



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13794.720188/2015-53
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.201 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2020
Recorrente ITAUBA CONSTRUTORA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

CONTENCIOSO. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA. INCLUSÃO DE ATIVIDADE VEDADA.

Os artigos 39 e 40 da Lei Complementar nº 123/2006 são essencialmente regras para definir qual órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo (Municípios, Estados, Distrito Federal, Secretaria da Receita Federal) terá a competência para o contencioso.

O caput do art. 39 da Lei Complementar nº 123/2006 ao fazer referência aos atos de “efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício”, citou-os de forma exemplificativa. O silêncio nesse caso não significa que o comando legal teve o objetivo de excluir outros atos, dentre esses a exclusão automática, do litígio administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer de forma parcial o recurso voluntário, e na parte conhecida, a ele dar provimento para reformar parcialmente o acórdão recorrido no que tange ao seu conhecimento, devendo ocorrer nova decisão, superando os fundamentos anteriores da preliminar acolhida.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Iágaro Jung Martins, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1402-005.201 - 1ª Seju/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 13794.720188/2015-53

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra Acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE).

A empresa fez a opção pelo Simples Nacional com efeitos a partir de 01/07/2007, contudo consta que foi excluída por opção do Contribuinte a partir de **29/02/2012**, conforme Consulta Optantes (fls. 18):

Simples Nacional RJ NOVA FRIBURGO ARF http://www8.receita.fazenda.gov.br/SIMPLESNACIONAL/aplicaco
Fl. 18

SIMPLES

Busca

Simples SIMEI
Serviços Serviços

Início Voltar

Consulta Optantes

Data da consulta: 13/03/2015 - 14:58:22

Identificação do Contribuinte

CNPJ : 07.569.949/0001-56
Nome Empresarial : ITAUBA CONSTRUTORA LTDA - ME

Situação Atual

Situação no Simples Nacional : **NÃO optante pelo Simples Nacional**
Situação no SIMEI : **NÃO optante pelo SIMEI**

Períodos Anteriores

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores

Data Inicial	Data Final	Detalhamento
01/07/2007	29/02/2012	Excluída por Opção do Contribuinte

Opções pelo SIMEI em Períodos Anteriores: **Não Existem**

Agendamentos (Simples Nacional)

Agendamentos no Simples Nacional: **Não Existem**

Eventos Futuros (Simples Nacional)

Política de Privacidade e Condições de Uso

O contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 2 e 3) na qual alega, em síntese, que nunca exerceu a atividade de locação de mão de obra temporária, CNAE 78.20.5.00, motivo de sua exclusão do Simples Nacional, e que essa atividade não teria qualquer vedação ao enquadramento no referido regime. Colaciona a Solução de Consulta COSIT n.º 201 (fls. 5 a 17).

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A 4ª Turma da DRJ/FOR, por meio do Acórdão n.º 08-38.887, Não conheceu da Manifestação de Inconformidade, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

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 n.º 94/2011.

Observa-se que a decisão do órgão julgador *a quo* teve como seguintes **fundamentos**:

1. A exclusão por comunicação da empresa encontra-se prevista nos artigos 30 e 31 da Lei Complementar n.º 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 n.º 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos - vide art. 7º da Lei Complementar n.º 139, de 2011)

(...)

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional; (Incluído pela Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos - vide art. 7º da Lei Complementar n.º 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; (...)

2. A norma transcrita encontra-se regulamentada pelos artigos 73 e 74 da Resolução CGSN n.º 94, de 2011, cujo Anexo VI relaciona os CNAE impeditivos de opção ao Simples Nacional.
3. No caso vertente, verifica-se que o contribuinte foi excluído automaticamente

do Simples Nacional em 01/02/2012, em razão de incluir atividade vedada (fls. 28 e 30) relativamente ao CNAE 78.20.5.00 - de Locação de Mão de Obra Temporária, listado no Anexo VI da Resolução CGSN n.º 94/2011 (CNAEs impeditivos ao Simples Nacional).

4. A Lei Complementar n.º 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)
5. Por sua vez, a Resolução CGSN n.º 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 n.º 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 n.º 123, de 2006, art. 39, § 5º)

(...)

6. 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.
7. 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.
8. 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.
9. Com efeito, o próprio contribuinte pediu a sua exclusão do Simples Nacional ao proceder à alteração contratual e incluir atividade vedada., na verdade 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.
10. Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, não conheço da manifestação de inconformidade, por falta de objeto.

Do Recurso Voluntário

A Recorrente, inconformada com o Acórdão de 1ª Instância, apresenta recurso voluntário, no qual apresenta as seguintes razões para a reforma da decisão *a quo*:

Preliminar

1. Discorda do entendimento manifestado pelo órgão julgador, em seu Acórdão e que alega que houve o Cerceamento do Legítimo Direito De Defesa, por entender que o órgão julgador deixou de apreciar questões factuais e legais imprescindíveis para o julgamento do mérito da questão, em sua Decisão, que poderiam invalidar a interpretação efetuada e em especial a Conclusão do órgão julgador, quando declarou não conhecer da manifestação de inconformidade, por falta de objeto, ferindo o Direito do contribuinte, como a seguir será esclarecido e comprovado.

Mérito

2. Ressalta não ter ocorrido a hipótese legal citada pelo órgão julgador, de exclusão automática do Simples e que seria decorrente de ato volitivo praticado pelo contribuinte e não por ato administrativo que pudesse contestar.
3. Ressalta que não foi apreciada quanto ao mérito, pelo órgão julgador de 1ª instância, a questão alegada pelo contribuinte e objeto da Solução de Consulta n.º 201- Cosit, de 11/07/14 em seu item 5.1 (fls. 11), anexada pelo mesmo e a legislação ali citada, onde consta que a vedação à opção pelo Simples, prevista na Lei Complementar n.º 123/2006, em seu artigo 17, inciso XII, para empresa que realize cessão ou locação de mão-de-obra não se aplica aos casos previstos no § 1º deste artigo, nem nos casos previstos no artigo 18 e § 5º-H e § 5º-C da mesma Lei.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Da Preliminar

A Recorrente alega que houve cerceamento de defesa na decisão recorrida, que não conheceu da sua Manifestação de Inconformidade, cujos mérito continha questões factuais e legais imprescindíveis para o julgamento do litígio, *in verbis*:

*Preliminarmente declara o contribuinte que discorda do entendimento manifestado pelo órgão julgador, em seu Acórdão e que houve o **Cerceamento do Legítimo Direito De Defesa**, por entender que o órgão julgador deixou de apreciar questões factuais e legais imprescindíveis para o julgamento do mérito da questão, em sua Decisão, que poderiam invalidar a interpretação efetuada e em especial a Conclusão do órgão julgador, quando declarou não conhecer da manifestação de inconformidade, por falta de objeto, ferindo o Direito do contribuinte, como a seguir será esclarecido e comprovado.*

*Assim é que, o contribuinte declarou em sua contestação à exclusão do Simples, que somente tomou conhecimento da mesma em 02/2015, na forma antes citada, **que nunca exerceu a atividade de locação de mão-de-obra** e que segundo o seu entendimento legal e **o expresso na Solução de Consulta n.º 201- Cosit. de 11/07/14 em seu item 5.1 (fls. 11).anexada pelo contribuinte, a vedação à opção pelo Simples, prevista na Lei Complementar n.º 123/2006. em seu artigo 17. inciso XII. para empresa que realize cessão ou locação de mão-de-obra não se aplica aos casos previstos no § 1º deste artigo, nem nos casos previstos no artigo 18 e S 5º-H e § 5º-C da mesma Lei.** Ressalta-se assim, por oportuno, que a DRJ/Fortaleza não se manifestou sobre as referidas questões alegadas pelo contribuinte, de suma relevância para o caso.*

Diante do alegado e se o contribuinte entende que não infringiu a legislação aplicável, que lhe vedaria a permanência no Simples, não teria porque abdicar de seu direito e fazer a citada auto exclusão do Simples, por entender não ter ocorrido a hipótese legal citada pelo órgão julgador, de exclusão automática e que seria decorrente de ato volitivo praticado pelo contribuinte e não por ato administrativo que pudesse contestar. E, assim, não lhe restou outro meio a não ser manifestar a sua inconformidade com o ato administrativo de sua exclusão do Simples, no intuito de ser restabelecido o seu direito, cassado indevidamente (após 29/02/12), por ato administrativo a que não deu causa e do qual discorda plenamente.

Contudo, foi surpreendido pela decisão do órgão julgador de 1ª instância em seu acórdão antes referido, que não apreciou as questões factuais e legais alegadas pelo contribuinte em sua manifestação e nem as contestou quanto ao mérito, ou seja, não fez a devida apreciação legal e concluiu assim, por não conhecer da manifestação de inconformidade, por falta de objeto, ferindo o Direito do contribuinte.

Na decisão recorrida, entendeu-se que a manifestação do contribuinte, em face da exclusão automática da sistemática do Simples Nacional decorrente de ato volitivo praticado pelo próprio, não estabeleceria o contencioso, com base no art. 39 da Lei Complementar n.º 123/2006 e no art. 109 da Resolução CGSN n.º 94, de 2011, com os seguintes excertos:

A Lei Complementar n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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., na verdade 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.

Data vênua, entende-se que os artigos 39 e 40 da Lei Complementar n.º 123/2006 são essencialmente regras para definir qual órgão julgador integrante da estrutura administrativa

do ente federativo (Municípios, Estados, Distrito Federal, Secretaria da Receita Federal) terá a competência para o contencioso:

Seção XII

Do Processo Administrativo Fiscal

*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.*

*§ 1o O **Município** poderá, mediante convênio, transferir a atribuição de julgamento exclusivamente ao respectivo **Estado** em que se localiza.*

*§ 2o No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre **Estados** e **Municípios** ou **Distrito Federal**.*

*§ 3o Na hipótese referida no § 2o deste artigo, **o julgamento caberá ao Estado ou ao Distrito Federal**.*

§ 4o A intimação eletrônica dos atos do contencioso administrativo observará o disposto nos §§ 1o-A a 1o-D do art. 16.

§ 5o 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.

§ 6o Na hipótese prevista no § 5o, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso.

*Art. 40. As consultas relativas ao Simples Nacional serão solucionadas pela **Secretaria da Receita Federal**, salvo quando se referirem a tributos e contribuições de **competência estadual ou municipal**, que serão solucionadas conforme a respectiva competência tributária, na forma disciplinada pelo Comitê Gestor.*

Reforça esse entendimento o art. 40 e os parágrafos do art. 39 da Lei Complementar 123/2006, que trazem regras para solucionar conflitos de competência entre os órgãos julgadores do ente federativo (Municípios, Estados, Distrito Federal, Secretaria da Receita Federal).

Entende-se que o caput do art. 39 ao fazer referência aos atos de “efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício”, citou-os de forma

exemplificativa. O silêncio nesse caso não significa que o comando legal teve o objetivo de excluir outros atos, dentre esses a exclusão automática, do litígio administrativo.

Caso fosse a intenção do legislador fazer a vedação do contencioso do litígio do ato de exclusão automática do regime do Simples Nacional, essa deveria ser feita por regra expressa, pois do contrário estaria sendo violado o princípio da legalidade na administração pública.

Sendo silente o art. 39 da Lei Complementar 123/2006, quanto ao litígio formado pela manifestação de inconformidade face a exclusão automática do Simples Nacional, entende-se que deve ser aplicado o artigo 61 do Decreto n.º 7.574, de 19 de setembro de 2011, que **regulamenta** o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de **outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil**. (Redação dada pelo Decreto n.º 8.853, de 2016):

Seção III

Do Julgamento em Primeira Instância

Subseção I

Da Competência

*Art. 61. O julgamento de processos sobre a aplicação da legislação referente a **tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil**, e os relativos à exigência de direitos antidumping e direitos compensatórios, compete em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 25, inciso I ; Lei n.º 9.019, de 30 de março de 1995, art. 7.º , § 5.º).*

*Parágrafo único. A competência de que trata o caput inclui, **dentre outros**, o julgamento de:*

I - impugnação a auto de infração e notificação de lançamento (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 14);

II - manifestação de inconformidade do sujeito passivo em processos administrativos relativos a compensação, restituição e ressarcimento de tributos, inclusive créditos de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI (Lei n.º 8.748, de 1993, art. 3.º , inciso II ; Lei n.º 9.019, de 1995, art. 7.º , §1.º e §5.º); e

III - impugnação ao ato declaratório de suspensão de imunidade e isenção (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 32, § 10).

Percebe-se que o art. 61 trata de processos sobre a aplicação da legislação referente a **tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil**, e os seus incisos são exemplificativos, como deixa claro o seu parágrafo único.

Interpretar que o ato da Exclusão Automática do Simples Nacional não estaria abrangido pelo contencioso administrativo, a partir do silêncio do art. 39 da Lei Complementar 123/2006, tem o efeito de negar ao contribuinte o contraditório e ampla defesa, garantias fundamentais, conforme art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

*LV - aos litigantes, **em processo judicial ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

Diante do exposto, superados os fundamentos da preliminar acolhida no acórdão recorrido, devem os autos retornarem ao órgão julgador de 1ª Instância para que seja proferida nova decisão com a apreciação das questões de mérito.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto por conhecer de forma parcial o recurso voluntário, e na parte conhecida, a ele dar provimento para reformar parcialmente o acórdão recorrido no que tange ao seu conhecimento, devendo ocorrer nova decisão, superando os fundamentos anteriores da preliminar acolhida.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias