



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13840.720469/2013-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.293 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente MEDIS INDUSTRIAL LTDA. - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE. CERCEAMENTO. DEFESA.

Constatado que a decisão recorrida não enfrentou pontos importantes abordados na Manifestação de Inconformidade, deve ser declarada a sua nulidade.

NULIDADE. RETORNO DOS AUTOS.

A nulidade da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento implica em retorno do processo administrativo para o órgão julgador de 1ª instância, a fim de que novo provimento seja exarado, de modo a não ensejar supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para anular a decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à Delegacia de Julgamento para que outra seja proferida, abrangendo todos os aspectos abordados na manifestação de inconformidade.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente), Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz e André Severo Chaves (Suplente).

Relatório

MEDIS INDUSTRIAL LTDA. - EPP recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/Campo Grande, Ac. nº 04-39.312, fls. 54/57, que não conheceu da manifestação de inconformidade apresentada na fase processual anterior, por falta de objeto.

Versa o presente processo sobre pedido de reversão da exclusão automática do Simples Nacional, que se deu em razão de a contribuinte ter incluído no seu objeto social o exercício de atividade vedada, no caso, a “venda de licenciamento de franquia empresarial (franqueadora)”.

A Delegacia de origem indeferiu o referido pedido, destacando, entre outros pontos, que a inclusão no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ) de qualquer atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional equivale à comunicação de exclusão do Simples Nacional feita pela empresa.

Inconformada, a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de e-fls. 41/48.

Ao apreciar a lide, a DRJ/Campo Grande decidiu não conhecer da referida manifestação, em acórdão que contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

EXCLUSÃO AUTOMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL. ALTERAÇÃO OU INCLUSÃO DE ATIVIDADE VEDADA. MANIFESTAÇÃO DE 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 nº 94/2011.

Manifestação de Inconformidade Não Conhecida

Sem Crédito em Litígio

Acórdão

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, não conhecer a manifestação de inconformidade, por falta de objeto, nos termos do voto do relator.

Cientificada em 06/05/2015, fls. 63/64, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 02/06/2015, fls. 66/81, com as seguintes alegações:

- Por primeiro, a recorrente reitera que sempre atuou na área de fabricação de aventais, gorros, campos, máscaras protetoras e semelhantes de não-tecidos ou falsos tecidos para uso médico-hospitalares e comércio (revenda) atacadista e varejista de produtos odontológicos e médico-hospitalares relacionados à saúde, produtos de higiene e limpeza pessoal, de segurança para uso doméstico e industrial, inclusive importação e exportação. Dai a razão de ter feito a opção pelo Sistema Integrado de Tribulação do Simples Nacional em 1º de Julho de 2007;
- Desde então, jamais alterou tais atividades. Ao contrário, estas sempre foram e continuam sendo, únicas e exclusivamente, a fabricação de aventais, gorros,

campos, máscaras protetoras e semelhantes de não-tecidos ou falsos tecidos para uso médico-hospitalares e o comércio (revenda) atacadista e varejista de produtos odontológicos e médico-hospitalares relacionados à saúde, produtos de higiene e limpeza pessoal, de segurança para uso doméstico e industrial, inclusive importação e exportação, conforme consta em seu CNPJ-CNAE-Fiscal: 32.92-2-02 - 46.45-1-03 - 46.49-4-01 - 46.45-1-01 - 46.69-9-99;

- Fato é que em momento algum praticou qualquer atividade impedida, tanto que inexistente emissão de documento fiscal que lhe seja correspondente. Ao contrário, praticou e vem praticando as mesmas operações desde a sua constituição. Tanto isto é verdade que se enquadrou no Simples Nacional desde o começo e com base na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006;
- O que ocorreu em 25 de setembro de 2012, através da alteração n. 363.468/12-2, não passou de um equívoco. Por outras palavras, a atividade de venda de licenciamento de franquia empresarial (franqueadora) foi involuntária e erroneamente levada ao contrato social e jamais se concretizou. Afinal, porque praticaria um ato que poderia comprometer a sua permanência no Regime Diferenciado?
- Na verdade, conforme já adiantado, percebido o equívoco, tratou de corrigi-lo imediatamente, procedendo a re-ratificação perante a Junta Comercial - JUCESP em 23 de agosto de 2013, que recebeu o nº 275.830/13-5, fazendo constar na cláusula 1ª que a alteração registrada sob nº 363.468/12-2 ocorreu de forma equivocada. Daí a razão de constar nas cláusulas 1ª, item 1º, e 3ª, item 3º, da Consolidação a atividade de venda de licenciamento de franquia empresarial (franqueadora);
- Ante tais argumentos, não se duvida que a exclusão não se sustenta, devendo ser rechaçada, ante à involuntariedade e, quiçá, atipicidade da conduta;
- Em reforço ao explicitado, nunca é demais lembrar o incomparável magistério do mestre Rubens Gomes de Souza, "in" Compêndio de Legislação Tributária, p. 141. 1975. segundo o qual "as sanções fiscais somente se tipificam se ocorrerem dolo ou culpa";
- Em consonância ao mestre, o Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas – TIT, através de suas nobres Câmaras, já teve oportunidade de decidir que:

Desconformidade entre os fatos constatados e a descrição do AIIM - Apelo Provido -
Decisão Unânime - Processo DTR-7 n. 1474/80, Julgado em sessão da 6ª Câmara, de
25.03.81, Rel. José Eduardo Soares de Melo.
- No mesmo diapasão: Processo DRT-5 n. 601/80, Julgado em sessão da 2ª Câmara, de 08.04.81, Rel. Roberto Pinheiro Lucas;
- Já o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sempre douto em seus ensinamentos e julgados, ao relatar o RESP 229-RJ, "in" RSTJ, 4/1555, teve oportunidade de ponderar que "a melhor interpretação da lei é a que se

preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos pode levar à injustiça";

- Aliás, uma coisa é dissecar um comando legal sob a ótica doutrinária e outra, bem diversa, é aplicar esse mesmo comando a uma determinada situação fática no poder-dever da prestação jurisdicional que deve fazer justiça. E Cícero, no seu "De Officiis", já invocava a célebre parêmia "*summum jus, summa injuria*" (Apelação n. 553.920-0/5, rel. Juiz Luiz de Carvalho, 5ª Câmara, 2º TAC, j. 10.11.99, v.u.);
- Não se deslembre que o tratamento jurídico diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte encontra previsão no artigo 179 da Constituição federal.
- A Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, regulamentou o referido dispositivo constitucional, disciplinando o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, quanto aos tributos que menciona;
- Todavia, o artigo 9º da Lei citada previu hipóteses de vedação ao ingresso no regime do SIMPLES, dentre as quais as que constam do inciso XIII.
- O referido dispositivo teve sua constitucionalidade questionada na ADI n. 1.643, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996 não viola o princípio da isonomia tributária ao discriminar, por motivos extrafiscais, microempresas e empresas de pequeno porte que possuem capacidade contributiva distinta;
- A lei vedou o ingresso no SIMPLES às pessoas jurídicas que prestem serviços próprios dos profissionais relacionados no inciso XIII e daqueles que lhes são assemelhados, bem como às que prestem serviços relativos a profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional exigida por lei;
- O critério utilizado pelo legislador foi o de vedar o ingresso no regime favorecido àqueles que exercem atividades para as quais se exige conhecimento especializado, seja ele técnico, científico ou artístico, uma vez que, pelas suas peculiaridades, prescindem de auxílio estatal;
- Feitas essas considerações, o objeto social da recorrente consistia, quando da exclusão, na fabricação de aventais, gorros, campos, máscaras protetoras e semelhantes de não tecidos ou falsos tecidos para uso médico-hospitalar e comércio (revenda) atacadista e varejista de produtos odontológicos e médico-hospitalares relacionados à saúde, produtos de higiene e limpeza pessoal, de segurança para uso doméstico e industrial, inclusive importação e exportação. Na verdade, continuava o mesmo de antes;
- É certo que nenhuma das atividades acima elencadas encontram previsão expressa no artigo 9º, XIII, da Lei n. 9.317/1996, nem guardam semelhança com as atividades declinadas no dispositivo referido;

- Por fim, para exercer as atividades constantes de seu objeto social, a recorrente não necessita de profissional que detenha habilitação legalmente exigida, razão porque sua exclusão do SIMPLES revela-se indevida;
- Verifica-se, portanto, que o ato administrativo baseia-se em premissa equivocada;
- Por fim, a Lei Complementar n. 123/2006, no seu artigo 16, § 4º, assegurou às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples da Lei n. 9.317/1996 a opção automática pelo Simples Nacional a partir de 1º de julho de 2007. Dessa forma, anulado o ato de exclusão, deve ser garantido o direito de opção automática pelo Simples Nacional, já que um dos princípios fundamentais da ordem econômica em nosso sistema constitucional é o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (CF, art. 170, IX, com redação da LC nº 06/95);
- Por tais e tantos motivos, a recorrente requer o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a r. decisão de primeira instância e afastar a exclusão do SIMPLES, mantendo-a incluída e reincluindo-a no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional desde 30 de setembro de 2012.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

O litígio envolve a exclusão do Simples Nacional, a partir de 1º/10/2012 (fls. 17), em razão de o contribuinte ter incluído atividade vedada, correspondente à venda de licenciamento de franquia empresarial (franqueadora), CNAE 7740- 3/00, listada no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011.

A exclusão nesta hipótese tem como supedâneo legal o disposto nos arts. 30 e 31 da Lei Complementar nº 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 ocorreu 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 nº 139, de 10 de novembro de 2011)

(...)

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;
(Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro 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; (...)

(Grifei)

A norma transcrita encontrava-se regulamentada pela Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29 de novembro de 2011, então vigente à época dos fatos aqui analisados:

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

(...)

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

A rigor, o que se depreende a partir da análise da petição inicial, fls. 02/04, é a intenção do contribuinte de que sejam anulados os efeitos do ato por ele praticado, por ter supostamente cometido um equívoco ao proceder a alteração cadastral. E essa intenção continuou a ser mantida em seu recurso voluntário, senão vejamos:

O que ocorreu em 25 de setembro de 2012, através da alteração n. 363.468/12-2, não passou de um equívoco. Por outras palavras, a atividade de venda de licenciamento de franquia empresarial (franqueadora) foi involuntária e erroneamente levada ao contrato social e jamais se concretizou. Afinal, porque praticaria um ato que poderia comprometer a sua permanência no Regime Diferenciado?

Na verdade, conforme já adiantado, percebido o equívoco, tratou de corrigi-lo imediatamente, procedendo a re-ratificação perante a Junta Comercial - JUCESP em 23 de agosto de 2013, que recebeu o nº 275.830/13-5, fazendo constar na cláusula 1ª que a alteração registrada sob nº 363.468/12-2 ocorreu de forma equivocada. Daí a razão de

constar nas cláusulas 1ª, item 1º, e 3ª, item 3º, da Consolidação a atividade de venda de licenciamento de franquia empresarial (franqueadora);

O SEORT/DRF/LIM emitiu o Despacho Decisório, fls. 31/35, negando provimento ao pedido interposto pelo contribuinte. Do referido ato, merecem ser destacados os seguintes fundamentos (grifos acrescidos):

Podemos notar que na citada alteração contratual somente foi incluída a atividade econômica de comércio (revenda) atacadista e varejista de produtos odontológicos e médico hospitalares relacionados à saúde, produtos de higiene e limpeza pessoal, de segurança para uso doméstico e industrial, inclusive importação e exportação.

Portanto, o interessado muito antes da alteração contratual nº 1, registrada na JUCESP na data de 25/09/2012, já tinha a intenção de exercer a atividade econômica de VENDA DE LICENCIAMENTO DE FRANQUIA EMPRESARIAL (FRANQUEADORA), atividade esta, impeditiva para ingressar no Simples Nacional.

Ressalta-se que não foi acostado aos autos pelo interessado qualquer documentação comprobatória demonstrando que a empresa não tinha intenção de exercer a atividade econômica de VENDA DE LICENCIAMENTO DE FRANQUIA EMPRESARIAL (FRANQUEADORA).

Por sua vez, a autoridade julgadora de primeira instância, ao apreciar a manifestação de inconformidade, não conheceu da petição apresentada, com base nos seguintes fundamentos (grifos acrescidos):

Na espécie, trata-se de exclusão automática da sistemática do Simples Nacional decorrente de ato volitivo praticado pela 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, a própria contribuinte pediu a sua exclusão do Simples Nacional, ao proceder à alteração contratual para atividade vedada. Ainda que se trate de manifestação de inconformidade contra a decisão da autoridade preparadora, na verdade desde o primeiro requerimento (fls. 02-04) o que pretende é manifestar “sua inconformidade” contra um ato que praticou, vez que não foi excluída de ofício pelo Fisco e sim *motu próprio*.

Conclusão.

Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, não conheço da manifestação de inconformidade, por falta de objeto.

O entendimento da DRJ/CGE não está em consonância com o da Receita Federal sobre o assunto. A Coordenação de Tributação, por intermédio da Solução de Consulta Interna SCI nº 6 – Cosit, de 3 de abril de 2017, se manifestou sobre a matéria, nos seguintes termos:

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 n.º 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 n.º 94, de 2011). Dispositivos Legais: Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 39.

Destaca-se o seguinte trecho dos fundamentos da referida SCI:

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 n.º 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 n.º 94, de 2011), a atrair, no âmbito federal, a competência das delegacias de julgamento.

Embora referido ato não vincule esta instância julgadora, é certo que deve ser observado pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, *ex vi* do disposto no art. 7º da Portaria RFB n.º 2.217, de 19/12/2014 (vigente à época em que foi proferido o acórdão DRJ/CGE n.º 04-39.312, de 22/04/2015¹):

Art. 7º Terá efeito vinculante no âmbito da RFB, a partir de sua publicação:

I – na internet, no sítio da RFB, a SCI;

Ressalva-se, por oportuno, que, quando o acórdão da DRJ/CGE foi proferido, ainda não tinha sido emitida a SCI n.º 6/2017, o que demonstra que o entendimento exarado pelo Ilustre Relator não desrespeitou o disposto na Portaria RFB n.º 2.217, de 19/12/2014.

Porém, a situação que agora se apresenta em fase recursal é de um acórdão da autoridade *a quo* que não enfrentou o mérito da questão alegada pela defesa (reinclusão do Simples Nacional), em situação que a própria administração da Receita Federal já se manifestou que é de competência das Delegacias de Julgamento (o próprio Despacho Decisório da DRF/LIM já havia facultado o direito de recorrer à DRJ).

Desta forma, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, deve ser anulada a decisão recorrida, para que enfrente o mérito do pedido do contribuinte, a partir dos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade e os elementos de prova anexados ao processo.

Conclusão.

¹ Atualmente vige a Portaria RFB n.º 1.936, de 06/12/2018, que manteve a mesma vinculação em seu art. 12, a saber:

Art. 12. *Terão efeito vinculante no âmbito da RFB, a partir de sua publicação:*

I - no Diário Oficial da União (DOU), o Parecer RFB; e (Redação dada pelo(a) Portaria RFB n.º 172, de 24 de janeiro de 2020)

II - no Boletim de Serviço da RFB, a SCI e o Parecer Sutri.

(...)

Ante o exposto, **voto** por dar provimento parcial ao recurso **para anular a decisão recorrida**, determinando o retorno dos autos à Delegacia de Julgamento para que outra seja proferida, abrangendo todos os aspectos abordados na manifestação de inconformidade.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa