



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 13807.723582/2012-12  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1302-004.593 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de julho de 2020  
**Recorrente** TRUCKVAN IMPLEMENTOS RODOVIARIOS LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO MEDIANTE COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA. PETIÇÃO PELO CANCELAMENTO DA EXCLUSÃO. PEDIDO DE REINCLUSÃO. EQUIVALÊNCIA. INDEFERIMENTO. APRECIÇÃO DO RECURSO. COMPETÊNCIA DA DRJ.

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).

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. A ausência de apreciação, pela autoridade julgadora de primeira instância, de Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte configura cerceamento do direito de defesa e implica a nulidade da decisão proferida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade do acórdão de primeiro grau, determinando o retorno dos autos à DRJ para que se profira nova decisão, nos termos do relatório e voto da relatora. O conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca votou pelas conclusões da relatora. Solicitaram a apresentação de declaração de voto os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo e Gustavo Guimarães da Fonseca.

*Assinado Digitalmente*

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente

*Assinado Digitalmente*

Andréia Lúcia Machado Mourão - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, André Severo Chaves (Suplente Convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1302-004.593 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária  
Processo n.º 13807.723582/2012-12

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão n.º 08-36.489 - 6ª Turma da DRJ/FOR, de 15 de junho de 2016, que, por unanimidade, não conheceu da manifestação de inconformidade.

O colegiado da DRJ Fortaleza entendeu que não teria competência pra analisar as questões apontadas pela interessada, tendo em vista que a exclusão decorreu de ato praticado pela própria contribuinte e que o contencioso estaria limitado, pelo art. 39 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, aos casos de indeferimento da opção ou exclusão de ofício.

9. Quando o contribuinte realizou alteração contratual, adicionando a atividade impeditiva, tal situação equivale à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional (art. 30, § 3º, II, da LC 123/2006). Logo, o caso concreto diz respeito a exclusão mediante comunicação do próprio administrado (art. 30, caput, II e § 1º, II, da LC 123/2006), e **não exclusão de ofício** (art. 29 da LC 123/2006).

10. Como o art. 39 da LC 123/2006 limita o contencioso para os casos de indeferimento da opção ou exclusão de ofício, situações essas perfeitamente conceituadas pela legislação tributária, falece competência às DRJs para apreciar suposto erro de fato na exclusão mediante ato praticado pelo próprio contribuinte.

11. Há de se reconhecer a possibilidade de recurso do administrado, todavia submetido ao processo administrativo em geral (art. 56 da Lei n.º 9.784, de 1999), e não ao PAF (Decreto n.º 70.235, de 1972).

12. Assim, por falta de competência deste colegiado, voto por **não conhecer** da petição recursal de fl. 15, devendo o presente processo seguir o procedimento descrito no art. 56 da Lei n.º 9.784, de 1999.

A ementa da decisão encontra-se reproduzida a seguir:

### **ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2012

### **COMPETÊNCIA DAS DRJ. EXCLUSÃO MEDIANTE COMUNICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. REINCLUSÃO NO SIMPLES NACIONAL.**

A alteração contratual mediante adição de atividade impeditiva equivale à exclusão do Simples Nacional por meio de *comunicação do contribuinte*. Como apenas os casos de *exclusão de ofício* do Simples Nacional submetem-se ao PAF (Decreto n.º 70.235, de 1972), falece competência às DRJs para apreciar suposto erro de fato na exclusão desse regime mediante ato praticado pelo próprio administrado.

Manifestação de Inconformidade Não Conhecida

Sem Crédito em Litígio

Cientificado do Acórdão da DRJ Fortaleza em 29/06/2016, o sujeito passivo apresentou **Recurso Voluntário** em 08/07/2016, com as suas razões de defesa.

Preliminarmente, a contribuinte alega a nulidade do Despacho Decisório.

No mérito, esclarece que teria sido cometido um equívoco quando foi feita a alteração do objeto social da empresa, incluindo a atividade vedada e enfatiza que esta atividade jamais teria sido exercida. Presta os seguintes esclarecimentos:

No final do mês de março de 2012, solicitou ao seu contador a alteração do objeto social de ambas as empresas, sendo que na 1ª (primeira), a Indústria, deveria ter agregado ao objeto, as atividades de locação e transporte de cargas e na 2ª (segunda), Implementos, apenas a atividade de locação, entretanto por um erro do profissional, foram inseridas as 02 (duas) atividades em ambas as empresas e desta forma foram registradas na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 28/03/2012, podendo ser comprovado através do Anexo II (6ª Alteração do Contrato Social – TRUCKVAN INDÚSTRIA) e do Anexo III (3ª Alteração do Contrato Social – TRUCKVAN IMPLEMENTOS).

Em 20 de abril e 20 de maio do referido ano de 2012, a empresa efetuou normalmente o recolhimento do simples nacional. Entretanto, quando do preenchimento da DASN para recolhimento em 20/06 foi constatada a exclusão por opção do contribuinte.

Por conseguinte, nos dirigimos até um posto da Receita Federal e lá nos foi dito que houve a inclusão do CNAE 5250-8/04 – “organização Logística de transportes de cargas” na base de dados da Receita em 30/05/2012, e por ser uma atividade impeditiva, ocorreu o desenquadramento automático.

Dessa forma, tomamos conhecimento do ocorrido, e, imediatamente retificamos o Contrato Social e demos entrada na Junta Comercial novamente, sendo a alteração registrada em 22/06/2012, conforme disposto na 4ª Alteração do Contrato Social da Impugnante (Anexo IV).

Salientamos, ainda, que esta atividade jamais foi exercida pela empresa, não ocorrendo sequer a emissão de 01 (uma) nota fiscal.

Por conseguinte, faz-se necessário ressaltar que, a TRUCKVAN IMPLEMENTOS RODOVIÁRIOS LTDA, errou, entretanto, em nenhum momento agiu de má fé, ao contrário, assim que tomou conhecimento do erro cometido, imediatamente o corrigiu, não ocasionando prejuízos ao Fisco tampouco ao Ente Federativo.

Somos todos passíveis de cometer erros, conforme resta demonstrado no despacho decisório em questão, existem dois erros, a saber: Folhas 40 – “assunto” consta a data de 01/01/2015 quando deveria ser 01/04/2012, o CNPJ está incorreto, consta 67.411.173/0001-12 quando deveria ser 67.411.173/0001-73.

Apresenta julgados relacionados ao tema.

Ao final, requer:

Portanto, pelos motivos de fato e de direito acima expostos, a TRUCKVAN IMPLEMENTOS RODOVIÁRIOS LTDA requer à V.Sas. que seja declarada a nulidade da medida administrativa que originou a exclusão do Simples Nacional no Ano de 2012, bem como do Despacho Decisório DRF/GUA/SEORT nº 0224/2015, como que a Impugnante seja considerada isenta de quaisquer obrigações, sejam de natureza direta e/ou indireta.

Requer ainda, que na impossibilidade total e absoluta de nulidade do desenquadramento e demais atos que se seguiram, que seja novamente enquadrada a partir de 22/06/2012, data em que foi sanado o erro com a retirada da atividade restritiva do contrato social.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, Relatora.

## Conhecimento.

O sujeito passivo foi cientificado em 29/06/2016 do Acórdão nº 08-36.489 - 6ª Turma da DRJ/FOR, de 15 de junho de 2016, tendo apresentado seu Recurso Voluntário em 08/07/2016, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, de modo que o recurso é tempestivo.

O Recurso é assinado pelo sócio-administrador Flávio Alberto Santilli Júnior, em conformidade com os documentos constantes nos autos.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme arts. 2º, incisos I, II e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, conheço da manifestação do Recurso Voluntário por ser tempestivo e por preencher os requisitos de admissibilidade.

**Preliminar. Simples Nacional. Exclusão mediante comunicação obrigatória. Petição pelo cancelamento da exclusão. Pedido de Reinclusão. Indeferimento. Apreciação do Recurso. Competência da DRJ.**

Antes de iniciar a apreciação do Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, cabe acatar a preliminar de nulidade do Acórdão recorrido.

No caso em questão, de fato, a empresa foi excluída automaticamente do Simples Nacional em decorrência de evento praticado por ela, no caso, inclusão de atividade econômica vedada em seu contrato social.

Consta nos autos que, em 03/07/2012, o sujeito passivo apresentou contestação, solicitando a anulação da exclusão e reinclusão da empresa na “*condição de optante pelo Simples Nacional*”, conforme documento de fl 2.

As razões apresentadas foram analisadas pela DRF Guarulhos/SP, tendo sido proferido o Despacho Decisório de fls. 40, que negou o pedido de reinclusão formulado pela interessada.

Contra esta decisão, a empresa apresentou Manifestação de Inconformidade tempestiva, com suas razões de fato e direito.

A DRJ entendeu que não teria competência para analisar as questões apontadas pela interessada, tendo em vista que a exclusão teria decorrido de ato praticado pela própria contribuinte e que o contencioso estaria limitado, pelo art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, aos casos de indeferimento da opção ou exclusão de ofício.

Dessa forma, na decisão recorrida não se tomou conhecimento da Manifestação de Inconformidade, de modo que não foram analisadas as razões da contribuinte, contestando sua exclusão do regime e solicitando a reinclusão no Simples Nacional.

A competência da DRJ para julgar recurso referente ao indeferimento de pedido de reinclusão no Simples Nacional, decorrente de exclusão mediante comunicação obrigatória, foi objeto da Solução de Consulta Interna (SCI) nº 6 – Cosit, de 03 de abril de 2017.

Ao analisar demanda feita pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Pelotas, a SCI destaca que a petição de cancelamento da exclusão equivale a um pedido de reinclusão no Simples Nacional e que eventual indeferimento da petição pode levar à instauração do litígio, que será apreciado pelo órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o indeferimento da opção:

12. 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 nº 94, de 2011 – e, assim, eventual indeferimento desta petição implica instauração de litígio, sendo que o contencioso administrativo será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o indeferimento da opção, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente, como preconiza o art. 39 da LC 123, de 2006 (e art. 109 da Resolução CGSN nº 94, de 2011), a atrair, no âmbito federal, a competência das delegacias de julgamento.

Conclui que

(...) 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.

Portanto, configurada a incompetência da DRJ, a omissão do julgador em apreciar a Manifestação de Inconformidade do sujeito passivo caracteriza a hipótese de nulidade prevista no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972, “*preterição do direito de defesa*”, pois, ao mesmo tempo em que não analisa as razões recursais trazidas pela empresa, impede a sua apreciação em segunda instância, já que isso constituiria supressão de instância.

Dessa forma, deve ser acolhida a alegação de nulidade do Acórdão nº 08-36.489 - 6ª Turma da DRJ/FOR, devendo ser proferida nova decisão pela instância *a quo*.

## Conclusão

Neste sentido, voto por declarar a **nulidade** da decisão recorrida, para que a autoridade julgadora de primeira instância proceda ao julgamento da Manifestação de Inconformidade apresentada pelo sujeito passivo.

*Assinado Digitalmente*

ANDRÉIA LÚCIA MACHADO MOURÃO

## Declaração de Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca

A celeuma instaurada no feito aparentava um simplicidade que, até pelos debates acalorados travados no seio deste colegiado, foi rapidamente afastada. Não que haja, aqui, uma complexidade fática que demande um reexame das provas produzidas ou uma requalificação dos elementos trazidos pela parte insurgente. O problema, diga-se, está no âmago do texto legal e de sua compreensão.

Notem que, por força dos preceitos do arts. 45, VI e 62, ambos do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, é expressamente vedado aos membros deste órgão afastar o preceito legal sob o viés de sua invalidade, à luz da Constituição e de seus princípios. Neste passo, se se concluir que a lei é “ruim” e que traz prejuízos que possam, até mesmo, aviltar garantias ou direitos individuais fundamentais, situação identificada, diga-se, seja no plano abstrato ou, noutro giro, no próprio caso concreto, a legalidade, o princípio da separação dos poderes e, como já destacado, o próprio RICARF, nos impede de adotar uma solução que não aquela descrita na prescrição legal.

E, destaque-se, uma análise rasa dos preceptivos que conformam o “núcleo temático” da discussão ora travada indiciaria, *a priori*, a circunstância mencionada alhures. Com efeito, pelo relato apresentado pela D. Conselheira Andréia, a insurgente, inicialmente optante pelo regime simplificado descrito pela Lei Complementar de nº 123/06, teria promovido, e informado à RFB (junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ), a alteração de seu objeto social para incluir atividade explicitamente vedada pelo predito diploma legal. Ante tal fato, e a luz dos ditames contidos no art. 30, § 3º da citada LC 123/06, o próprio sistema eletrônico do órgão administrativo tributário federal considerou a ocorrência da hipótese de exclusão do SIMPLES por iniciativa da empresa.

Notem que, a teor do art. 28, retro referido, “*a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes*”, ao passo que, conforme a regra encartada no art. 29, a exclusão de ofício se dará nas hipóteses apontadas nos doze incisos deste

dispositivo (que inclui, aí, o exercício de atividade vedada – incisos I e V<sup>1</sup>). Já o art. 30, estabelece que a exclusão por comunicação se dará por opção do contribuinte ou, ao que interessa ao feito, quando ocorrida qualquer hipótese de vedação preconizada pela LC 123/06 (cuja falta de comunicação importa em exclusão de ofício, nos termos do já reportado art. 29, inciso I), dentre as quais destaca-se, precisamente, o exercício de atividades não autorizadas arroladas pelo art. 17 deste diploma legal.

Já o § 3º do art. 30 acima invocado é textualmente claro ao dispor que 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”*.

Considerando-se as regras tratadas e expostas acima, fica bastante claro que a exclusão do SIMPLES se dará de ofício ou por comunicação e que estas duas figuras contemplam distinções óbvias, inclusive com consequências legais, até mesmo quanto a verificação temporal de seus efeitos, distintas. Mais que isso, a leitura acrítica destas prescrições dá a noção de que se estaria diante de um conflito intersubjetivo de interesses, ou de uma pretensão resistida apenas no caso da ocorrência da exclusão de ofício.

Vejam bem, o “litígio” decorre, obviamente, da concepção de “lide” que, por sua vez, nas clássicas palavras de Carnelutti, lembradas por Alexandre Câmara, corresponde a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. O próprio Alexandre Câmara tenta explicitar de forma mais didática este conceito, dotado, apenas, de aparente simplicidade, e, numa mesma toada, lançando os alicerces do conceito de jurisdição:

Como é por demais conhecido, Carnelutti construiu todo o seu sistema jurídico em torno do conceito de lide, instituto de origem meta-jurídica que o mesmo definia como conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra. Segundo aquele jurista italiano, pretensão é a “intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio”, e – sempre segundo Carnelutti –, se num conflito de interesses um dos interessados manifesta uma pretensão e o outro oferece resistência, o conflito se degenera, tornando-se uma lide. Assim é que, segundo a clássica concepção de Carnelutti, jurisdição seria uma função de composição de lides<sup>2</sup>.

Trazendo tais premissas para o processo administrativo, o art. 14 do Decreto 70.235/72 traz a expressão “a fase litigiosa” para exprimir, com precisão, o momento processual ali contemplado: a impugnação do contribuinte (ou a manifestação de inconformidade), pois, representa a sua resistência à uma pretensão deduzida pelo fisco, que busca a submissão do interesse do administrado ao interesse, no caso, público arrecadatório.

Neste particular, atos em que tal submissão não se observa, atos em que não se identifica, objetivamente, um conflito de interesses tais como atos meramente informativos, ou em que não se vê a sobreposição de direitos, não tem o condão de “caracterizar” uma lide, justamente por não ocorrer a dedução de pretensão e a oposição de uma resistência à esta pretensão.

No caso vertente, a exclusão por comunicação do contribuinte induziria, como já alardeado, uma ideia de inexistência de conflito; traduziria, destarte, exatamente a circunstância aventada acima, isto é, de uma ausência de submissão do interesse privado ao interesse público arrecadatório e, neste diapasão, de falta, propriamente, de uma “lide”.

<sup>1</sup> Isto é, quando a ME ou EPP deixar de fazer a comunicação obrigatória a que alude o art. 30 ou quando incorrer em infração às disposições da Lei Complementar 123/06.

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 69.

Nos termos do art. 39 da LC 123/06, “*o contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional*”, i.e., a “lide” administrativa, “*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*”. A menção, nesta regra, apenas à hipóteses que revelem uma ação unilateral atribuível, tão só, à Administração (o lançamento, o indeferimento da opção e a exclusão da ME ou EPP) é uma consequência clara dos preconceitos destacados linhas acima porque, de outra sorte, e como destacado, a exclusão por comunicação do contribuinte não encerraria um embate entre os interesses do contribuinte e do fisco.

Mas no início deste voto foi frisado que tais conclusões seriam resultado de uma análise “rasa” das regras ora tratadas.

Ao se buscar o conteúdo normativo das prescrições legais, não raro, se faz necessário o emprego das mais variadas técnicas hermenêuticas, inclusive ante uma conhecida imprecisão das palavras e dos códigos linguísticos. A interpretação da norma jurídica, todavia, deve ser realizada se considerando o sentido mínimo das palavras utilizadas pelo legislador; isto é, no exercício de compreensão do conteúdo prescritivo (ou, quiçá, princiológico) da norma há que se preservar o que Hart, lembrado por Frederick Schauer, chama de “*core of settled meaning*”<sup>3</sup>, pena, inclusive, de, a se ignorar o sentido mínimo semântico-gramatical das expressões, incorrer em sofisma na construção da norma jurídica. Esta questão é bem aventada também por Paulo de Barros Carvalho, cuja base teórica da construção da norma jurídica por ele intentada repousa, precisamente, no estudo da linguagem:

O texto é ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para a referência aos entes significados, perfazendo aquela estrutura triádica ou trilateral que é própria das unidades sógnicas. Nele, texto, as manifestações subjetivas ganham objetividade, tornando-se intersubjetivas. Em qualquer sistema de signos, o esforço de decodificação tomará por base o texto, e o desenvolvimento hermenêutico fixará nessa instância material todo o apoio de suas construções<sup>4</sup>.

A toda evidência, portanto, ao analisar a prescrição legal, ou o conteúdo semântico-sintático de um dado texto legal, o intérprete tem como limite, precisamente, aquele sentido mínimo, comum, apreensível *ab initio*, para, somente então, buscar-se a extensão completa da proposição normativa. A atuação do aplicador do direito, desta forma, voltar-se-á apenas para o aclaramento das partes da norma que se situam na “área de penumbra” a que alude Hart (Schauer, op. loc. cit), identificáveis a partir do emprego atécnico das palavras pelo Legislador ou, noutro giro, pela opção deste de se utilizar, propositadamente, de expressões abertas, tendentes à abarcar um infinidade de situações que não poderiam ser descritas de forma taxativa num texto legal (sem prejuízo da necessidade de, quase sempre, se reunir diversas outras prescrições legais para se entender o espectro de atuação da própria norma jurídica).

O art. 39, mencionado linhas acima, possui, para além de dúvidas razoáveis, um núcleo semântico rígido intransponível até por, como já destacado, reger o “contencioso” administrativo. Assim, quando diz que as normas procedimentais aplicáveis ao “contencioso administrativo” afeito ao regime tratado pela Lei 123/06, serão aquelas determinados pela autoridade competente para a sua análise, ele parte de um conteúdo mínimo semântico-

<sup>3</sup> SHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge Massachussets, London, England: Havard University Press, 2009, p. 152.

<sup>4</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

gramatical: por contencioso, há que se entender o que esta palavra minimamente refere, qual seja, a lide instaurada a partir de uma pretensão resistida.

Mas a mesma rigidez seria observável na segunda parte do preceptivo acima? Ao dispor que o contencioso será resolvido pela autoridade competente para lançar, excluir ou indeferir a opção, este preceptivo não estaria tratando, apenas, da competência afeita à condução do processo administrativo (competência pessoal), sem se imiscuir no próprio objeto ou o conteúdo deste mesmo “contencioso” (competência objetiva/material)? E ainda que estivesse, de fato, tratando, do objeto do processo administrativo relativo ao SIMPLES, há que se perguntar: neste caso, se a referência à estas três situações é taxativa? Em outras situações não seria perceptível ou factível o surgimento de uma contenda que, ao fim e ao cabo, seria resolvida pela mesma autoridade mencionada pelo aludido artigo 39 (mesmo que não se observe um lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão da ME e/ou EPP)? Realmente teríamos “litigiosidade” apenas no lançamento, na exclusão da ME ou EPP do SIMPLES ou do indeferimento da opção pelo regime simplificado preconizado pela Lei Complementar de nº 123?

Que a existência de um contencioso (=lide) é impreterível, é algo até palpável, conformando, assim, o *core of settled meaning* de Hart... mas o restante da prescrição normativa acima, para além de dúvidas razoáveis, estaria alocada na sua área de penumbra precisamente porque a “contenciosidade” (com o perdão do neologismo) não está adstrita ao lançamento, à exclusão **de ofício** e ao indeferimento da opção.

Frise-se que a regra encartada no art. 30, § 3º, da LC 123/06, pressupõe uma atuação interpretativa por parte da Administração e, mais que isso, não revela um ato, presumidamente, e *per se*, intencional do agente privado de se excluir do SIMPLES Nacional. A predita regra, diga-se, equipara a mudança do objeto ao comunicado a que alude o inciso II do citado artigo, mas o faz por uma contingência... não há nada aí que permita inferir a presunção quanto a vontade do agente, mas, apenas, faz substituir ato que, acaso não praticado pelo contribuinte, encerrará a sua exclusão por força dos preceitos do art. 29, I.

No âmbito deste CARF há discussões infundáveis sobre se as vedações contidas na norma de regência em exame atingiriam determinadas atividades consideradas *in abstracto*. Uma dessas questões, diga-se, foi analisada à exaustão por este Órgão Administrativo, tendo sido, inclusive, objeto de Súmula:

#### **Súmula CARF nº 57**

A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos, bem como os serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento de metais, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES Federal. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

O fato de ter sido pacificado o entendimento no âmbito do CARF, diga-se, não retira a litigiosidade que permeia discussão abarcada pelo verbete acima... neste passo, é perfeitamente possível que uma determinada ME ou EPP, optante pelo SIMPLES, inclua em seu objeto a atividade de “*instalação ou reparos em máquinas e equipamentos*” e, a luz do entendimento que foi contraposto pelos contribuintes nos precedentes que formaram o entendimento externado na súmula acima, venha a ser excluída do SIMPLES ante a tipificação das hipóteses do art. 30, inciso II, conjugado com o seu § 3º. Neste exemplo, há, sim, uma litigiosidade igual àquela que seria observada acaso a empresa simplesmente tivesse o seu direito à opção negado ou fosse excluída de ofício.

Mesmo no caso em análise, e como já dito acima, o recorrente nunca pretendeu ser excluído do SIMPLES. Ele promoveu a alteração de seu objeto social e, somente depois, percebeu que a atividade incluída em seu contrato social era vedada; o problema é que, reprise-se, contingencialmente, a lei equipara este ato à comunicação obrigatória a que a alude o art. 29. Inegavelmente, contudo, o contribuinte sempre manifestou o interesse de permanecer no SIMPLES e este interesse foi contraposto por um ato, automático, reconhece-se, mas ainda atribuível à Administração Pública.

É preciso lembrar as advertências de Maccormick acerca da validade da norma e da necessidade de se verificar se a sua aplicação, ainda que sob uma ótica consequencialista (jurídica e não utilitarista<sup>5</sup>), causa ou não injustiça<sup>6</sup>;

Problemas jurídicos surgem a partir de contextos jurídicos e novas decisões em casos problemáticos são construídas a partir de corpos de lei. Os corpos de lei concentram-se em dados valores ou complexos de valores. É contra estes mesmos valores que nos testamos decisões rivais em casos problemáticos. Em se considerando as consequências jurídicas de uma decisão de acordo com a suas implicações para casos hipotéticos, descobrimos se porventura uma decisão nos compromete a tratar universalmente como correta uma ação que subverte ou falha em respeitar, suficientemente, os valores em questão, ou a tratar como erradas formas de conduta que não incluam tais subversões ou falhas. Quaisquer destas consequências é inaceitável porque provocam injustiça<sup>7</sup>.

Evitando-se o ativismo jurídico e, mais importante, e como já destacado ao longo deste voto, não desrespeitando o limite mínimo verificável a partir do sentido semântico-gramatical mínimo das palavras empregadas pela regra prescritiva, a sua interpretação, seja qual método se utilize, não pode, de qualquer forma, alcançar um resultado antijurídico, que conflite, pois, com as normas constitucionais e/ou sistêmicas (sejam elas regras ou princípios).

No caso, a interpretação que respeita os limites gramaticais do texto do art. 39 e, ainda assim, a válida à luz de princípios como da igualdade e das garantias do devido processo e ampla defesa, seria aquela em que, ao empregar a expressão “*será de competência do órgão [...] que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício*”, a Lei Complementar estabeleceu, apenas, a competência processual “pessoal” e não o objeto do processo administrativo em si, que pode, como destacado anteriormente, abarcar outras hipóteses litigiosas que não se limitam ao ato de lançamento, exclusão ou indeferimento da opção.

Noutro giro, e ainda que se queira sustentar que, ao definir a competência, a predita regra também definiu o objeto, semelhante percepção deve ser permeada pelo núcleo rígido do aludido artigo; i.e., o que define o objeto é a litigiosidade (o contencioso) de sorte que a segunda parte deste preceptivo seria apenas exemplificativa; atingiria, pois, os casos de

<sup>5</sup> O pensamento utilitarista defendido John Mill é incompatível com o sistema, precisamente por se ocupar, exclusivamente, do grau de satisfação que uma dada decisão possa alcançar, desconsiderando-se, entretanto, os princípios gerais do direito e, mais grave, os direitos e garantias individuais.

<sup>6</sup> Aqui tomada como sinônimo de antijuridicidade e não como valor moral absoluto e, portanto, estranho ao direito.

<sup>7</sup> Em tradução livre de: “*for legal problems arise in legal settings and new rulings in problematic cases build out form established bodies of law. Established bodies of law focus on given values or complexes of values. It is against those very values that we test and eliminate rival rulings in problematic cases. In considering the juridical consequences of a ruling by way of its implications for hypothetical cases, we discover whether a ruling commit us to universally treating as right deeds that subvert or fail of sufficient respect for the values at stake, or to treating as wrong forms of conduct which include no such subversion or failure. Either consequence is unacceptable because it wreaks injustice*” (MACCORMICK, Neil. *On Legal Decisions and Their Consequences – From Dewey to Dworkin*. New York University Law Review, vol. 58, n. 2, 1.983, p. 256-257).

lançamento, exclusão e/ou indeferimento da opção e qualquer outro caso em que se verifique a existência de um interesse do contribuinte contraposto pela Administração Pública. Isto porque, como dito, um entendimento mais restritivo (que considere, pois, taxativa a segunda parte do preceito legal em exame), aviltaria o princípio da igualdade e as garantias do devido processo legal e da ampla defesa – consequências, como destacado por Maccormick, inaceitáveis “*porque provocam injustiça*” (ou, mais acuradamente do ponto de vista técnico, antijuridicidade).

Insista-se: no caso concreto não houve uma manifestação explícita, representativa da vontade do contribuinte, tendente à externar a sua intenção de não mais se sujeitar ao regime tributário preconizado pela LC 123. Houve, isto sim, um lapso concernente a um ato que, como por vezes já dito, é equiparado, contingencialmente, à manifestação que a faz referência o inciso II do art. 30. Como não se está diante de hipótese em que o contribuinte explicitamente expôs a sua intenção de não mais apurar os tributos por meio do SIMPLES, mas, isto sim, de uma situação claramente contenciosa, em que o interesse do particular se contrapõe ao interesse público, há, aqui, e de forma incontestada, um contencioso...

E assim, seja em considerando a regra encartada pelo art. 39 como regra de competência voltada à definição apenas das autoridades legitimadas a conduzir o processo administrativo ou, noutro giro, seja para quem quiser considera-la como regra de competência material (fixada em decorrência do objeto), a litigiosidade ainda é o norte interpretativo para se definir o seu espectro de aplicação.

Havendo uma lide (ainda que não se refira ao lançamento de tributo, à exclusão de ofício ou, mesmo, ao indeferimento da opção), envolvendo o regime tratado pela LC 123/06, o processo será regido, no caso, pelo Decreto 70.235/72, e, neste passo, a manifestação de inconformidade apresentada teria, sim, que ser examinada pela instância *a quo*.

Por tais razões, e me alinhando ao voto da D. Relatora, mesmo que por outros fundamentos, reconheço a nulidade da decisão recorrida, por desrespeito à garantia da ampla defesa, nos termos do art. 59, II, do Decreto 70.235/72, e, assim, e voto por determinar o retorno dos autos à DRJ para que o mérito da predita defesa seja analisado e, ao fim, decidido.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo

Na primeira ocasião em que o presente processo veio a julgamento, posicionei-me pela ausência de competência do CARF para o julgamento do recurso apresentado, quanto ao indeferimento de pedido de reinclusão de contribuinte excluído do Simples Nacional em razão de comunicação obrigatória.

O referido posicionamento decorreu da observância literal do art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, conjugado com o art. 30, §3º, *caput* e inciso II, da mesma Norma. *In verbis*:

Art. 30

(...)

§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;

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.

Estando previsto o contencioso administrativo apenas para os casos de indeferimento da opção e exclusão de ofício, entendi que o julgamento do recurso apresentado nos presentes autos, para a exclusão por comunicação, deveria seguir o rito da Lei nº 9.784, de 1999. Tal posicionamento já foi adotado no CARF, a exemplo do Acórdão nº 1001-000.232, de 06 de dezembro de 2017, da relatoria do Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

Valendo-me do pedido de vista formulado, pude aprofundar-me em relação à matéria, de modo que me convenci de que a irrisignação do contribuinte em relação à exclusão decorrente de seu ato perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica configura um pedido de reinclusão a merecer tratamento equivalente à solicitação de opção, de modo que o seu indeferimento instaura um litúgio e o seu recurso pode ser recepcionado como uma impugnação contra o indeferimento da opção, atraindo a aplicação do rito previsto no Decreto nº 70.235, de 1972.

Tal posição, inclusive, encontra-se pacificada, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme o teor da Solução de Consulta Interna nº 6 – Cosit, de 3 de abril de 2017, cuja ementa dispõe:

**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.

Cabe registrar, por fim, que recursos semelhantes já foram julgados por colegiados do CARF, sem explícita manifestação quanto à competência, conforme Acórdão nº 1201-001.386, de 2 de março de 2016 (Relatora Conselheira Ester Marques Lins de Sousa), 1301-002.753, de 22 de fevereiro de 2018 (Relator Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto), 1001-000.698, de 07 de agosto de 2018 (Relator Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni), 1003-000.090, de 07 de agosto de 2018 (Relatora Conselheira Bárbara Santos Guedes) e 1001-001.572, de 5 de dezembro de 2019 (Relator Conselheiro José Roberto Adelino da Silva).

Neste sentido, alterando o posicionamento anterior, acompanho a relatora no seu voto de declarar a nulidade do Acórdão recorrido, determinando que a autoridade julgadora de primeira instância aprecie, como Impugnação, o recurso apresentado pela Recorrente.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo