



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11707.720534/2018-52
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.408 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 13 de maio de 2021
Recorrente TEATRALI PRODUÇÕES CULTURAIS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2018

RECURSO. PREMATURO. ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA DO CPC. ART.

Deve ser admitido como tempestivo o recurso apresentado antes da ciência formal da decisão recorrida, em obediência à aplicação supletiva e subsidiária do art. 218, § 4º, do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

CONHECIMENTO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES. ART. 30, § 3º, II, DA LC Nº 123/2006. APLICAÇÃO DECRETO Nº 70.235/72. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Mesmo tratando-se de exclusão automática do Simples Nacional, motivada por comunicação obrigatória pelo próprio contribuinte, em decorrência de inclusão de atividade econômica vedada à opção no CNPJ, deve ser-lhe garantido o contraditório e a ampla defesa, em observância ao rito do Decreto nº 70.235/72, à míngua de normatização específica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para anular a decisão de primeira instância e determinar o retorno dos autos à turma julgadora de origem para que profira nova decisão, nos termos do voto da relatora.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Carlos Alberto Benatti Marcon e Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 08-46.698, de 7 de maio de 2019, proferido pela 5ª Turma da DRJ/FOR, que não conheceu a manifestação de inconformidade da Recorrente.

Por bem resumir os fatos, adoto o relatório da decisão de piso que será complemento adiante:

“2. Trata-se de inconformidade manifestada contra a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de abril de 2018, havida em decorrência da inclusão cadastral de atividade econômica impeditiva de sua permanência na sistemática.

3. Conforme Segunda Alteração Contratual, efetuada em 06.03.2018, o contribuinte incluiu no seu objeto social a atividade “locação de mão de obra para o desenvolvimento de atividades afins” (CNAE 7820-5/00), que, por sua vez, consta do Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011 como vedada a microempresas e empresas de pequeno porte no Simples Nacional (fls 5/9).

4. Inconformado com a exclusão, o contribuinte manifestou contrariedade em 10.12.2018 (fls 2 e 21/22), requerendo a permanência no Simples Nacional, à luz das seguintes alegações, em síntese:

A Empresa em seu objetivo social e na sua atividade operacional não incluiu em sua alteração contratual atividades impeditivas que determinassem a sua comunicação de exclusão do SIMPLES NACIONAL que são: G8.10.2-02 - Aluguel de imóvel próprio 68.21.8-02 - Corretagem no aluguel de imóveis 78.20- 5-00 - Locação de mão de obra temporária.

(...)A empresa foi excluída em 30 de abril de 2018 por constar no seu CNPJ a atividade secundária impeditiva o CNAE -7820-5/00 - locação de mão-de-obra temporária (já retificado sem alteração contratual), em desacordo com o objetivo da empresa. Esta atividade não está elencada na cláusula quarta do contrato social e foi indevidamente inserida no CNPJ (regularizado)”.

Ao apreciar referida manifestação de inconformidade, a 5ª Turma da DRJ/FOR entendeu por bem não conhecê-la, por entender que ao presente caso aplica-se os preceitos gerais da Lei nº 9.784, de 1999 e não o Decreto nº 70.235, de 1972.

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário com os seguintes argumentos:

“SÍNTESE DO PROCESSO

A recorrente foi excluída do SIMPLES em 30 de abril de 2018 em virtude da sua segunda alteração contratual ter em seu objetivo " mão de obra para o desenvolvimento de atividades, afins" que nada se assemelha ou tem quaisquer correlação com o CNAE - 7820-5/00 - Locação de mão de obra temporária. No CNPJ emitido pela Secretaria da Receita Federal foram inseridas atividades impeditivas que em nenhum momento fez parte do contrato de constituição e posteriores alterações contratuais.

O objetivo da empresa é e sempre foi;" *a locação de teatros, salas e outros ambientes destinados a atividades artísticas e culturais em geral.*"

Em contestação a Empresa não se conforma que inclusões indevidas de cnaes no CNPJ que não correspondem a atividade praticada pela empresa e legitimada pelo contrato social e devidamente retificadas dentro do prazo legal seja base para a exclusão do Regime do SIMPLES NACIONAL, inviabilizando a continuidade de suas atividades.

A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL em 30 de abril de 2018 não merece ser mantida, pois a exclusão foi por um meio inadequado de inclusão de cnae que não tem base documental legal.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer que o Recurso Especial seja admitido e, no mérito, provido para que o acórdão exarado por esta Turma seja inteiramente reformado, determinando, consequentemente, a anulação da sentença proferida. Termos em que, pede deferimento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maurîtânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

Da análise de admissibilidade

Antes de analisar o mérito da petição apresentada pela contribuinte, é imprescindível verificar se a mesma atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Explique-se.

Conforme se verifica nos autos, às e-fls. 58, a Recorrente foi cientificada de tal decisão, proferida pela DRJ, em 13/03/2020, com fulcro no “Termo de Ciência por Abertura de Mensagem”.

Neste contexto, o Decreto nº 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, determina que, do julgamento de primeira instância, cabe apresentação de recurso voluntário total ou parcial no prazo de trinta dias, conforme abaixo:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Ainda, o mesmo Decreto citado esclarece como deve ser realizada a forma de contagem dos prazos no âmbito dos processos administrativos, veja abaixo:

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Assim, considerando que a Recorrente **teve ciência do acórdão de piso em 13/03/2020 (sábado)**, o termo inicial para contagem aludido prazo, primeiro dia útil seguinte, foi o dia **16/03/2020 (segunda-feira)**, e, por conseguinte, ela possuía como termo final para apresentação do recurso voluntário o dia **14/04/2020 (terça-feira)**. Ocorre que desde **o dia 29/05/2019** (e-fls. 45) a Recorrente já tinha apresentado seu o recurso voluntário, antecipando-se, pois, à ciência formal da decisão recorrida.

É certo que a legislação de regência do processo administrativo não traz disposição específica acerca do chamado “recurso prematuro”, noutros falares, aquele oferecido antes da publicação ou da cientificação .

Porém, cabe trazer à baila o art. 218, § 4º do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que, nos termos do seu art. art. 15, aplica-se de maneira “supletiva e subsidiariamente”, ao Processo Administrativo Fiscal, adota a tempestividade do “ato praticado antes do termo inicial do prazo”, *in verbis*

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

(...)

§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Desta forma, entende-se que o recurso voluntário apresentado em 29/05/2019 – portanto, antes da ciência formal - *dies a quo* para interposição defesa - deve ser considerado tempestivo, consoante disposição do artigo transcrito.

Neste sentido, é o entendimento deste Tribunal:

RECURSO PREMATURO. ADMISSIBILIDADE. Por força da aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil, deve ser admitido como tempestivo o recurso apresentado antes da ciência formal da decisão recorrida(...) - (Acórdão nº 2401-009.092, Relator: Rodrigo Lopes Araújo, Data da Sessão: 14/01/2021)

RECURSO PREMATURO. ADMISSIBILIDADE Em respeito aos princípios da instrumentalidade, da boa-fé e da celeridade processual, e por força da aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil, deve ser admitido como tempestivo o recurso apresentado antes da ciência formal da decisão recorrida(...) - (Acórdão nº 1302-004.843, Relator: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Data da Sessão: 17/09/2020)

Em completo à fundamentação das minhas razões de decidir, pinço trecho do voto vencedor, inserto no último acórdão mencionado, da lavra do Relator Paulo Henrique Silva Figueiredo:

“(…) A legislação que rege o processo administrativo não traz regramento específico em relação ao “recurso prematuro”, ou seja, aquele apresentado antes da publicação ou da ciência.

De outra parte, no art. 218, § 4º, da Lei 13.105, de 2015 - o novo Código de Processo Civil (aplicado, “supletiva e subsidiariamente”, ao Processo Administrativo Fiscal, conforme o seu art. 15), reconhece-se a tempestividade do “ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

De outra parte, as manifestações mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, também acatam o “recurso prematuro”, prestigiando o princípio da instrumentalidade e a boa fé do recorrente que contribui para a celeridade processual. Neste sentido, Agravo Regimental no RE 613.043/SC, Primeira Turma do STF, Relator Ministro Edson Fachin, Data de julgamento 09/12/2016, DJe 19/12/2016; Agravo Regimental no RE 895.539/BA, Segunda Turma do STF, Relator Ministro Teori Zavascki, Data de julgamento 14/06/2016, DJe 28/06/2016; e Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.129.215/DF, Corte Especial do STJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data do julgamento 16/09/2015, DJe 03/11/2015.

Por fim, no próprio âmbito do CARF, há precedente s com o mesmo entendimento, a exemplo do Acórdão nº 3402 - 003.484, de 29 de novembro de 2016, Relator Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, e do Acórdão nº 9101 - 003.273, de 06 de dezembro de 2017, Relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Deste último julgado, destaco, pela pertinência, o seguinte excerto:

A ciência nunca representou e hoje ainda menos representa conhecer do conteúdo da decisão, basta ver que o conteúdo da decisão pode ser obtido do sítio do CARF na internet imediatamente na sua data de publicação, ainda que a ciência possa ocorrer vários dias, ou até meses, depois. Antes de os acórdãos estarem publicados no sítio do CARF, a PGFN poderia ter acesso ao conteúdo da decisão apenas consultando o e - processo, também o contribuinte poderia ter acesso ao conteúdo da decisão por meio do pedido de cópia do processo, mas nenhum desses atos poderiam impactar na ciência formal.

Ciência é um instituto jurídico que, apesar do nome, não representa conhecer do conteúdo da decisão, ou seja não é estar "ciente" do conteúdo da decisão, mas sim o termo inicial do momento processual de agir, é o dia no tempo que inaugura a necessidade de movimentação da parte. Daí porque, por ser um instrumento processual, poder se utilizar de ficções e presunções, como é o caso da ciência presumida.

De fato, no caso sob apreciação, não importa por quais meios a Recorrente tomou conhecimento do conteúdo do Acórdão recorrido. O relevante é que disporia de trinta dias para a apresentação do seu Recurso Voluntário (...)."

Por conseguinte, o Recurso é tempestivo, bem como preenche os demais requisitos de admissibilidade. Logo, dele tomo conhecimento.

Da exclusão automática do contribuinte do Simples Nacional motivada por comunicação obrigatória, na forma do art. 30, II, da LC nº 123/06

A decisão recorrida não conheceu da Manifestação de Inconformidade sob a alegação de que teria o próprio contribuinte requerido a sua exclusão do Simples Nacional ao incluir atividade vedada em seu contrato social, no seguintes termos:

"(...)

6. Não se conhece da petição de fls 2 e 21/22, por não serem albergados pelo rito do Decreto nº 70.235, de 1972.

7. Com efeito, no que tange ao sistema do Simples Nacional, a incidência do mencionado decreto, em procedimento litigioso, circunscreve-se aos casos em que se interpõe impugnação a atos administrativos de indeferimento de opção pelo regime simplificado ou de exclusão de ofício desse regime, *ex vi* do disposto no art. 29, § 5º, c/c 39, *caput*, da Lei Complementar nº 123, de 2006, *in litteris*:

Lei Complementar nº 123, de 2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional darse- á quando:

I - verificada **a falta** de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...).

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...).

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o **indeferimento da opção ou a exclusão de ofício**, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (grifo nosso)

8. Sucede que a matéria controvertida é a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, em face de sua própria opção, feita mediante alteração cadastral para incluir atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional, nos termos do art. 74 da Resolução CGSN nº 94, de 2011, *in verbis*:

Art. 74. A alteração de dados no CNPJ, informada pela ME ou EPP à RFB, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, § 3º)

(...)

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

(...)

Parágrafo único. A exclusão de que trata o caput produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 31, inciso II)

9. Assim, à míngua de uma normatização específica, aplicam-se, ao presente procedimento, os preceitos gerais da Lei nº 9.784, de 1999.

10. Pelo exposto, voto por não conhecer da petição de fls 2 e 21/22.”

Porém, alterando meu posicionamento anterior, entendo que o acórdão de piso merece ser reformado, posto que, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, reconheço ser perfeitamente aplicável, *in casu*, na falta de norma específica, o rito Decreto Decreto nº 70.235, de 1972.

Neste preciso sentido, inclusive, tem sido as decisões mais recentes proferidas neste Tribunal e assim nos orienta:

DEVE SER CONHECIDA CONTESTAÇÃO À EXCLUSÃO DO SIMPLES COM BASE NO ARTIGO 30, § 3º, II, DA LCP 123/2006. Em que pese a previsão legal de equivalência à “comunicação obrigatória de exclusão”, deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa contra ato de exclusão do Simples Nacional em decorrência de inclusão de atividade econômica vedada à opção no CNPJ. (Acórdão nº 1301-004.766, Relator: Lucas Esteves Borges, Data da Sessão: 15/09/2020)

Do voto condutor do acórdão, cuja ementa foi transcrita, colhe-se trecho que aplica-se como luva ao caso em tela e reflete meu entendimento:

“(…)

Por outro lado, a doutrina moderna, igualmente louvável e da qual me filio, que tem como precursor o Professor Paulo de Barros Carvalho, defende ser necessária a subsunção do fato à norma. Para a corrente moderna, a norma geral e abstrata precisa de um agente competente para traduzir o evento em fato jurídico e, assim, expedir a norma individual e concreta. Assim pontua o Professor Paulo de Barros Carvalho:

As normas gerais e abstratas, dada sua generalidade e posta sua abstração, não têm condições efetivas de atuar num caso materialmente definido. Ao projetar-se em direção à região das interações sociais, desencadeiam uma continuidade de regras que progridem para atingir o caso especificado.

(...)

Pois bem, no caso das normas gerais, o antecedente ou suposto anuncia a previsão de acontecimentos futuros, segundo a fórmula: “se ocorrer o fato F”. Diferente da regra individual e concreta: “dado que ocorreu o fato F”.

Não resta dúvida acerca do texto legal (norma geral e abstrata), que de forma clara estipula que a alteração de dados no CNPJ, para incluir atividade econômica vedada, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional:

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;

(...)

Não resta dúvida acerca do texto legal (norma geral e abstrata), que de forma clara estipula que a alteração de dados no CNPJ, para incluir atividade econômica vedada, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional:

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;

(...)

Acontece que, para que a exclusão seja efetivada, se faz necessário um ato administrativo, realizado pela autoridade competente. **Ainda que a alteração equivalia à comunicação obrigatória, a mera comunicação não produz efeitos automáticos e infalíveis.**

A norma individual e concreta, no caso, é o ato do agente público que retirou o contribuinte da sistemática do Simples Nacional, em decorrência da alteração dos dados no CNPJ.

Nesse contexto, entendo que o não conhecimento da Manifestação de Inconformidade sob o argumento de que o contribuinte não poderia se insurgir contra um ato praticado por si, não merece respaldo, já que, em que pese ter havido uma comunicação obrigatória, nos termos da lei, para a efetiva subsunção do fato à norma foi necessária a prática de um ato administrativo, qual seja, a efetiva exclusão do contribuinte do Simples Nacional, do qual lhe é garantido o contraditório e a ampla defesa, sob pena de cerceamento ao direito de defesa. (Grifou-se)

Ademais, penso que a exclusão do Simples Nacional discutida nestes autos configura, de forma analógica, verdadeiro pedido de reinclusão a merecer tratamento equivalente à solicitação de opção¹, de modo que o seu indeferimento instaura um litígio e o seu recurso pode ser recepcionado como uma impugnação contra o indeferimento da opção, de modo a atrair a aplicação do rito previsto no Decreto nº 70.235, de 1972.

Neste preciso sentido, cita-se:

“SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA INCLUÍDA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA POR COMUNICAÇÃO. PROVA EM CONTRÁRIO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. ADMISSIBILIDADE

Em analogia com o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em decorrência do exercício de atividade vedada, no caso da exclusão por comunicação realizada pelo contribuinte, a impossibilidade de recolhimento dos tributos pelo regime beneficiado não decorre de uma constatação do Fisco, mas de uma informação prestada pelo próprio contribuinte, de modo que recai sobre este o ônus de comprovar as atividades efetivamente desempenhadas.

O fato de o contribuinte comunicar que exerce atividade vedada, conforme código de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), constitui um elemento de prova por ele próprio construída em seu desfavor, sendo, porém, plenamente admissível que ocorram equívocos na referida comunicação, de modo que possa haver a revisão da exclusão automática, mediante a apresentação de provas cabais por parte do contribuinte.” (Acórdão nº 1302-004.594, Relator Designado: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Data: 14/07/2020)

Assim sendo, entendo que deve ser admitida a possibilidade de formar um contencioso administrativo, seguindo rito disposto no Decreto nº 70.235, de 1972, mesmo em se tratando de exclusão automática do contribuinte do Simples Nacional motivada por comunicação obrigatória pelo próprio contribuinte, na forma do art. 30, II, da LC nº 123/06.

Por tal razão, a fim de evitar a supressão de instância e tendo em vista o cerceamento ao direito de defesa, entendo por bem em anular a decisão de piso, acolhendo a provocação indireta do Recorrente, a fim de que lhe seja assegurado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

¹ Solução de Consulta Interna nº 6 - Cosit, de 3 de abril de 2017:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

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).
Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39

Digo provocação indireta, pois apesar de a Recorrente não ter se insurgido de forma expressa contra o não conhecimento da Manifestação de Inconformidade, em meu sentir, seu Recurso Voluntário ao veicular questões relacionadas aos fundamentos da decisão recorrida, está se insurgindo indiretamente contra a decisão de primeira instância

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário analisado, no sentido de anular a decisão recorrida, por cerceamento ao direito de defesa, determinar o retorno dos autos à turma julgadora de origem para que profira nova decisão enfrentando o mérito da questão.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça