



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13657.720094/2018-00
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1201-004.688 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de fevereiro de 2021
Recorrente COMERCIAL ROXIBON LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015, 2016

SIMPLES NACIONAL. DESENQUADRAMENTO RETROATIVO DO REGIME. VERDADE MATERIAL.

Deve ser reconhecido o direito do contribuinte de optar pelo desenquadramento retroativo do regime se ele conseguir demonstrar que a opção pelo regime do Simples Nacional se deu por equívoco.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Efigenio de Freitas Junior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Alexandre Evaristo Pinto, Jeferson Teodorovicz e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do r. acórdão nº **11-31.197**, proferido pela 10ª Turma da DRJ em Belo Horizonte que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada.

Trata o presente processo de solicitação de exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Conforme petição inicial protocolizada em 15/01/2018 (fl. 2/4), a contribuinte solicitou a sua exclusão do regime especial com efeitos retroativos aos anos de 2015 e 2016. Alegou que nunca teve a intenção em figurar como optante do regime, sendo que, neste período, sempre teve a sua tributação procedida pelo Lucro Presumido, tendo recolhido os tributos devidos e cumprido com suas obrigações acessórias observando-se este regime de tributação. Arguiu a ocorrência de erro material ou sistêmico que a incluiu indevidamente no Simples Nacional.

A autoridade administrativa jurisdicionante, conforme Despacho Decisório n.º 86/2018 – RFB/DRFVAR/SAORT/GEDOC, de 05/07/2018 (fls. 81/82), indeferiu o pleito sob fundamento de que, nos termos da legislação de regência, a opção pelo Simples Nacional, operada através do Portal do Simples Nacional, é irretratável para todo o ano-calendário. Observou que, por opção da contribuinte, a mesma ingressou no Simples Nacional no ano-calendário de 2015, permanecendo no regime especial também no ano-calendário de 2016.

Ciente do indeferimento de sua solicitação em 11/07/2018, consoante documento juntado às fl. 83, a pessoa jurídica ingressou com manifestação de inconformidade em 08/08/2018, na qual solicita seu desenquadramento do regime a partir de 01/01/2015, sob as seguintes alegações, em suma:

(i) nos anos de 2015 e 2016 a empresa cumpriu com todas as suas obrigações fiscais, principais e acessórias, na forma de tributação pelo Lucro Presumido;

(ii) ocorre que por um erro material do sistema Simples Nacional, no final de 2014 a contabilidade da empresa chegou a fazer, por equívoco, um agendamento da opção para o ano seguinte (2015). Contudo, ao verificar este erro, foi elaborado o cancelamento de opção do Simples Nacional;

(iii) muito embora o cancelamento tenha sido executado, apenas no decorrer do ano de 2016 é que a empresa verificou o erro, o que a levou a solicitar a exclusão, apenas para corrigir esta divergência cadastral, posto que nunca teve a intenção de aderir e de permanecer como optante do Simples Nacional nos anos de 2015 e 2016;

(iv) o erro sistêmico é manifesto, tanto que a empresa jamais deixou de exercer qualquer obrigação tributária no regime do Lucro Presumido;

(v) evoca a aplicação do Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 16/2002, o qual dispõe sobre a retificação de ofício por parte da Receita Federal, quando o erro de fato é verificado, principalmente nos casos em que se verifica a real vontade da empresa em não permanecer como optante do Simples Nacional.

A r. DRJ em Belo Horizonte entendeu pela improcedência da impugnação em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES NACIONAL

Anos-Calendário: 2015 e 2016

SIMPLES NACIONAL. DESENQUADRAMENTO RETROATIVO DO REGIME. IMPOSSIBILIDADE.

Não há amparo na legislação do Simples Nacional para reconhecer o direito do contribuinte de optar pelo desenquadramento retroativo do regime, sem que tenha formalizado a sua opção pela desistência do Regime, no Portal do Simples Nacional, no prazo estipulado pela legislação.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada a Recorrente apresentou Recurso Voluntário em que sustentou ter sido a opção pelo Simples Nacional mero equívoco operacional, haja vista que no período indicado sempre cumpriu com obrigações principais e acessórias próprias de empresas optantes pelo lucro presumido, o que se verifica pela entrega de SPED, DAPI (obrigação acessória municipal), DCTFs e respectivos DARFs de pagamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Mérito

No mérito a questão gira em torno da possibilidade de a administração pública reconhecer o equívoco na opção pelo Simples Nacional, a despeito de previsão legal específica, quando o contribuinte cumpriu todas suas obrigações fiscais e acessórias em outro regime fiscal.

Entendo que os documentos colacionados aos autos em conjunto com os esclarecimentos prestados demonstram que a opção pelo simples nacional não se passou de um mero equívoco, devendo prevalecer a verdade material, segundo o qual é um dever da Administração Pública investigar, com base na realidade dos fatos, a existência dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

A respeito do princípio da verdade material, vale transcrever trecho da obra de autoria de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López¹, que contém elucidativa transcrição da obra “Processualidade no Direito Administrativo”, de Odete Medauar², *in verbis*:

“Em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independentemente do alegado e provado. Odete Medaur preceitua que ‘o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.”

Sobre a verdade material ainda, já tive oportunidade de escrever com o amigo Caio Takano, em que sustentamos:

O Princípio da Verdade Material implica que o julgador administrativo não pode ficar adstrito tão somente ao que as partes demonstrarem no procedimento, mas, ao contrário, deve buscar, na maior medida do possível (e neste ponto reside o seu caráter principiológico) a versão dos fatos que melhor correspondam ao evento tributário, permitindo-se que o juiz vá além daquilo que as partes possam ter alegado. Portanto, o órgão julgador passa a ter papel mais ativo na busca de uma solução justa e adequada ao caso concreto, de modo que passa a ser menos importante o que a parte assume ou não como verdade no processo, diante do que a Administração determinar como verdade substancial nos autos³.

A Administração Tributária, no exercício de uma função pública e em sentido jurídico, tem o ofício de aplicar os mandamentos legais sobre situações concretas, no entanto, pelo princípio da verdade material, impõe-se que esta não fique adstrita às alegações ou provas trazidas aos

¹ NEDER, Marcos Vinicius e López, Maria Teresa Martínez, Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, Dialética, São Paulo, 2002, pág. 63.

² MEDAUAR, Odete, Processualidade no Direito Administrativo, RT, São Paulo, 1993.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, p. 512.

autos pelas partes, devendo esta agir de ofício para determinar a produção de provas que entende necessárias à formação de sua convicção, quanto à ocorrência de determinado fato⁴.

Isso porque, por força do artigo 142 do Código Tributário Nacional, não basta que o órgão fiscal tome apenas conhecimento da ocorrência do fato que possivelmente enseja a incidência tributária, mas precisa confrontá-lo com a lei instituidora do tributo para se certificar se este se enquadra ao modelo legal. Por vezes, esta verificação dos elementos necessários e suficientes à constituição da obrigação tributária é complexa e exige apreciação aprofundada da relação fática⁵.

Por este viés, a busca pela verdade material no âmbito do processo administrativo fiscal é corolário de algumas exigências: (i) que se demonstre com maior grau de verossimilhança possível, a veracidade dos fatos alegados no âmbito do processo; (ii) limitando-se as situações em que se presume a ocorrência dos fatos relevantes; (iii) sendo deferido às partes o direito de produzir as provas necessárias para bem demonstrar a procedência de suas alegações⁶.

Para as autoridades fiscais, o princípio da verdade material não significa que estas devem agir com a diligência que se esperaria do próprio contribuinte no cumprimento de suas obrigações fiscais e, por exemplo, realizar a apuração de crédito de ICMS ou refazer a escrituração fiscal. Por outro lado, para o julgador administrativo, significa que este não pode se abster de atuar quando vislumbrar a possibilidade quando há possibilidade de se requerer diligência ou oportunizar a produção de provas que possa contribuir com a solução adequada do caso, sem que isso cause excessivo prejuízo no trâmite processual⁷.

Seja como for, é importante frisar que o princípio da verdade real não vai ao ponto de mitigar irrestritamente as normas que regem o processo administrativo ou de se inverter injustificadamente o ônus da prova (como seriam os casos do art. 373, §3º do CPC/2015). Assim, não é função do Julgador imiscuir-se no dever próprio do contribuinte de comprovar a regularidade das deduções previstas em lei. Se o contribuinte busca demonstrar a existência de um direito seu, a comprovação da regularidade de seu exercício é igualmente seu dever. Não cabe ao julgador ou ao fisco comprová-la em seu lugar, apenas não obstar que elementos de prova relevantes sejam trazidos aos autos e analisados, desde que pertinentes.

⁴ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

⁵ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 222.

⁶ ROCHA, Sérgio André. *Processo Administrativo Fiscal – Controle Administrativo do Lançamento Tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 176-175.

⁷ Nesse sentido: “*Taxa de Fiscalização de Estabelecimento. Transferência de estabelecimento para outro município. Princípio da verdade material. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*” (P.A. n.º 6017.2017/0009843-7, 2ª Câmara Julgadora do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo).

Igualmente relevante é a percepção de que o princípio da verdade material não possui idêntica aplicação ao Fisco e ao contribuinte. Isso porque o primeiro se submete a regras específicas de motivação de seus atos, bem como elementos essenciais para a sua conformação, como o art. 142 do CTN, de modo que provas que sejam juntadas extemporaneamente pelo Poder Público não tem o condão de validar um ato administrativo que, à época de sua prática, continha vício de motivação ou não obedecia aos requisitos formais do lançamento tributário, seja de acordo com o art. 142 do CTN ou os dispositivos de legislação interna de cada ente político aplicáveis. Nesse sentido, são pertinentes as lições de Fabiana del Padre Tomé, no sentido de que, depois de instaurado o processo administrativo tributário venham a ser colacionadas provas capazes de constituir o fato jurídico tributário ou o ilícito tributário, não será possível convalidar a nulidade do lançamento lavrado sem a devida fundamentação, porquanto se haveria vício em sua estrutura interna⁸.

Por derradeiro, ressalte-se que a diligência ou a oportunização de produção probatória para esclarecimento de matéria de fato é uma faculdade do julgador, quando este entender que o procedimento será necessário/útil para formar sua convicção. Assim, na legislação de processo administrativo tributário do Estado de São Paulo, entendo que o art. 25 da Lei n.º 13.457/09 deve ser lido em conjunto com o art. 26 da mesma lei, a se inferir que o julgador administrativo deve decidir levando em conta sua livre convicção pessoal motivada, sendo que a realização de diligências para esclarecimentos de fatos é um instrumento para a formação de sua convicção, dispensável quando o conjunto probatório nos autos for suficiente para fundamentar sua decisão⁹.

Feitas essas considerações, estando claro e evidente que a Recorrente cumpriu todas as obrigações fiscais e acessórias como se nunca tivesse optado pela sistemática simplificada, em atendimento ao princípio da verdade material, entendo que deva ser dado provimento ao Recurso Voluntário.

Diante do exposto, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto

⁸ TOMÉ, Fabiana del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª Edição. São Paulo: Noeses, 2009, p. 298.

⁹ TAKANO, Caio Augusto; PITMAN, Arthur Leite da Cruz. Princípios do processo administrativo fiscal. In: DALLE LUCCA, Jandir J.; BERTASI, Maria Odete Duque (Coord.). *Princípios gerais de direito aplicados ao contencioso fiscal paulista*. São Paulo: Lex, 2019, p. 43.

