclusão da atividade vedada, sem seu efetivo exercício, poderia lhe excluir do regime do Simples Nacional.

Até mesmo porque, o Recorrente acreditava estar amparado pela legislação Nacional, bem como pelas Soluções de Consulta da Receita Federal, e jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF.

Nesse liame, cumpre colacionar as manifestações emanadas pela própria Secretaria da Receita Federal do Brasil em sede de Soluções de Consulta sobre o tema ora em comento. [...]

Portanto, depreende-se das Soluções de Consulta acima colacionadas, que o fato de constar no Contrato Social atividade vedada à opção pelo Simples Nacional, sem que haja efetivo exercício desta, não enseja a exclusão do sistema.

No caso em comento, o Recorrente nunca chegou a praticar tal atividade, de modo que nunca obteve receita proveniente de Serviços de organização logística do transporte de cargas (CNAE 5250-8104), o que deflagra inclusive a ausência de dano ao Erário.

Destarte, a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional se deu tão somente por constar a atividade acima descrita em seu contrato social; de modo que não houve a juntada de qualquer outra prova por parte da Fiscalização/Receita Federal por meio de contratos, notas fiscais ou outros documentos, de que o Contribuinte de fato exerceu tal atividade.

Outrossim, o Recorrente juntou todos os documentos fiscais e contábeis, nos quais demonstra claramente que não exercia e nunca exerceu a atividade impeditiva, haja vista que a única receita auferida pelo Recorrente decorreu da sua atividade principal Comércio Varejista de Materiais de Construção (CNAE 4744.0.05) e secundária Comércio atacadista de materiais de construção em geral (CNAE 4679-6/99),

atividades essas, que não obstam a sua opção pelo SIMPLES, ao contrário, são permitidas há muito tempo.

Ademais, deve-se levar em conta que se a Recorrente tivesse auferido receitas decorrentes da atividade vedada, deveria emitir nota fiscal de prestação de serviços e, consequentemente, informado essa receita nas suas declarações simplificadas sob pena de sofrer autuação pela Receita Federal, o que tampouco se verifica no presente caso.

Ora, se o contribuinte faz prova irrefutável de que exerce atividade econômica que não obsta a sua opção pelo Simples Nacional, o fato de conter mera previsão de exercício de atividade (não exercida de fato) no contrato social, não é motivo de exclusão do seu enquadramento no Simples Nacional.

Nesse ponto, é importante trazer à baila um trecho do Boletim Central COSIT n. 55/97, que determina claramente que a existência no contrato social de atividades impeditivas juntamente com não impeditivas, permitem a permanência no Simples Nacional, desde que sejam exercidas somente as atividades não vedadas. [...]

Denota-se, portanto, que o contrato social pode prever não só os objetos efetivamente desenvolvidos, como aqueles que poderão ser desenvolvidos, de modo que é preciso observar o que demanda o artigo 112, II do Código Tributário Nacional, que determina que a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidade, será interpretada da maneira mais favorável ao Contribuinte quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos. [...]

Igualmente, é possível inferir do artigo supramencionado que no caso de dúvida com relação a permissão do código CNAE estar abrangido pelo regime do SIMPLES ou não, é possível ao Contribuinte exercer tão-somente as atividades permitidas pelo regime simplificado, o que importa extrair, através de uma interpretação sistemática, de que para que o Contribuinte permaneça no Simples Nacional somente é preciso comprovar que a atividade exercida por ele é permitida pelo regime, não importando se consta no objeto social outra atividade que seja impeditiva, desde que ela não seja exercida.

Portanto, tendo em vista que as atividades de fato exercidas pelo Contribuinte Recorrente não são impeditivas da opção pelo SIMPLES NACIONAL, como comprovado documentalmente, através de registros fiscais e contábeis irrefutáveis, trazidos pelo próprio Contribuinte, Requer seja reformado o V. Acórdão Recorrido, com a finalidade de anular o ato de exclusão do Contribuinte do regime simplificado (SIMPLES NACIONAL), com seu respectivo reenquadramento/reinclusão retroativa no regime diferenciado do Simples Nacional, no período relativo à sua exclusão, que compreende dezembro/2014 a dezembro/2015, por conta do que é disposto em legislação específica já citado, atrelado ainda às Soluções de Consulta da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como do Boletim Central COSIT n.º 55/97 e das demais jurisprudências do CARF.

IV.2 - DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Aduz o V. Acórdão recorrido que o contribuinte foi excluído automaticamente do Simples Nacional, a partir de 01/04/2014, em razão de incluir atividade vedada relativamente ao CNAE 5250-8/04, o que não corresponde à realidade.

Como anteriormente citado, o ora Recorrente alterou seu contrato social em 03/12/2014, data do arquivamento na Junta Comercial do Paraná, e não em 01/04/2014, conforme consta do Acórdão.

Portanto, a alteração contratual em que fora incluída a atividade tida como impeditiva, se deu em dezembro do ano de 2014, posteriormente à edição da Lei Complementar nº. 147, de 06 Agosto de 2014, que revogou o art. 17, inciso XI da LC 123/2006, definindo que a partir de então a atividade econômica correspondente ao CNAE 5250-8/04 (Serviços de organização logística do transporte de cargas), não mais seria atividade impeditiva para opção do Simples Nacional.

Em sendo pretensão da empresa o exercício da referida atividade, em períodos posteriores, não vislumbrou qualquer óbice em proceder a alteração contratual ainda em 2014, eis que a partir de janeiro de 2015, a mesma poderia ser exercida normalmente, com a edição da LC 147/2014.

Ora, a exclusão do Recorrente do regime simplificado por mero equívoco quanto ao momento da inclusão da atividade de serviços de organização logística do transporte de cargas, vez que se deu cerca de um mês antes de tal atividade ser considerada permitida para o enquadramento no Simples Nacional, atenta contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Isso porque, não tem como afirmar que houve qualquer prejuízo ao Fisco, pois por mais que tenha ocorrido a alteração contratual, como já comprovado, o Recorrente não exerceu a atividade considerada impeditiva.

A respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em decorrência do conteúdo implícito no artigo 37, da Constituição Federal, os órgãos públicos podem ter sua atuação limitada em razão da incidência dos referidos princípios. [...]

Assim, tem-se que a exclusão do Simples por circunstância excepcional e transitória afigura-se excessiva, porquanto o prejuízo advindo ao fisco é mínimo, se é que pode-se dizer que houve algum, comparado ao prejuízo imputado ao sujeito passivo.

Quer-se com isso dizer que as circunstâncias de fato (devidamente explicitadas mais acima), por si só, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não bastam para condenar o Recorrente à exclusão do regime do Simples Nacional, tendo em vista que apenas adiantou, equivocadamente, o registro da alteração contratual que incluía atividade permitida para o mês seguinte, sem ter qualquer pretensão de se "auto excluir", como entendeu a autoridade fiscal.

Ora, a legislação do Simples veda o efetivo exercício de determinadas atividades. No caso em comento, ocorreu apenas uma inclusão indevida de uma atividade em seu contrato social, em um momento equivocado, desacompanhada de seu exercício. Situação essa que não pode implicar sanções desproporcionais e irrazoáveis, mormente quando verificada a boa-fé do Recorrente e a inexistência de prejuízo ao Fisco. [...]

Dessa forma, considerando as particularidades do caso, a exclusão do Recorrente do regime simplificado, nas circunstâncias em que se deu, afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Além disso, conforme se afirmou e comprovou a empresa não exerceu a atividade geradora da exclusão. Assim, a manutenção da exclusão nestes casos (não exercício da atividade impeditiva da opção pelo Simples) contraria vasta jurisprudência emanada desse Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Isso evidencia que o V. Acórdão recorrido desconsidera a verdade material que restou ilustrada e comprovada com a defesa.

Demais disso, nem se alegue que se estaria prejudicando o interesse público em favorecimento ao interesse individual do Recorrente na hipótese de se afastar os efeitos da exclusão. Qualquer argumento neste sentido estaria distorcendo o real sentido do respectivo princípio.

Com efeito, deve ser reformado o V. Acórdão recorrido, ora atacado.

Veja-se ainda que tanto a autoridade lançadora quanto a julgadora (em primeira instância) reconhecem a efetividade da alteração da legislação de regência dos fatos, ou seja, que o exercício da atividade CNAE 5250-8/04, não mais impede a opção pelo sistema Simples Nacional, a partir da vigência da LC nº 147/2014.

Dessa forma, não sendo intenção do Recorrente fazer a alegada "auto exclusão" do sistema Simples Nacional, vez que a atividade CNAE 5250-8/04, inserida pela alteração contratual levada a efeito em dezembro de 2014 não mais seria impeditiva para sua manutenção no sistema, e com fundamento nos princípios da verdade material, proporcionalidade e razoabilidade, regularmente aplicados por esse E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pugna pela reforma do V. Acordão Recorrido.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

V - CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer-se o recebimento do presente recurso e que ao final lhe seja dado provimento, para fins de se anular a decisão de primeira instância, reformando o V. Acórdão recorrido, reincluindo retroativamente o Recorrente no regime do Simples Nacional desde o momento da sua exclusão até janeiro de 2016, quando optou novamente pelo regime simplificado, ou quando não assim entender, requerer-se ao menos que se reconheça a insubsistência da exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário foi apresentado pela Recorrente no prazo legal.

Cerceamento do Direito de Defesa.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que “o exercício da atividade CNAE 5250-8/04, não mais impede a opção pelo sistema Simples Nacional, a partir da vigência da LC nº 147/2014” acrescentando que restou evidenciada a ausência de análise do mérito em primeira instância de julgamento.

No processo administrativo fiscal devem ser observadas as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, conforme inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida

nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, determina:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte: [...]

VI - que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, exceto quando na modalidade fluvial ou quando possuir características de transporte urbano ou metropolitano ou realizar-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores.

Consta nas Perguntas e Respostas Simples Nacional:

2.4. Se constar no cadastro da empresa no CNPJ alguma atividade impeditiva à opção pelo Simples Nacional, ainda que ela não venha a exercê-la, tal fato é motivo de impedimento à opção?

No cadastro, são informados os códigos CNAE das atividades exercidas pela empresa. E cada código CNAE corresponde a um elenco de atividades, sendo que algumas podem ser permitidas ao Simples Nacional e outras não [...]. Sendo assim:

1. Os códigos CNAE que se referem apenas a atividades permitidas não são listados na Resolução CGSN nº 140, de 2018. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa não estiver relacionado nos Anexos VI e VII da Resolução, o tipo de atividade não será impedimento para seu ingresso no Simples Nacional.

2. Os códigos CNAE que se referem apenas a atividades vedadas são listados no Anexo VI. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa estiver relacionado nesse Anexo, seu ingresso no Simples Nacional será vedado.

3. Os códigos CNAE ambíguos, que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas, são listados no Anexo VII. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa estiver relacionado nesse Anexo, seu ingresso no Simples Nacional será condicionado a que a empresa declare, no momento da opção, que exerce apenas atividades permitidas.

Por fim, caso a empresa exerça, em qualquer montante, uma atividade vedada abrangida por código CNAE não informado em seu cadastro, seu ingresso no Simples Nacional também é vedado.

2.5. 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. Elas correspondem a códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) estabelecidas por uma Comissão do IBGE.

Os códigos CNAE impeditivos ao Simples Nacional estão listados no Anexo VI da Resolução CGSN nº 140, de 2018, e os códigos CNAE que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas (CNAE ambíguas) constam do Anexo VII da mesma Resolução [...].

O exercício de qualquer das atividades vedadas 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. [...]

Está registrado no Acórdão da 4ª Turma DRJ/FOR/CE nº 08-35.936, de 17.05.2016, e-fls. 107-110:

A manifestação de inconformidade não será conhecida pelos motivos abaixo descritos.

A exclusão por comunicação da empresa encontra-se prevista nos artigos 30 e 31 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006:

“Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou (...)

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

(...)

§ 2º A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor.

§ 3º A alteração de dados no CNPJ, informada pela ME ou EPP à Secretaria da Receita Federal do Brasil, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

(...)

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;

(Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011).

(...)

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva; (...)

A norma transcrita encontra-se regulamentada pelos artigos 73 e 74 da Resolução CGSN nº 94, de 2011, cujo Anexo VI relaciona os CNAE impeditivos de opção ao Simples Nacional.

No caso vertente, verifica-se que o contribuinte foi excluído automaticamente do Simples Nacional, a partir de 01/04/2014 (fls. 07), em razão de incluir a atividade vedada relativamente ao CNAE 5250-8/04 – Organização logística do transporte de carga, listado no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011 (CNAEs impeditivos ao Simples Nacional).

A Lei Complementar nº 123/2006, no art. 39, dispõe que o “contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa que efetuar o lançamento ou a exclusão de ofício...”. (grifo nosso)

Por sua vez, a Resolução CGSN nº 94, de 2011, no art. 109, a respeito do Contencioso Administrativo, dispõe:

Art. 109. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federado que efetuar o lançamento do crédito tributário, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, caput)

§ 1º A impugnação relativa ao indeferimento da opção ou à exclusão poderá ser decidida em órgão diverso do previsto no caput, na forma estabelecida pela respectiva administração tributária. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 5º)

(...)

Desta forma, consoante se observa, a legislação do Simples Nacional é clara ao estabelecer o contencioso, instaurado pelo contribuinte com a sua impugnação contra o ato de indeferimento da opção (Termo de Indeferimento) ou contra o ato de exclusão de ofício (Ato Declaratório Executivo) emitidos pela Administração Tributária.

Na espécie, porém, trata-se de exclusão automática da sistemática do Simples Nacional decorrente de ato volitivo praticado pelo contribuinte, nos expressos termos legais acima reproduzidos, sendo instantânea a incidência da norma.

Logo, a manifestação da contribuinte não tem objeto, vez que a exclusão automática, nos termos legais, decorreu de ato seu e não de ato administrativo que pudesse contestar.

Com efeito, o próprio contribuinte pediu a sua exclusão do Simples Nacional ao proceder à alteração contratual e incluir atividade vedada. Ainda que se trate de manifestação de inconformidade contra a decisão da autoridade preparadora, na verdade desde o primeiro requerimento (fls. 4/5) o que pretende é manifestar “sua inconformidade” contra um ato que ele mesmo praticou, vez que não foi excluído de ofício pelo Fisco e sim motu próprio.

Conclusão.

Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, não conheço da manifestação de inconformidade, por falta de objeto.

No que se refere ao processo administrativo fiscal, o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, prevê:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. [...]

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. [...]

Consta no voto condutor do Acórdão da 4ª Turma DRJ/FOR/CE nº 08-35.936, de 17.05.2016, e-fls. 107-110, que a impugnação não foi conhecida ainda que tenha sido apresentada na forma, no tempo e no lugar previstos na legislação de regência.

A causa de pedir é o fato jurígeno e o objeto é o que se pede na aplicação da lei ao caso concreto. Para fins de caracterização da pretensão resistida qualificada no contexto do rito da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, o nexo de causalidade entre estes dois institutos restou configurado.

Por conseguinte, deve-se afastar o não conhecimento da impugnação para análise do mérito por ter sido instaurada regularmente a fase litigiosa no procedimento.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em dar provimento em parte do recurso voluntário para afastar o não conhecimento da impugnação com o consequente retorno dos autos DRJ/FOR/CE para análise do mérito por ter sido regularmente instaurada a fase litigiosa no procedimento.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva