



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13646.000059/2011-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.807 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2020
Recorrente LUCIANO JOSÉ DE OLIVEIRA & CIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

PEDIDO DE EXCLUSÃO RETROATIVA. INDEFERIMENTO POR INOBSERVÂNCIA DE PRAZO NORMATIVO. VALIDADE.

Correto o indeferimento de pedido de exclusão retroativa no Simples Nacional quando não protocolado dentro do prazo normativo e não comprovada ocorrência de erro de fato no procedimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado) e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo de pedido de exclusão do SIMPLES NACIONAL protocolado em 03/02/2011. O pedido da Recorrente é de exclusão do sistema simplificado de forma retroativa à data de 01/01/2010. Abaixo transcrevo o Relatório da decisão recorrida que bem retrata os fatos atinentes ao processo:

Alega o contribuinte que a solicitação de exclusão do regime relativamente ao ano calendário 2010, exercício 2011, não foi feita dentro do prazo legalmente estabelecido devido a problemas no sítio

eletrônico da Receita Federal do Brasil (RFB), mesmo assim, tendo optado pela tributação com base no Lucro Real, cumprindo todas as obrigações inerentes ao referido regime de tributação.

Ocorre que, em 13/2/2013, o Serviço de Orientação e Análise Tributária (SAORT) emitiu Despacho Decisório, de número 13/001 (fls. 84/89), indeferindo o pleito do sujeito passivo, haja vista que da análise dos documentos que constam no presente processo, constata-se que à época legalmente estabelecida para a escolha do regime de tributação, o contribuinte atendia os requisitos básicos para a permanência no SIMPLES NACIONAL (condição de EPP e atividade permitida), tendo efetuado, espontaneamente, a exclusão do regime em 29/01/2011, gerando efeitos para o ano calendário 2011, em conformidade com o disposto no art. 6º, inciso I, § 1º, da Resolução CGSN n.º 15/07.

Ademais, considerando a ausência de documentos que comprovem a informação de ter ocorrido problemas na transmissão eletrônica da exclusão da empresa no portal do SIMPLES NACIONAL e, considerando o caráter irretratável da opção anual (art. 16, da LC n.º 123/06), não há como acatar o pleito do sujeito passivo.

Verificada a inexistência de erro de fato, bem como de quaisquer outros elementos que pudessem justificar a exclusão da empresa do regime, por iniciativa da administração, foi indeferido o pedido sob análise.

Devidamente cientificada do Despacho Decisório, de número 13/001 (fls.84/89), em 27/2/2013 (fl. 91), o contribuinte protocola manifestação de inconformidade em 1/4/2013 (fls. 92/100), alegando, em síntese, o que se relata a seguir.

Em momento algum analisou-se a evidente ocorrência de erro de direito caracterizado pela falha no envio de dados à Receita Federal do Brasil via internet.

Verifica-se claramente que não fora ainda disponibilizado ao contribuinte nenhuma ferramenta que possibilite a remessa e o registro *offline* dos requerimentos, muito menos qualquer sistema ou registro de indisponibilidade ou falha no envio.

Por outro lado, durante todo o período em que se pleiteia a retroação pela exclusão do SIMPLES a recorrente cumpriu todas as suas obrigações principais e acessórias como se o pedido de exclusão tivesse sido processado, ou seja, apuração pelo lucro real.

Além disso, a exigência de comprovação da eminente falha no sistema da receita, sem que haja sequer um relatório de processamento é o mesmo que buscar-se a demonstração do erro de fato aproveitando-se de prova negativa.

A manifestação de inconformidade ao despacho decisório proferido pela Delegacia da Receita Federal de Uberaba foi julgada pela Delegacia da Receita Federal de

Julgamento de Salvador – DRJ/SDR que editou o acórdão n.º 15-34.956 – 7ª Turma, de 06 de março de 2014 (v. e-fls. 106/109). A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. PEDIDO DE EXCLUSÃO RETROATIVA. PRAZO EXPIRADO. INDEFERIMENTO.

Salvo as vedações legalmente estabelecidas, é facultado ao contribuinte, anualmente, optar pelo regime de tributação do SIMPLES NACIONAL, de forma irrevogável para todo o ano-calendário.

A exclusão voluntária do SIMPLES NACIONAL poderá ser efetuada a qualquer tempo, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário, se comunicada no próprio mês de janeiro ou a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, se comunicada nos demais meses.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

A referida decisão pontuou os seguintes fundamentos para negar provimento ao recurso da Contribuinte:

Consultando o histórico do sujeito passivo no Simples Nacional (fls. 63 e 64) verifica-se que este é optante do SIMPLES NACIONAL desde 29/06/2007 (ingresso por migração automática) tendo efetuado, voluntariamente, a exclusão do regime em 29/01/2011, gerando efeitos para o ano-calendário de 2011.

A prova da alegação de ter ocorrido problemas na transmissão eletrônica da exclusão da empresa no portal do SIMPLES NACIONAL, considerando o caráter irrevogável da opção anual (art. 16, da LC n.º 123/06), compete ao sujeito passivo.

Ademais, ocorrendo erro na manutenção do sistema eletrônico, caberia ao sujeito passivo, em tempo hábil, protocolar pedido na repartição da RFB correspondente à sua circunscrição.

A convicção da autoridade julgadora advém, no processo administrativo fiscal, dos elementos probatórios carreados pela fazenda e pelo próprio impugnante. Daí a necessidade de se comprovarem os fatos deduzidos em defesa.

Com relação ao ônus probatório, é do escólio de Marcos Vinícius Neder e Maria Tereza Martinez López:

No processo administrativo fiscal federal, tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Então o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o interessado aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá de

provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a existência de fatores excludentes. (Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 2002, p. 207).

Ainda o art. 36, da Lei 9.784/99, determina que cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução.

O art. 333, do Código de Processo Civil, estatui que o ônus da prova incube ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Exatamente dentro deste contexto é que à autoridade lançadora incube o ônus da prova da ocorrência do fato jurídico tributário ou da infração que deseja imputar ao contribuinte e ao contribuinte incube provar os fatos impeditivos do nascimento da obrigação tributária ou de sua extinção e os requisitos constitutivos de uma isenção ou outro benefício tributário.

Verificada a inexistência de erro de fato e/ou inconsistência dos sistemas da RFB, bem como de quaisquer outros elementos que pudessem justificar a exclusão da empresa do regime, só resta o indeferimento do pedido sob análise.

Não se conformando com a decisão retro, a Recorrente apresentou o recurso de e-fls. 117/127, através do qual alega o seguinte:

- 1) Preliminarmente, aduz a inconstitucionalidade do § 2º do art. 32 do Decreto nº 70.235/72, que trata, segundo a Recorrente, de arrolamento de bens; propugna pelo afastamento da exigência de arrolamento prévio de bens e direitos em função da exigência fiscal;
- 2) Alega a Recorrente que no ano calendário de 2010 adotou comportamento compatível com o Regime do Lucro real, cumprindo todas as suas obrigações, tais como apresentação de DACON, DCTF, recolhimento de impostos federais bem assim apresentou declarações conforme cópias juntadas aos autos; A conduta da Recorrente demonstraria claramente que no ano calendário de 2010 teria agido como se o seu requerimento de exclusão do SIMPLES tivesse sido regularmente processado e acolhido;
- 3) Assim, as circunstâncias acima elencadas seriam o fundamento para a caracterização da ocorrência do erro de fato cometido quando da tentativa de exclusão do SIMPLES; Ao mesmo tempo, a verificação concreta de tal comportamento seria suficiente para relativizar e, ao final, afastar a ausência de prova em relação à falha do sistema da Receita Federal que não teria processado o seu pedido de exclusão;
- 4) Aduz que a Lei Complementar nº 123/2006 não conteria nenhum dispositivo que impossibilitasse a exclusão retroativa; o que há é mero estabelecimento de marco temporal para o regular exercício, no caso, o pedido de exclusão do

sistema; assim, a ausência de comunicação de mudança de regime constituir-se-ia em mera formalidade, independentemente de tal falha ter ocorrido por problemas técnicos ou não;

Afinal vieram os autos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Como vimos no Relatório, a Recorrente não se conformou com a negativa de seu pedido de exclusão do SIMPLES NACIONAL, requerida em fevereiro de 2011, retroativamente a 01/01/2010. A negativa ao seu pedido foi dada em função da verificação, por parte da Autoridade Administrativa, da inexistência de “*erro de fato*”, bem assim de quaisquer outros elementos que pudessem justificar a exclusão da empresa do regime, por iniciativa da Administração.

O citado “*erro de fato*” refere-se à alegada tentativa frustrada da Recorrente em fazer a comunicação de exclusão do SIMPLES no ano calendário de 2010; segundo a Contribuinte, o sistema de transmissão (via internet) teria apresentado problemas técnicos que impediram o regular processamento do seu pedido de exclusão. Inobstante o problema técnico relatado, a Recorrente teria apresentado todas as declarações e efetuado os recolhimentos dos tributos cabíveis durante o ano calendário de 2010 de acordo com a sistemática de apuração do lucro real.

A decisão recorrida não acolheu as alegações da Recorrente haja vista a inexistência de provas nos autos da efetiva ocorrência do aventado “*erro de fato*”. Também fundamentou sua decisão a Autoridade Julgadora *a quo* na inexistência de quaisquer outros elementos que pudessem justificar a exclusão da empresa do regime de tributação simplificado.

Não se conformando com a decisão proferida pela DRJ/SDR, a Contribuinte recorre a este Conselho repetindo as alegações já deduzidas na manifestação de inconformidade, acrescido do argumento de que o fato de ter recolhido os tributos e apresentado as declarações (DACON, DCTF etc) de acordo com a sistemática de apuração do lucro real, seriam suficientes para suprir a ausência de provas relativas às falhas no sistema de transmissão de dados da Receita Federal e para caracterizar a ocorrência do erro de fato aventado. Também aduz a Recorrente que a ausência de comunicação de mudança de regime, no caso da exclusão,

independentemente de tal falha haver ocorrido por problemas técnicos ou não, seria mera formalidade.

Creio não ter razão a Recorrente.

A Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, estabeleceu, de forma clara e categórica, que a opção pelo regime é irretratável para todo ano-calendário. Também estabeleceu a competência do Comitê Gestor do Simples Nacional para regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime. Vejam a redação do referido dispositivo legal a esse respeito:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o [art. 1º desta Lei Complementar](#) será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

(...)

*§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do **caput** deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o [art. 12 desta Lei Complementar](#), observadas as demais disposições desta Lei Complementar.*

(...)

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

O Comitê Gestor do Simples Nacional, no exercício da competência atribuída a ele pelo retrocitado artigo 2º, § 6º, da Lei Complementar n.º 123/2006, editou a Resolução CGSN n.º 15, de 23/07/2007, para regulamentar as formas de exclusão do Simples Nacional. Abaixo, reproduzo os excertos da citada Resolução que nos interessam no presente caso:

Art. 3º - A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

(...)

§ 1º - A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por meio do Portal do Simples Nacional na internet:

I - na hipótese do inciso I do caput, a qualquer tempo;

(...)

**Art. 6º - A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:
I - na hipótese do inciso I do art. 3º, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo;**

(...)

§ 1º Na hipótese de a ME ou a EPP excluir-se do Simples Nacional no mês de janeiro, na hipótese do inciso I do art. 3º, os efeitos dessa exclusão dar-se-ão nesse mesmo ano-calendário.

(...)

Pelo que se depreende dos dispositivos transcritos, o Comitê Gestor do Simples Nacional estabeleceu a forma pela qual os contribuintes deveriam comunicar sua intenção de sair do regime (por meio do Portal do Simples Nacional na internet). Estabeleceu também a data dos efeitos da comunicação; assim, no caso da Recorrente, a intenção de deixar o SIMPLES já no ano de 2010, necessariamente deveria ter sido realizada, via comunicação à Receita Federal, até o último dia do mês de janeiro do respectivo ano calendário.

Assim, sendo a norma em questão de observância obrigatória pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que determinado contribuinte tenha solicitado validamente a opção pelo Simples Nacional, só poderia ver-se excluído com efeitos no mesmo ano-calendário da opção se efetuasse a comunicação de exclusão no prazo e na forma previstos para tanto na Resolução n.º 15 do CGSN, o que, evidentemente, não foi o caso da Recorrente.

Em que pese o seu inconformismo, a pretensão da Contribuinte não tem base normativa. A alegação de que as exigências constantes da Resolução CGSN n.º 15 seriam inconstitucionais também carece de qualquer fundamento, eis que tais resoluções estão expressamente previstas e bem delimitadas quanto ao seu conteúdo na própria Lei Complementar n.º 123/2006. Ademais, este Conselho não tem competência para adentrar no mérito da constitucionalidade da legislação tributária, conforme claramente assentado na Súmula 02 do CARF.

Também não merece acolhida a arguição de que a ausência de comunicação de mudança de regime constituir-se-ia em mera formalidade, independentemente de tal falha ter ocorrido por problemas técnicos ou não. Ao Fisco interessa, além de arrecadar os tributos de sua competência legal, assegurar o fiel cumprimento da legislação tributária e administrar o universo de contribuintes de maneira adequada, particularmente no que tange à estabilização dos critérios de tributação a que deve se submeter cada Administrado. Dentro deste contexto está a necessidade de estabilização da opção feita pelas pessoas jurídicas em relação ao Simples Nacional. Assim sendo, não há que se falar, na espécie, em mera formalidade nas relações estabelecidas entre o Fisco e os Contribuintes no que tange as regras estabelecidas para a inserção, manutenção ou mesmo da exclusão do SIMPLES.

Por último, o fato de ter entregue DAFON, DCTF, ou de ter recolhido todos os tributos como se estivesse submetida à forma de apuração do lucro real durante o ano calendário de 2010, não socorre às pretensões da Recorrente de, por si só, caracterizar a ocorrência de erro de fato na alegada tentativa de comunicar a sua exclusão do sistema ainda no ano de 2010. O presente caso não trata de inclusão retroativa, situação em que poderíamos aplicar o disposto no Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 16, de 02/10/2002.

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.

Além de estarmos tratando aqui de **exclusão retroativa**, o ADI nº 16/2002 é cristalino ao exigir a **comprovação do erro de fato**, o que não ocorreu no caso concreto, circunscrito a meras alegações da Recorrente de que teria tentado transmitir a comunicação de exclusão do SIMPLES em 2010 (sem sequer precisar a data em que tal tentativa teria ocorrido). Portanto, sem a prova sequer da tentativa de comunicação da exclusão, não há como se dar guarida às alegações da Recorrente.

No mesmo sentido, diversos acórdãos deste Tribunal, dentre eles os de nº 1401-00.425, 1002-001.371 e 1003-001.736, este último da Relatoria da Ilustre Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, editado em 09 de julho de 2020, cuja ementa reproduzo abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2007

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO RETROATIVA. OPÇÃO DO CONTRIBUINTE.

A legislação de regência não prevê hipótese de exclusão voluntária retroativa do SIMPLES NACIONAL, daí sua impossibilidade.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves