



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11077.720438/2014-44
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.279 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente PAULO ROBERTO MOURA DA COSTA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

INCLUSÃO RETROATIVA. EXCEPCIONALIDADE.

A carência de cumprimento de formalidade ordinária para a inclusão no Simples pode ser excepcionalmente suprida pelo processo contemporâneo em que estava em discussão a anterior exclusão do contribuinte desse regime, de forma a atender a natureza instrumental do processo no mister de dar efetividade ao direito subjetivo incontroverso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reincluir o contribuinte no Simples Nacional a partir de 01/01/2015. Vencidos o relator Ricardo Antonio Carvalho Barbosa e o conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira que votaram no sentido de negar provimento ao recurso voluntário. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque.

(assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Presidente e Relator.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, André Severo Chaves (Suplente convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

PAULO ROBERTO MOURA DA COSTA - ME recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/Porto Alegre, Ac. nº 10-

56.639, fls. 43 a 46, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada na fase processual anterior.

Versa o presente processo sobre pedido de cancelamento da exclusão automática do Simples Nacional, que se deu em razão de a contribuinte ter incluído no seu cadastro CNPJ o exercício de atividade vedada.

Por bem retratar os fatos, reproduzo o relatório contido no acórdão recorrido:

Trata-se de empresa que foi **excluída** do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional em 20/05/2014 (fls. 17), com efeitos a partir de 01/06/2014, por comunicação à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB de que exercia atividade vedada desde 19/05/2014.

Da manifestação de inconformidade

O contribuinte apresenta sua manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional em 23/07/2014 (fls. 02). Alega que a empresa foi constituída com a atividade principal de comércio de joias e relógios e as atividades secundárias de prestação de serviços, conserto de joias e representações comerciais, enquadrando-se no regime do Simples Nacional.

Relata que em “09/05/2014” alterou seus atos constitutivos adicionando as atividades de comércio varejista de artigos de óptica e reparação e manutenção de outros objetos e equipamentos pessoais e domésticos. Em 18/07/2014, ao acessar os sistemas da Receita Federal foi surpreendido com a informação de sua exclusão do regime simplificado por constar em seus atos constitutivos a atividade secundária de representações comerciais (CNAE 4618-4/99), alegando que esta atividade nunca fora exercida e que constou em seus registros apenas prevendo uma viabilidade futura.

Assevera que tem interesse em manter-se no Simples Nacional e que após tomar conhecimento da sua exclusão deste Regime, alterou seus atos constitutivos, excluindo a atividade impeditiva, através de pedido que foi enviado para a Junta Comercial em 22/07/2014.

Ao final requer “*seja incluído no Simples Nacional a partir de 31/05/2014*” (fls. 02).

A DRF/Uruguaiana/RS emitiu o Despacho Decisório DRF/URA/Saort n.º 124 de 29/09/2014 (fls. 19) indeferindo o pleito do contribuinte sob o fundamento de que a inclusão no cadastro CNPJ de atividade econômica vedada ao Simples Nacional equivale à comunicação de exclusão deste regime. Consta, também, que o contribuinte providenciou a exclusão da atividade incompatível mas não comprovou que houve erro manifesto de fato no registro de tal atividade.

O contribuinte foi cientificado deste Despacho, via postal, em 13/10/2014 (fls. 25) e vem novamente ao processo em 14/10/2014 apresentar manifestação de inconformidade ao indeferimento de seu pleito (fls. 28/29). Além dos argumentos já apresentados anteriormente, sustenta que não exercia a atividade vedada alegando que para exercer a atividade de representação comercial é necessário estar registrado no CORE, o que nunca ocorreu e que seu faturamento é baixo, o que inviabilizaria a atividade caso aderisse a outra forma de tributação.

Por fim, requer seja acolhida a presente manifestação de inconformidade.

Ao apreciar a lide, a DRJ/Porto Alegre manteve a exclusão, em acórdão que contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/06/2014

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

A inclusão de atividade econômica no CNPJ, vedada à opção pelo Simples Nacional, equivale à comunicação obrigatória de exclusão da empresa deste regime de tributação.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Acórdão

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Cientificada em 25/05/2016, fls. 50, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 14/06/2016, fls. 53/54, com as seguintes alegações:

- A empresa foi constituída em 30.11.1987, conforme inscrição do CNPJ expedido em 02.12.1987;
- Quando da constituição da empresa, foi registrada com todas as atividades que poderia operar, sem que tivesse qualquer influência tributária conforme legislação vigente para o caso, na condição de ME, desde o início das atividades até a presente data exerceu somente a atividade de comércio varejista. A atividade de representação comercial nunca foi ativada, permaneceu com o CNAE dessa atividade, por constar desde a data da constituição;
- Os códigos CNAE impeditivos estão listados no Anexo I da Resolução CGSN nº 06/2007, data em que a empresa já estava constituída. A Lei complementar 123/2006 que regulamenta a tributação pelo Simples Nacional, também é posterior à constituição. Tão logo foi constatada a irregularidade, imediatamente foi feita a alteração de seus atos constitutivos conforme documentos já apresentados. Conforme relatório do voto (fls. 03, parágrafo 4º) "A Lei complementar nº 123/2006, em seu art. 12 institui o Simples Nacional e prevê que o exercício de algumas atividades impede a opção por este Regime Especial," O entendimento é claro que o *exercício da atividade*, impede a opção pelo simples, o que não ocorreu, e não causou nenhum prejuízo a União;

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

O litígio envolve a exclusão do Simples Nacional, a partir de 20/02/2013 (fls. 04), em razão de o contribuinte ter incluído atividade vedada, no caso, o “CNAE 4618-4/99 – outros representantes comerciais e agentes do comércio especializado em produtos não especificados anteriormente”.

A rigor, o que se depreende a partir da análise da petição inicial, fls. 02, e recursos subsequentes é a intenção do contribuinte de que sejam anulados os efeitos do ato por ele praticado, por ter supostamente cometido um equívoco ao proceder a alteração cadastral. Nesse sentido argumenta que (grifos acrescentados):

A empresa foi constituída e registrada em 15/12/1987, com a atividade principal de Comércio de joias, relógios; e secundárias Prestação de serviços, conserto de joias e Representações comerciais, conforme documento em anexo.

Em 09/05/2014, alterou seus atos constitutivos adicionando as atividades de Comércio varejista de artigos de óptica e Reparação e manutenção de outros objetos e equipamentos pessoais e domésticos, conforme documento às fls. 05.

(...)

A atividade de Representações nunca foi exercida empresa, consta apenas em seu registros para uma viabilidade futura ativar.

(...)

A exclusão nesta hipótese tem como supedâneo legal o disposto nos arts. 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)

(...)

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional; (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro 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; (...)

(Grifei)

Como se observa, o caso não se confunde com uma exclusão por iniciativa do fisco, que ocorre comumente em procedimentos de auditoria, mas sim em uma exclusão automática, expressamente prevista lei (Lei Complementar n.º 123/2006), a partir de ato praticado pelo próprio interessado (atualização cadastral).

Não restam dúvidas de que é possível que, por equívoco, um contribuinte proceda a uma alteração cadastral indevida. Por tal motivo, a própria Receita Federal já firmou entendimento de que eventual petição do interessado com o fito de ter sua exclusão cancelada equivale a um pedido de reinclusão no Simples Nacional – ainda que o pleito destoe da forma prevista nos arts. 6º a 8º da Resolução CGSN n.º 94, de 2011. Nesse sentido foi emitida a Solução de Consulta Interna SCI – Cosit n.º 06, de 03/04/2017¹.

No entanto, a grande diferença entre a situação aqui analisada e os casos em que ocorre uma exclusão de ofício está relacionada ao ônus da prova do fato alegado.

A legislação processual tributária utiliza a mesma regra consagrada no processo judicial civil, segundo o qual cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio (art. 373 do atual Código de Processo Civil - CPC²). Nesse sentido são os artigos 36 e 37 da Lei n.º 9784, de 29 de janeiro de 1999:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Compreendido o contexto em que se deu a exclusão, importante observar então, até prova efetiva em contrário, que a declaração de atividades fins deve ser tomada como caracterizadora da empresa, como bem ensina o Enunciado n.º 54 da I Jornada de Direito Civil do

¹ Compete às delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil, sob o rito do Decreto n.º 70.235, de 1972 (PAF), a apreciação de recurso em face de decisão da autoridade fiscal local da RFB que indefira pleito de reinclusão do Simples Nacional decorrente de exclusão por comunicação obrigatória (art. 74 da Resolução CGSN n.º 94, de 2011). Dispositivos Legais: Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 39.

² **Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Conselho da Justiça Federal, ao comentar o art. nº 966 do Código Civil, já citado no Despacho Decisório da DRF/Uruguaiana, fls. 21:

54 – Art. 966: é caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade fim, assim como a prática de atos empresariais.

(<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>)

Nessa condição, qual seja, de que a empresa declara que possui determinada atividade, torna legítima a presunção de que exerce essa atividade, sendo seu o ônus de provar que não a exerce.

Com efeito, no presente caso caberia ao contribuinte ter apresentado elementos de prova para demonstrar o equívoco supostamente cometido. Tal questão já havia sido devidamente destacada pela DRF/Uruguaiana, em seu despacho decisório de indeferimento do pedido, conforme se constata, *in verbis* (grifos acrescidos):

7. Como se observa, pela leitura dos dispositivos acima transcritos, representação comercial é atividade vedada ao optante pelo Simples Nacional e sua inclusão no cadastro CNPJ equivale à comunicação obrigatória de exclusão da sistemática simplificada.

8. Compulsando os autos, verifica-se que o contribuinte não juntou documentação, para fins de comprovar o erro escusável na inserção de atividade incompatível ao Simples Nacional.

9. Como se observa, a reclamante providencia a exclusão da atividade incompatível, mas não comprova que houve erro manifesto de fato no registro de tal atividade.

(...)

11. Em princípio, até prova efetiva em contrário, a declaração de suas atividades fins no contrato social deve ser tomada como caracterizadora de sua empresa, como bem ensina o Enunciado nº 54 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao comentar o art. 966 do Código Civil:

(...)

12. Todavia, a interessada não trouxe aos autos provas que comprovariam suas alegações, ônus que lhe é imposto pelo artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972:

(...)

Não obstante, o contribuinte não se preocupou em comprovar o erro cometido quando da apresentação da manifestação de inconformidade, nem tampouco quando do recurso voluntário, limitando-se a afirmar que “*A atividade de representação comercial nunca foi atizada, permaneceu com o CNAE dessa atividade, por constar desde a data da constituição*” (fls. 53), sem apresentar qualquer elemento de prova, ou justificar a ausência ou sua impossibilidade.

Quem não prova o que afirma não pode pretender ser tida como verdade a existência do fato alegado, para fundamento de uma solução que atenda ao pedido feito. Aliás, o adágio romano: *allegatio et non probatio, quae non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar).

Destaco, por fim, que não cabe aqui a aplicação da Súmula CARF n.º 134³, dado que não se trata de exclusão decorrente de ação fiscal. Informe-se, também, que a referida Súmula faz referência específica ao Simples Federal, o que não vem a ser o caso.

Destarte, não merece reparos o acórdão recorrido.

Conclusão.

De todo o exposto, encaminho meu voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa

Voto Vencedor

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, redator designado.

O ilustre relator trouxe ao colegiado uma valiosa descrição do cenário fático e do cenário jurídico atinentes ao presente processo. Todavia, o entendimento majoritário no colegiado foi diferente daquele trazido no voto inicial. Diante desse fato, coube a mim redigir o correspondente voto vencedor, aqui apresentado.

Conforme foi muito bem relatado, o processo versa sobre pedido de cancelamento da exclusão automática do Simples Nacional, que se deu em razão de o contribuinte ter incluído no seu CNPJ uma atividade vedada (representação comercial). O recorrente afirma que nunca exerceu tal atividade e que a incluiu em seus registros apenas prevendo uma viabilidade futura. Afirma ainda que, após tomar conhecimento da sua exclusão, alterou os seus atos constitutivos, excluindo a atividade impeditiva, através de pedido que foi enviado para a Junta Comercial em 22/07/2014. Por fim, requer que “seja incluído no Simples Nacional a partir de 31/05/2014”.

O relator, no seu voto inicial, propôs o indeferimento do pleito do recorrente. Após o devido debate, o colegiado adotou entendimento diverso, conforme apresentado a seguir.

Não há dúvida de que o contribuinte incluiu em seu cadastro uma atividade que é defesa no Simples, de forma a provocar a correta incidência da sua exclusão, nos termos do artigo 30 da Lei Complementar n.º 123/2006. Todavia, também não há dúvida de que essa alteração cadastral ocorreu por engano e que o contribuinte adotou todas as medidas cabíveis possíveis para reparar o erro, mas a legislação não prevê a possibilidade de desfazimento da exclusão.

³ **Súmula CARF n.º 134:** A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

No presente recurso, o contribuinte requer a sua inclusão retroativa a partir de 31 de maio de 2014, quando o seu cadastro já havia sido corrigido, ou seja, já não existia impedimento para a sua permanência no Simples. É certo que o contribuinte poderia ter feito uma nova opção no Portal do Simples em janeiro de 2015, mas havia ainda um pedido pendente de apreciação no presente processo, em que ele pleiteia a sua inclusão a partir da própria exclusão.

O colegiado entendeu que a inclusão a partir de maio de 2014 não poderia ser deferida, pois não se sabe a data certa em que o contribuinte regularizou o seu cadastro. Contudo, em janeiro de 2015, o contribuinte já estava apto a regressar ao Simples, pelo que o presente processo pode suprir a formalidade que não foi cumprida na época, exatamente pela existência deste processo, o qual estava pendente de decisão.

A inclusão retroativa de contribuinte no Simples é medida adotada pela Administração Tributária exatamente para acolher as situações excepcionais que impediram a opção regular. Apesar de não existir uma previsão legal expressa para semelhante situação, um procedimento excepcional tendente a corrigir um erro formal encontra guarida nos princípios da verdade material, da proporcionalidade e da razoabilidade. Ademais, não se vislumbra nessa solução excepcional qualquer violação às normas que regulam o sistema tributário nacional.

Assim, o colegiado entendeu que a carência do cumprimento de formalidade ordinária para a inclusão no Simples pode ser excepcionalmente suprida por este processo, contemporâneo à formalidade faltante e que discute a anterior exclusão do contribuinte desse regime. Com isso, invoca-se a natureza instrumental do processo no mister de dar efetividade ao direito subjetivo incontroverso.

Saliente-se que a própria Administração Tributária já se manifestou pela a possibilidade de considerar a contestação da exclusão mediante comunicação obrigatória como um pedido de reinclusão na sistemática do Simples, conforme a Solução de Consulta Interna COSIT nº 6, de 2017, a qual adotou a seguinte ementa:

EMENTA: SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO MEDIANTE COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA. PETIÇÃO PELO CANCELAMENTO DA EXCLUSÃO. PEDIDO DE REINCLUSÃO. EQUIVALÊNCIA. INDEFERIMENTO. RECURSO. COMPETÊNCIA. RITO.

Compete às delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil, sob o rito do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), a apreciação de recurso em face de decisão da autoridade fiscal local da RFB que indefira pleito de reinclusão do Simples Nacional decorrente de exclusão por comunicação obrigatória (art. 74 da Resolução CGSN nº 94, de 2011).

Ademais, a Câmara Superior de Recursos Fiscais deste CARF já adotou entendimento semelhante ao aqui proposto, quando permitiu a modulação no tempo do efeito da exclusão do Simples que se encontrava sob julgamento administrativo, nos termos do Acórdão nº 9101-002.220, de 03/02/2016, o qual adotou a seguinte ementa:

SIMPLES. EXCLUSÃO. REINCLUSÃO DE OFÍCIO. ADMISSIBILIDADE. Verificado que a situação motivadora da exclusão de ofício deixou de existir, estando o Ato Declaratório com seus efeitos suspensos desde a data da instauração da lide. deve a autoridade julgadora determinar tão somente o interregno de tempo em que teria surtido efeito a exclusão.

Diante do exposto, o colegiado decidiu por atender ao pedido de inclusão retroativa do contribuinte no Simples Nacional a partir de 1º de janeiro de 2015, assim dando parcial provimento a esse recurso.

(documento assinado digitalmente)
Neudson Cavalcante Albuquerque