



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13896.721261/2014-85
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.352 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente ECOMAX PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. ERRO MATERIAL.

Constatado erro material na informação e preenchimento da FCPJ/DBE e não tendo a recorrente, comprovadamente, exercido a atividade vedada e sequer a incluído em seu contrato social, descabe a sua exclusão do regime simplificado, impondo o cancelamento do ADE e a sua manutenção no SIMPLES NACIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



Acordam os membros do colegiado, **por unanimidade de votos**, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário e reverter a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL, determinado sua manutenção no regime simplificado a partir de 01/03/2014.



Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima identificada em face de decisão exarada pela 3ª Turma da DRJ/RJO, sessão de 30 de maio de 2018 (fls. 288/306), que indeferiu a manifestação de inconformidade apresentada (fls. 2/4) e ratificou o entendimento da DRF/BARUERI/SP que excluiu a recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL (LC n.º 123/2006), em virtude de atividade vedada em seu objeto social (art. 17, XII, do referido dispositivo legal), adotando os fundamentos do DESPACHO DECISÓRIO DRF/BRE/SEORT N.º 361/2017, de 09/08/2017 (fls. 103/105):

 Ministério da Fazenda Secretaria da Receita Federal do Brasil Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri Serviço de Orientação e Análise Tributária - SEORT 	
PROCESSOS	13896-721.261/2014-85 e 13896-723.709/2016-67 (Arquivado)
INTERESSADA	ECOMAX PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA - ME
CNPJ	10.343.946/0001-04
ENDEREÇO	Rua Volga, 276 / Slj – Jardim Reginalice – Barueri – SP – CEP 06412-010
DESPACHO DECISÓRIO DRF/BRE/SEORT N.º 361/2017	
RELATÓRIO	
<p>Trata-se de uma contestação à exclusão do Simples Nacional.</p> <p>Em 19/05/2014 a interessada protocolou a contestação (fls. 02 a 62), apresentando uma série de documentos que formaram o processo administrativo n.º 13896-721.261/2014-85, alegando o que segue:</p> <ul style="list-style-type: none"> - não tendo recebido o ADE, não tomou ciência de que estaria excluída do SIMPLES NACIONAL; - quando foi pesquisar o motivo da exclusão, verificou que, na alteração do CNPJ correspondente à alteração contratual arquivada na JUCESP em 04/02/2014, foram informadas duas atividades econômicas secundárias impeditivas ao SIMPLES NACIONAL (CNAEs 7820-5/00 e 7830-2/00); - informa que seu faturamento mensal tem origem no contrato de prestação de serviços com a empresa Hospitalis Núcleo Hospitalar de Barueri Ltda., serviços estes que são de execução do faturamento hospitalar e serviços de higiene pessoal; - informa, também, que solicitou a exclusão dos CNAEs impeditivos via FCPJ(DBE). <p>Em 22/08/2014 foi emitida a intimação SEORT/DRF/BRE 751/2014, informando que a FCPJ (Recibo n.º 39723160) transmitida em 19/05/2014 havia sido indeferida e solicitando uma nova FCPJ (DBE) com os dados devidos. Foi dado um prazo de 30 dias para regularização do cadastro (fls. 66 e 65).</p> <p>O Aviso de Recebimento (AR) da intimação acima retornou em 27/08/2014, com a informação de mudança da empresa (fl. 67).</p> <p>Por não ter sido localizada a empresa, a ciência da intimação foi dada pelo Edital n.º 0118300521400043 (fl. 69).</p> <p>Passado o prazo de 30 dias, como não houve qualquer manifestação por parte da empresa, foi emitido o Despacho Decisório DRF/BRE/SEORT 343/2014, indeferindo a contestação da exclusão do Simples Nacional. No próprio despacho a interessada foi cientificada de que teria 30 dias contados da ciência para apresentar, se fosse o caso, Manifestação de Inconformidade junto à Delegacia de Julgamento (fls 70 e 71).</p> <p>O Aviso de Recebimento (AR) retornou em 12/11/2014, com a informação de que o número seria inexistente (fl. 73). Tomou ciência pelo Edital n.º 011830521400050 (fl. 74).</p> <p>O Processo 13896-721.261/2014-85 foi arquivado em 06/04/2015. E desarquivado em 23/02/2017 por solicitação da interessada, como explicado abaixo.</p> <p>Em 15/12/2016 foi apresentada uma solicitação de desarquivamento do processo 13896-721.261/2014-85, acompanhada do pedido de cancelamento da exclusão automática do Simples Nacional. Foi gerado o processo administrativo n.º 13896-723.709/2016-67.</p> <p>Os dados do Processo 13896-723.709/2016-67 foram copiados para o Processo 13896-721.261/2014-85 (fls 77 a 100). Sendo o primeiro arquivado.</p> <p>A alegação básica, neste novo pedido de cancelamento de exclusão, é que o cancelamento automático foi devido à inclusão, INDEVIDA, de CNAEs impeditivos pela JUCESP, conforme alguns trechos extraídos da solicitação:</p>	

 <p>Ministério da Fazenda Secretaria da Receita Federal do Brasil Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri Serviço de Orientação e Análise Tributária - SEORT</p> 
<p>“</p> <p>Ocorre que, por ocasião do registro da citada alteração contratual na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), houve a indevida inclusão das atividades de fornecimento de mão-de-obra vedada pela Lei Complementar nº 123 de 2006, por erro de digitação por parte desse órgão administrativo:</p> <p>“</p> <p>“</p> <p>Nesse contexto, por conta de erro por parte dos órgãos administrativos, que inseriram, em registros oficiais da Requerente, atividades que sequer constam do seu objeto social, a Requerente foi indevidamente excluída do Simples Nacional.</p> <p>Segundo o Decreto nº 70.235 de 1972, bem como o artigo 373 do Código de Processo Civil a prova cabe a quem alega. Mas para o presente caso, nem haveria que se falar em prova já que a exclusão da Requerente se deu por conta de erro dos órgãos públicos.</p> <p>“</p> <p>“</p> <p>b) Que as atividades impeditivas de inclusão no Simples Federal que foram incluídas no seu CNPJ de deram por conta, exclusivamente, de informações incorretas registradas pelos órgãos administrativos; e</p> <p>“</p> <p>É o relatório.</p>
FUNDAMENTAÇÃO
<p>Resolução CGSN nº 94, 29/11/2011</p> <p><i>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 nº123, de 2006, art. 30, § 3º)</i></p> <p>.....</p> <p>II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;</p> <p>.....</p> <p>Inscrição e alteração do CNPJ (Orientações por Subsecretaria de Arrecadação e Atendimento — publicado em 25/11/2014)</p> <p>Documentação Necessária:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. DBE/Protocolo original, impresso na Internet; 2. procuração, se o DBE for assinado por procurador. <p>Procedimentos do contribuinte para obter a inscrição e alteração no CNPJ através da Junta Comercial:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Preencher a FCPJ (Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica) e/ou QSA (Quadro de Sócios e Administradores) de acordo com os dados que constarão do ato constitutivo ou alterador; 2. Gravar a FCPJ/QSA; 3. Transmitir, pelo Receitanet ou pelo Aplicativo de Coleta WEB, a FCPJ/QSA; 4. Imprimir o Recibo de Entrega; 5. Imprimir, na página da RFB na Internet, o DBE (Documento Básico de Entrada) ou o Protocolo de Transmissão, se for o caso; <p>Obs 1: O DBE/Protocolo será disponibilizado na Internet para impressão se não houver pendências.</p> <p>Obs 2: Quando se tratar de eventos praticados no âmbito de convênios celebrados com a Junta Comercial, o DBE poderá ser apresentado sem o reconhecimento de firma do responsável, preposto ou procurador.</p> <p>Obs 3: O DBE/Protocolo conterá o código de acesso para acompanhamento do pedido transmitido pela Internet, na opção "Consulta da Situação do Pedido de CNPJ Enviado pela Internet".</p> <ol style="list-style-type: none"> 6. Anexar o DBE/Protocolo (identificado com o nome empresarial) ao processo de constituição ou alteração da pessoa jurídica encaminhado para a Junta Comercial conveniada; <p>Após o deferimento do processo de constituição ou alteração pela Junta Comercial, será disponibilizado na página da RFB, na Internet, o "Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral" que é o documento hábil para o contribuinte comprovar a condição de inscrito no CNPJ.</p> <p>As Juntas Comerciais <u>não</u> estão habilitadas a fazerem correções na solicitação preenchida pelo contribuinte. Em caso de indeferimento no ato cadastral (inscrição ou alteração) o contribuinte deverá solicitar novamente a realização do Ato Cadastral na RFB. Esta correção do Ato Cadastral corresponderá a uma nova solicitação.</p> <p>(Fonte: Sítio da Receita Federal do Brasil na Internet) https://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastro-nacional-de-pessoas-juridicas-cnpj/juntas-comerciais-conveniadas-para-inscricao-e-alteracao-do-cnpj/inscricao-e-alteracao-do-cnpj-2013-orientacoes</p>

Com a seguinte conclusão:

DESPACHO DECISÓRIO	
1.	A alteração de dados no CNPJ, no caso, as inclusões de atividades (CNAEs) impeditivas, é equivalente à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional, ou seja, não é necessário emitir-se um termo de exclusão.
2.	A responsabilidade da inclusão de dados em uma alteração cadastral do CNPJ é da própria empresa. Não foram verificados documentos comprovando que a inclusão das atividades impeditivas tenha sido efetivada por qualquer órgão público interveniente como citado.
3.	Conforme o histórico do processo apresentado no relatório, em 2014 a empresa teve duas oportunidades para regularizar sua situação cadastral, quando foi intimada e quando foi tentado notificá-la do Despacho Decisório. Em ambos os casos a ciência foi dada por Edital, pois as correspondências (Avisos de Recebimentos – AR) retornaram sem que fosse encontrada a interessada. Sendo que é de responsabilidade do contribuinte a manutenção do cadastro atualizado.
4.	Também não poderia ter sido alegada ignorância do indeferimento, pois o DBE/Protocolo continha um código de acesso para acompanhamento do pedido transmitido pela Internet, na opção "Consulta da Situação do Pedido de CNPJ Enviado pela Internet".
Ante ao exposto, decido pelo indeferimento da solicitação.	
Este Despacho não será publicado.	
Cientifique-se a Interessada desta decisão, sendo facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, dirigida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da ciência desta decisão.	

DO TRÂMITE PROCESSUAL

Irresignada, a contribuinte acostou a MI citada (fls. 2/4), aduzindo, conforme relatório elaborado pela decisão recorrida, aqui adotado:

- °. não tendo recebido ADE-Ato Declaratório de Exclusão, não tomou ciência da exclusão do regime, “tendo sido pega de surpresa”;
- °. buscando o motivo da exclusão, verificou que, na última alteração contratual na Jucesp, de 04.02.2014, notou que, no momento da geração do CNPJ, o encarregado da digitação acabou, equivocadamente, cadastrando como atividade econômica secundária os CNAEs 7830-2/00 – fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros e 7820-5/00-locação de mão-de-obra temporária;
- °. tais atividades, todavia, não constam da redação da terceira cláusula do contrato social registrado na Jucesp, na qual se lê como objeto social: “a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também a prestação de serviços de vendas de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; venda de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaços para eventos; assessoria em marketing; administração de lanchonete e estacionamento”, e em momento algum faz alusão aos CNAEs motivos da exclusão;
- °. a empresa Ecomax é empresa pequena, com média mensal de faturamento de R\$ 67.959,92; oriundo do contrato de prestação de serviços que mantém com a empresa Hospitalis Núcleo Hospitalar de Barueri Ltda, a quem presta serviços de execução do faturamento pessoal e serviços de higiene pessoal, sendo que não possui outra fonte de renda;
- °. em julho de 2013, houve redução do quadro funcional do setor de limpeza para 25 (vinte e cinco) funcionários, e uma queda brusca no faturamento, que, no último mês de abril foi de R\$ 50.661,19, com custo médio de R\$ 38.799,60, e lucro após tributação de R\$ 11.861,59;

°. ante os números apresentados entendemos ser injusto o desenquadramento, que a penalizará arbitrariamente, pois, uma vez desenquadrada, passará a ser tributada pelo lucro presumido à alíquota de 32%, o que implicará em tributação federal de R\$ 2.204,78, mais R\$ 7.224,00 de folha de pagamento, mais R\$ 1.013,22 de tributação municipal, totalizando carga tributária de R\$ 10.442,00, que, somada ao custo operacional de R\$ 34.479,96, totalizará R\$ 44.921,60, ou seja, quase o total de seu faturamento;


°. hoje, sua tributação no Simples Nacional é de R\$ 4.339,62 ao mês; para um aumento de 41,56% na carga tributária não restará aos sócios outra alternativa a não ser o de encerramento de suas atividades e demissão do quadro de colaboradores;

°. “com medo de parecermos inadimplentes perante este órgão, procedemos no mês de abril de 2018 ao recolhimento dos tributos com base no lucro presumido”;



°. “não sendo interesse da sociedade encerrar suas atividades, solicita que sejam analisadas suas questões e, evidenciando-se o erro grosseiro, aceite a alteração contratual já solicitada via DBE, de exclusão dos CNAEs impeditivos e indevidos e possa conceder à Ecomax o direito de permanecer no regime de tributação do Simples Nacional”.

Encerra requerendo “que os recolhimentos mensais possam continuar sendo efetuados pela sistemática do Simples Nacional até que haja a apreciação da presente contestação e seja expedido o parecer final, que acreditamos será o de manutenção do enquadramento no Simples Nacional”.

Antes de subir à apreciação da DRJ, a petição foi objeto de análise pela DRF/Barueri/SP que intimou a contribuinte nos seguintes termos (fls. 66):

		SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - BARUERI SERVIÇO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA		TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL SEORT/DRF/BRE Nº 751/2014	
JURISDIÇÃO FISCAL					
R.F.	LOCALIDADE				
8ª	Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri - SP				
LOCAL DA LAVATURA				DATA DA LAVATURA	
Av. Tucunaré, 292 – Tamboré – Barueri – SP CEP: 06460-020				22 de Ago de 2014	
INTERESSADA					
RAZÃO SOCIAL, FIRMA OU NOME					
ECOMAX PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - ME					
CNPJ/CPF	PROCESSO				
10.343.946/0001-04	13896.721261/2014-85				
ENDEREÇO			BARRIO		
R VOLGA 276, SLJ.			JARDIM REGINALICE		
MUNICÍPIO			CEP		
BARUERI, SP			06412-010		
DESCRIÇÃO					
<p>No processo em epígrafe, a interessada apresenta impugnação contra exclusão automática de opção ao Simples Nacional, em virtude de alteração cadastral em CNAE referente a atividade vedada.</p> <p>A fim de regularizar a situação, foi transmitida, em 19/05/2014, FCPJ sob o nº de recibo SP39723160, para alteração das atividades econômicas. Tal solicitação foi indeferida após análise pelo CAC-Barueri, conforme motivos em anexo.</p> <p>Tendo em vista a continuidade da análise do pedido, fica o contribuinte INTIMADO a apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento desta intimação, nova transmissão de FCPJ (DBE) com os dados devidos, para regularização do cadastro.</p> <p>Ressalte-se que a ausência de resposta a esta intimação, no prazo nela previsto, poderá implicar o indeferimento do pedido.</p>					

Não houve atendimento, o que levou a Unidade a emitir o PARECER DRF/BRE/SEORT n.º 343/2014, de 07/11/2014 (fls. 70/71):

 <p>Ministério da Fazenda Secretaria da Receita Federal do Brasil Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri Serviço de Orientação e Análise Tributária - SEORT</p> 	
PROCESSO	13896.721261/2014-85
INTERESSADA	ECOMAX PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - ME
CNPJ	10.343.946/0001-04
ASSUNTO	EXCLUSÃO SIMPLES NACIONAL
ENDEREÇO	R VOLGA, 276 – SLJ., JD REGINALICE, BARUERI/SP, CEP 06412-010
<p>PARECER DRF/BRE/SEORT N.º 343/2014.</p> <p>O contribuinte foi excluído automaticamente do SIMPLES NACIONAL em 02/04/2014 (com efeito a partir de 01/03/2014) por ter incluído, via alteração do Contrato Social, entre as suas atividades os CNAE 7820500 e 7830200, que são impeditivas ao Simples Nacional.</p> <p>Por meio deste processo, o contribuinte impugnou a exclusão, solicitando a anulação de seus efeitos. Alega que houve equívoco no cadastramento.</p> <p>Sendo assim, foi expedida a intimação n.º 751/2014 ao endereço indicado pela interessada em sua solicitação, a qual foi devolvida em razão de mudança do estabelecimento, conforme AR fl. 67.</p> <p>Uma vez que não foi possível localizar a interessada e que não houve alteração em seu cadastro (fl. 68), realizamos a ciência via edital, para o qual não houve manifestação.</p> <p>Ante o exposto, PROponho o indeferimento do pedido.</p> <p>Ao Chefe do SEORT/DRF/BRE.</p>	
<p>DESPACHO DECISÓRIO</p> <p>Com base no Parecer supra, que aprovo, indeferir o pedido do contribuinte.</p> <p>Cientifique-se a interessada sobre o presente Despacho Decisório, facultando-lhe a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de ciência deste, à Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto, a ser entregue nesta DRF/BRE.</p>	

Mencionado ato administrativo foi afixado em Edital em 01/12/2014 e desafixado em **16/12/2014**, tendo a recorrente se quedado silente e os autos enviados a arquivo, só a ele retornando a interessada em **15.12.2016**, quando requereu seu desarquivamento e acostou petição (fls. 77/80), na qual assentou:

°. “*não obstante ter sempre diligenciado no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente no tocante ao atendimento das obrigações tributárias principais e acessórias às quais está sujeita, sempre demonstrando boa-fé e transparência em suas operações, foi excluída desse regime simplificado de tributação*”;

°. o Ato Declaratório de exclusão se fundamentou no fato de que a requerente exerceria atividades de fornecimento e gestão de recursos humanos – CNAE 7830-2/00 e locação de mão-de-obra (CNAE 7820-5/00);

- . o desenquadramento decorreu de erro cuja causa não pode ser atribuída à Requerente;
- . alterou seu contrato social em 04.02.2014, ampliando o seu objeto social:

CLÁUSULA QUARTA – OBJETO SOCIAL: A sociedade terá como objeto social a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também prestação de serviços de venda de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; venda de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaços para eventos; assessoria em marketing; administração de lanchonete e estacionamento.

- . “ocorre que, por ocasião do registro da citada alteração contratual na Junta Comercial do Estado de São Paulo – Jucesp, houve a indevida inclusão das atividades de fornecimento de mão-de-obra vedada pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, por erro de digitação por parte desse órgão administrativo”;

ALTERAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA / OBJETO SOCIAL DA SEDE PARA PROMOÇÃO DE VENDAS, FORNECIMENTO E GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS PARA TERCEIROS, LIMPEZA EM PRÉDIOS E EM DOMICÍLIOS, SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVO, SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE FEIRAS, CONGRESSOS, EXPOSIÇÕES E FESTAS. (gn)

- . “o CNPJ é documento de identidade da empresa, com validade jurídica perante a RFB e terceiros; o CNAE é código de atividade. Assim, a correta prestação de informações por parte do contribuinte é fundamental e pode definir o sistema de tributação do contribuinte. Nesse contexto, por conta de erro por parte dos órgãos administrativos, que inseriram em registros oficiais da Requerente atividades que sequer constam do seu objeto social, a Requerente foi indevidamente excluída do Simples Nacional”;
- . “segundo o Decreto n.º 70.235, de 1972, bem como o art.373 do CPC, a prova cabe a quem alega. Mas para o presente caso, nem haveria que se falar em prova já que a exclusão da Requerente se deu por conta de erro dos órgãos públicos”;
- . “ressalte-se que tal erro fica mais evidenciado pelo fato de que a Requerente procedeu à retificação de seu CNPJ, de forma a excluir as atividades indevidamente nele inseridas, sem que fosse necessário qualquer alteração do contrato social (doc.3)”.

Concluiu reafirmando que nunca descumpriu legislação, que as atividades impeditivas foram incluídas no CNPJ exclusivamente por conta de informações incorretas registradas pelos órgãos administrativos e que a regularização dos seus dados no CNPJ foram efetuados sem que fosse necessária qualquer alteração contratual, já que seu objeto social está corretamente escrito e arquivado na Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Juntou documentos (fls.81/103).

Sequencialmente, mediante o Despacho Decisório n.º 361, de 2017 (fls.103/105), já antes reproduzido, informa que este processo havia sido arquivado em

06.04.2015 e desarquivado em 23.02.2017, por solicitação da interessada. Informa ainda que, em 15.12.2016, foi solicitado o desarquivamento deste processo, tendo sido gerado o processo 13896.723.709/2016-67, e, que “os dados do processo 13896.723.709/2016-67 foram copiados para o processo 13896.721.261/2014-85 (fls.77 a 100), sendo o primeiro arquivado”. Por fim, indefere o pedido da contribuinte (fls. 105).

Houve tentativa de cientificar a contribuinte, porém o “AR” voltou com a informação de “mudou-se” (14/08/2017), obrigando a elaboração do Termo de Intimação 199/2017, de 25.08.2017, para agendar o comparecimento do interessado ao CAC, a fim de receber cópia do Despacho Decisório nº 361/2017.

Através do seu Domicílio Tributário Eletrônico – Simples Nacional (fls. 107/109) a interessada tomou ciência em 11/10/2017, do referido Despacho e, logo a seguir (09/11/2017), juntou petição (fls.124/135), aduzindo.

- °. em 04.02.2014, acabou por gerar a inclusão de dois códigos CNAEs que nunca representaram na realidade a atividade da Ecomax;
- °. a inclusão errônea acabou por gerar questionamento por parte do Fisco e o risco de desenquadramento;
- °. nunca mudou o seu contrato social, e a cláusula do objeto social tem o seguinte teor:

CLÁUSULA QUARTA – DO OBJETO SOCIAL

A sociedade terá como objetivo social a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também prestação de serviços de venda de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; venda de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaços para eventos em marketing; administração de lanchonete e estacionamento.

- °. a inclusão dos CNAEs 7830-2 e 7820-5 foi um erro, pois presta serviços de natureza administrativa, como digitação de notas fiscais, preparação de documentos, serviços de limpeza e administração de lanchonete, e nunca teve como objeto as atividades proibidas;
- °. “o erro de digitação só foi percebido algum tempo depois e corrigido na alteração de 06.02.2016, “quando uma nova contabilidade foi contratada e verificando o erro, alterou o cadastro”;
- °. “no período que vai da alteração errônea do cadastro à sua correção, a Fazenda Nacional, com base em informação que não condizia com a realidade da empresa, acabou por desenquadrar a Ecomax, em processo que não seguiu o procedimento correto de

desenquadramento, visto que a Fazenda Nacional não enviou à empresa o Ato Declaratório Executivo”;

°. *“aliada a essa falta de adesão ao procedimento padrão, ocorreram várias falhas no processo, não podendo a culpa ser atribuída nem à Ecomax, nem ao Fisco, visto que, por duas vezes, foi enviada carta registrada para o endereço onde a empresa está localizada comunicando movimentações no processo administrativo, mas, por erro da pessoa que recebeu a intimação, o Aviso de Rcebimento foi devolvido como se a empresa tivesse mudado de endereço, apesar de esse nunca ter sido alterado”;*

°. *“essa combinação de fatores negativos, alheios à vontade ou mesmo culpa da Ecomax é que fizeram a empresa em 15/12/2016 solicitar o desarquivamento do processo 13896721.261-2014-85 e requerer nova análise gerando o atual processo 13896723.709-2016-67, onde apresentou novamente a comprovação e que a alteração do CNAE foi um erro e nunca representou a realidade, não cabendo assim o desenquadramento”;*

°. *“infelizmente, apesar de permitir a reabertura do processo, novamente a Fazenda se prendeu a aspectos burocráticos não analisando o suporte documental onde a empresa comprova através de contratos (docs.04) e notas fiscais (docs.05 a 07) que a empresa prestava serviços de apoio administrativo e de limpeza e conservação, em linha com o CNAE 8211-3-00 – serviços combinados de escritório e apoio administrativo”;*

°. *“tanto é verdade que nunca prestou os serviços nos CNAEs 7830-2 e 78205, que tão logo o erro foi descoberto, a empresa entrou em contato com a Fazenda e hoje encontra-se enquadrada (doc.17), restando agora somente a discussão sobre o período em questão, isto é, o período que vai de 2014 a 2016”;*

°. *“esse processo foi gerado pela conjunção e equívocos, que vão da alteração indevida das atividades secundárias, seguida da não comunicação foram do ato de desenquadramento e da permissão da geração e envio das declarações e pagamento das guias do Simples, no período onde a empresa estava supostamente desenquadrada”;*

°. *“a Ecomax afirma tal ponto, porque durante todo o período apresentou suas declarações do Simples e recolheu seu imposto e cumpriu com todos os seus deveres instrumentais, fato que não deveria ter sido possível em especial após o desarquivamento do processo”;*

°. o fato de a empresa hoje em dia encontrar-se enquadrada comprova a regularidade da mesma e o reconhecimento tácito pela Fazenda de que a atividade realizada pela Ecomax está em linha com o descrito originalmente;

°. nesse período, o único item que sofreu alteração foi a inscrição no CNPJ, que foi corrigida, pois a atividade sempre foi a mesma;

°. se hoje, prestando o mesmo tipo de serviço a empresa se encontra enquadrada no Simples Nacional, fica claro que a Fazenda reconheceu que a empresa não realiza as atividades previstas nos CNAEs 7820-5 e 7830-2; sendo, assim, o suposto desenquadramento só existiu em razão de um erro;

°. se a Fazenda entendesse que a empresa presta serviços que não se enquadram no Simples Nacional não teria deferido o pedido de reenquadramento realizado em 01.01.2017;

°. a empresa sempre manteve o mesmo objeto social, o que ocorreu foi um erro de informação, e não pode sofrer os ônus do desenquadramento;

°. a insistência no desenquadramento, com base em aspecto meramente burocrático irá fazer com que o princípio do regime do Simples, que é o de facilitar, desburocratizar e baratear a tributação das empresas pequenas se perca;

°. a não emissão de um ato de exclusão fere o art.5º da Carta Magna, em especial o inciso LX, e, ainda, os princípios constitucionais do art.37 do mesmo diploma, porque não foi dada publicidade ao dito ato, e, que a alegação de que no caso de comunicação de alteração de CNPJ não cabe notificar o contribuinte do desenquadramento padece de constitucionalidade, ainda mais que tal falta de comunicação fez com que só se desse conta do desenquadramento em dezembro de 2016;

°. a Fazenda também não disponibilizou, através do sistema do Simples Nacional, o informativo do desenquadramento, optando por abrir um processo administrativo n.º 13896.721.261/2014-85, que, por uma fatalidade, acabou não sendo recebido pela Ecomax, que só tomou ciência deste processo muito tarde, apesar de ser certo que, no dito processo, a Fazenda deu a correta publicidade, mas não se atentou ao fato de que estava diante de empresa de pequeno porte, que normalmente não tem pessoas preparadas e que tenham conhecimento de todos os meandros do processo administrativo;

°. apesar de a autoridade fiscal não ter reconhecido expressamente a série de infortúnios e a boa-fé da Ecomax, foi reconhecida de forma implícita pela Fazenda quando acatou a petição e desarquivou o processo, abrindo nova possibilidade de manifestação da parte com a abertura do processo 13896.723.709/2016-67, porém o problema é que a autoridade fiscal não se atentou às provas apresentadas nos autos e reiteradas nessa manifestação;

°. punir uma empresa com o aumento expressivo de tributo somente em razão de um erro burocrático acaba por atribuir uma penalidade desproporcional, ferindo o princípio da proporcionalidade que, em sentido estrito, é o exame do confronto direto entre os interesses individuais e os estatais, a fim de se estabelecer se é razoável exigir-se o sacrifício do interesse individual em nome do interesse coletivo (previsto no art. 2º da Lei 9.784, de 1999), e é sem dúvida desproporcional e não razoável, não resistindo a uma análise fria da relação custo-benefício;

°. *“pugna pelo recebimento da presente Manifestação de Inconformidade, juntamente com todos os demais documentos fiscais e contábeis anexos à presente, para que, ao final, seja declarado nulo o despacho que desenquadrou a empresa do Simples Nacional e cancelado o processo em epígrafe, isentando esta peticionaria de qualquer obrigação referente ao pagamento de tributos, por outro regime que não o do Simples Nacional”*.

Juntou mais documentos (fls.136/221) e, em 10.11.2017 (fls.222/224), voltou aos autos para acostar petição (fls.225/226) e trazer novos documentos (fls.227/264).

Procedimento que se repetiu em 13.11.2017 (fls.265/266) com a protocolização da nova petição (fls.269/270) na qual informa só ter vindo aos autos naquele momento “*pois não conseguiu gerar a solicitação de inclusão de documentos para o processo 13896.723.709/2016- 67*”, solicitando esclarecimentos sobre essa limitação, correção do erro e novo prazo.

Findo todo este trâmite, os autos subiram à apreciação da 3ª Turma da DRJ/RJO que prolatou decisão (fls. 288/306) negando provimento à MI, na forma do voto condutor, cujos excertos abaixo se reproduzem (destaques no original):

“28 O interessado, optante do Simples Nacional desde 01.01.2009, foi excluído desse regime a partir de 01.03.2014, por comunicação obrigatória de atividade econômica vedada ao Simples Nacional: códigos CNAE 7820-5-00: e 7830-2-00: (fls.281):

(...)

29 De fato, os sobreditos códigos CNAE são proibidos ao Simples Nacional desde o início do regime (fls.282/283):

(...)

30 O interessado alega que “nunca mudou o seu contrato social”.

31 Segundo a DRF-Barueri (nosso item 11), “a responsabilidade da inclusão de dados em uma alteração contratual do CNPJ é da própria empresa”, e, “não foram verificados documentos comprovando que a inclusão das atividades impeditivas tenha sido efetivada por qualquer órgão público interveniente, como citado”.

32 Além disso, como visto em nosso item 7, o próprio interessado (nos autos do processo referido naquele item), não apenas afirmou ter ampliado o seu objeto social, como reproduziu a cláusula na qual se l (em negrito e sublinhada) a atividade que deu causa à comunicação obrigatória de exclusão: fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros:

(...)

33 A “Ficha Cadastral Completa”, emitida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo – Jucesp, confirma a data – 04.02.2014 – e o número de registro da alteração: 044.805- 14-7 (fls.85):

(...)

34 Na alteração contratual registrada na Jucesp em 11.12.2014, o objeto social não mais explicitou a atividade econômica que deu causa à exclusão (fls.255/260):

(...)

35 Posto isso, tem-se que a Lei Complementar n 123, de 14 de dezembro de 2006, determina que a exclusão do Simples Nacional a partir de comunicação da própria pessoa jurídica pode-se dar por opção ou obrigatoriamente:

(...)

38 *Tem-se, pois, que a exclusão por comunicação obrigatória decorre de lei expressa e se opera por ato do próprio optante, de forma que não há que se falar em qualquer ato subsequente da administração.*

39 *O interessado toma ciência da exclusão no mesmo momento em que promove a inclusão de atividade econômica vedada ao Simples Nacional. Inexiste previsão legal para que nessa modalidade de exclusão o ente tributante emita ato declaratório, como alega o interessado.*

40 *Na forma da Solução de Consulta Interna Cosit n.º 6, de 3 de abril de 2017, eventual pedido de cancelamento da exclusão por comunicação obrigatória equivale a pedido de reinclusão no Simples Nacional:*

(...)

41 *A lei veda o exercício de atividade econômica proibida ao Simples Nacional. Mas também impõe outras regras para adesão ao regime, entre elas a de que opção pelo regime seja realizada até o último dia útil de janeiro: tanto para os que nunca optaram pelo regime, como para os que dele foram excluídos:*

(...)

42 *Por isso, ainda que a atividade econômica que deu causa à exclusão por comunicação obrigatória venha a ser excluída do contrato social no mesmo ano-calendário da exclusão, não se pode sobrepor ao sobredito prazo legal.*

43 *O interessado alega que “tanto é verdade que nunca prestou os serviços nos CNAEs 7830-2 e 7820-5, que tão logo o erro foi descoberto, a empresa entrou em contato com a Fazenda e hoje encontra-se enquadrada”. Diz, ainda, que, “se hoje, prestando o mesmo tipo de serviço a empresa se encontra enquadrada no Simples Nacional, fica claro que a Fazenda reconheceu que a empresa não realiza as atividades previstas nos CNAEs 7820-5 e 7830-2; sendo, assim, o suposto desenquadramento só existiu em razão de um erro”.*

44 *Não colhe razão ao interessado.*

45 *Primeiro, porque, de acordo com a consulta ao sistema do Simples Nacional, a opção do interessado pelo Simples Nacional para o ano-calendário de 2016 – matéria sobre a qual este processo não versa, sublinhe-se - não foi deferida. Também não há registro de deferimento de opções para os anos-calendário de 2017 e de 2018 (fls.279):*

(...)

46 *Segundo, porque o deferimento da opção efetuada nos termos referidos em nosso item 38 produz efeitos para o ano da opção. Todavia, não alcança anos anteriores, não impede nova exclusão (motivada pelo surgimento de qualquer das causas previstas em lei, impeditivas à permanência no regime), tampouco faz prova de que, em anos anteriores ao da opção, não foram prestados serviços vedados à sistemática do Simples Nacional.*

47 *No que se refere à alegação de que a Fazenda, “em lugar de disponibilizar o informativo do desenquadramento” teria optado “por abrir um processo administrativo n.º 13896.721.261/2014-85” (este processo), também não assiste razão ao interessado.*

48 *Conforme visto em nossos itens 1/7, foi o interessado que inaugurou este processo, mediante “Contestação à Exclusão do Simples Nacional”, de 19.05.2014 (fls.2/4), que foi arquivado em 06.04.2015, por falta de atendimento a intimações.*

49 *Em 15.12.2016, o interessado formalizou outro processo, com o mesmo pedido (processo n.º 13896.723.709/2016-67), cujos autos foram copiados para os autos deste processo em julgamento (nosso item 10).*

50 *Ademais disso, nos termos da Lei Complementar n.º 123, de 2006, quando o interessado opta pelo regime do Simples Nacional ele aceita o sistema de comunicação eletrônica, que implica, entre outros, a publicação no portal do Simples Nacional dos fatos relacionados à sua opção e, ainda, é sistema cujas finalidades foram enumeradas exemplificativamente:*

(...)

51 *Não foram juntados, como alega o interessado, provas de que só teria realizado atividades não vedadas à sistemática do Simples Nacional.*

52 *As 30 (trinta) “Notas Fiscais Eletrônica de Serviços – NFE”, às fls.153/187, emitidas de 14.01.2014 a 18.11.2016 (apenas duas são anteriores à comunicação de exclusão), para a mesma pessoa jurídica, e em cuja descrição se lê “prestação de serviços e apoio administrativo”, não afastam, por si sós, o fato que deu causa, tampouco os efeitos da comunicação obrigatória de exclusão.*

53 *O mesmo se aplica aos demais documentos trazidos: contrato de prestação de serviços e aditivo (fls.12/22 e 147/152), extratos do Simples Nacional (fls.187/193), Documentos de Arrecadação do Simples Nacional-DAS (fls.194/221) e Comprovantes de Arrecadação (fls.227/254).*

54 *A legislação que rege o Simples Nacional não contempla a hipótese de cancelamento da exclusão comunicada pelo próprio optante. Também não trata de reinclusão no Simples Nacional com data retroativa.*

55 *Da mesma forma que a opção é irretratável para o ano-calendário em que formalizada, a opção pela exclusão tem igual efeito, a menos que comprovada a ocorrência de erro de fato.*

56 *Não é demais observar que a inclusão retroativa no Simples Nacional requer interpretação restritiva, por não repercutir apenas na esfera da União, mas também, nas administrações tributárias estaduais, distrital e municipais.*

57 *Isso posto, a alegação de que a alteração contratual que deu causa à exclusão por comunicação obrigatória se teria dado por erro deve ser rejeitada, e a Manifestação de Inconformidade deve ser julgada improcedente.*

58 *É o meu voto”.*

Decisão que foi assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL
Data do fato gerador: 01/03/2014

**EXCLUSÃO. COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA. INCLUSÃO
RETROATIVA. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.**

Mantém-se o Despacho Decisório e não elidida a comunicação obrigatória de exclusão.

*Manifestação de Inconformidade Improcedente
Sem Crédito em Litígio*

Discordando do r. *decisum*, a contribuinte acostou recurso voluntário (fls. 318/329) no qual basicamente repisou o quanto exposto na peça recursal de 1º Grau, mas fez pontuais contraposições à decisão *a quo*, impondo sua reprodução parcial:

“Em que muito mereça respeito a posição do ilustre agente fiscal da Receita Federal, quando afirma que a mera inclusão de atividades impeditivas equivale a comunicação obrigatória da exclusão do Simples Nacional, não ficando o órgão público responsável por emitir o termo de exclusão. Tal afirmação não condiz com o direito e garantia individual a publicidade constantes no art. 5º de nossa Carta Magna, em especial em seu inciso LX, nem tampouco, com os princípios constitucionais que regem o processo administrativo previstos no artigo 37, caput da mesma Carta.

Em ambos os casos a publicidade é a regra, devendo ser sempre seguida, a não ser que implique em risco a defesa da intimidade ou interesse social. No caso em questão estamos diante de um procedimento de desenquadramento para o qual não foi expedido termo de exclusão.

Sendo assim, não foi dada a devida publicidade ao ato administrativo, não conferindo a esse ato eficácia administrativa, maculando sua validade. A necessidade da estrita adesão ao princípio da publicidade não é uma norma descabida ou supérflua, ela existe para permitir que o administrado, tomando conhecimento do ato, possa exercer com liberdade o seu direito constitucional a ampla defesa, comando previsto no art. 5º, inciso LV da Magna Carta e norma basilar de todo o sistema processual.

Portanto, a alegação que no caso de comunicação de alteração de CNPJ não cabe a notificação do desenquadramento ao contribuinte, ainda que prevista em alguma norma infraconstitucional, padece de constitucionalidade, pois nenhum ato administrativo deve ocorrer de forma automática e sem a devida publicidade.

No caso em questão a falta de comunicação formal fez com que a empresa só tomasse ciência da razão do desenquadramento em dezembro de 2016. Essa tão logo foi informada corrigiu imediatamente esse equívoco, encontrando-se agora enquadrada conforme comprovante da opção pelo simples (doc. 3). Se o procedimento padrão de notificação tivesse ocorrido a empresa teria notado e corrigido a informação incorreta constante no contrato mais rapidamente, evitando possivelmente o presente processo administrativo.

Além de promover a publicidade, o meio pelo qual ela é exercida também é importante, sob o risco de tornar inócua a sua realização, por isso, mesmo sabendo que as empresas que aderem ao Simples Nacional, são pequenas empresas, muitas vezes não munidas do devido quadro técnico, a Fazenda não disponibilizou através do sistema do Simples Nacional o informativo do

desenquadramento. Ao invés de notificar através do sistema do Simples Nacional, a Receita optou por abrir um processo administrativo nº13896-721.261/2014-85, o qual por uma fatalidade acabou não sendo recebido pela Ecomax, que só tomou ciência da existência desse processo muito tarde.

É certo que no processo supracitado a Fazenda deu a correta publicidade, o problema é que a mesma não se atentou que estava diante de uma empresa de pequeno porte, que normalmente não tem pessoas preparadas que tenham conhecimento de todos os meandros do processo administrativo. A empresa está no Simples Nacional, justamente para ter um procedimento de declaração e arrecadação simplificado, onde todas as comunicações referentes ao enquadramento saíssem de uma só fonte, que é o sistema do Simples Nacional.

Essa sucessão de infortúnios e a boa-fé da recorrente, apesar de não reconhecida expressamente pela autoridade fiscal, acabou sendo considerada de maneira implícita quando a Fazenda acatou a petição e desarquivou o processo abrindo nova possibilidade de manifestação da parte com a abertura do processo nº 13896-723.709/2016-67, o problema é que a autoridade fiscal novamente não se atentou as provas apresentadas nos autos que comprovavam que a alteração dos CNAEs foi somente um erro, não representando de forma alguma a atividade da recorrente.

Além de não considerar a prova inequívoca da não alteração da atividade da empresa na realidade, a Fazenda ao insistir em desenquadrar a recorrente, acaba por desconsiderar que o regime do Simples, existe para desburocratizar o processo de arrecadação tributária, permitindo que empresas de pequeno porte, que normalmente não têm estruturas complexas possam manter sua atividade sem procedimentos tributários complexos.

Apesar de comprovado que a empresa não alterou a sua atividade, que tudo não passou de um infeliz equívoco, a Fazenda insiste na interpretação formal dos fatos, sem se ater a realidade, se prendendo a um formalismo que benefício nenhum irá trazer, nem a Fazenda, nem a recorrente, que sendo empresa pequena corre o risco de quebrar se a Fazenda não reconhecer o erro e promover o reenquadramento. Esse formalismo renitente pode causar prejuízos a empresa e seus funcionários.

Punir, uma empresa, com o aumento expressivo do tributo, somente em razão de um erro burocrático, acaba por atribuir uma penalidade desproporcional, ferindo assim o princípio da proporcionalidade previsto no art. 2º da Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo federal, que tem o seguinte texto:

(...)

Segundo esse artigo a pena deve ser proporcional a infração, no caso em questão a Fazenda ao insistir no desenquadramento acabará por gerar uma penalidade para a Ecomax que certamente incorrerá no risco de a mesma não poder manter suas atividades, visto que nos últimos anos, em razão da crise que assola o país, a empresa vem tendo dificuldades severas de faturamento.

Ensina o melhor direito que a punição deve ser na medida correta do descumprimento da norma, visto que a proporcionalidade em sentido estrito é o

exame do confronto direto entre os interesses individuais e estatais, a fim de se estabelecer se é razoável exigir-se o sacrifício do interesse individual em nome do interesse coletivo.

Ainda tratando do princípio da proporcionalidade grande parte da doutrina que se debruça sobre o assunto explica que ele se decompõe em três níveis de apreciação: a) A exigibilidade do comportamento administrativo, tendo este de constituir condição indispensável da prossecução do interesse público; b) A adequação do comportamento administrativo à prossecução do interesse público visado; c) A proporcionalidade em sentido estrito ou relação custos-benefícios, isto é, a existência de uma proporção entre as vantagens decorrentes da prossecução do interesse público e os sacrifícios inerentes dos interesses privados.

No caso em concreto, a recorrente não gerou ao Fisco nenhum prejuízo, visto que pagou sempre em dia seus tributos, desenquadrar a empresa do regime do Simples Nacional, somente em razão de um erro de informação é sem dúvida desproporcional e não razoável, não resistindo a uma análise fria da relação custo benefício. Pois, o desenquadramento da recorrente gera um sacrifício do interesse privado muito maior que qualquer interesse público. Sendo assim, apesar do Simples ser uma cesta de tributos de competência das três esferas da Federação, o gestor e responsável pela decisão de enquadramento é a União, que se tiver bom senso e atentar-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a União poderá sim, decidir pelo enquadramento sem prejuízo a nenhum dos entes da Federação.

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade é o que vem guiando os tribunais pátrios em suas decisões, conforme demonstrado abaixo:

(...)

Com a atitude de ignorar as provas apresentadas insistindo na exclusão do contribuinte do Simples, o Fisco além de não observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não se atém ao princípio da economia processual, uma vez que irá forçar a recorrente a buscar o Poder Judiciário, abarrotando, ainda mais os tribunais, com uma causa que a mera análise das provas pela Fazenda Nacional poderia resolver.

Insistir em ignorar as provas apresentadas de que o desenquadramento foi um erro, visto que a empresa nunca realizou atividades diferentes daquelas permitidas pelo fisco, além de ir na contramão da razão da criação do Simples Nacional, que é a de simplificar a vida de pequenas empresas, para que essas possam gerar riquezas e empregos. Ainda irá penalizar o contribuinte que paga seus tributos em dia, tudo isso em razão de um formalismo exagerado, que não se justifica no caso em questão”.

Para finalizar requerendo (RV – fls. 328/329):


“Diante do exposto, a recorrente gostaria de frisar que os fatos reais foram apresentados na manifestação de inconformidade e reiterados nesse recurso, provando forma incontestável a natureza das atividades exercidas pela

empresa, não cabendo assim a exclusão da recorrente do Simples Nacional, visto que, a alteração constante no contrato social, nunca ocorreu na realidade.

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente que seja acolhido o presente recurso, para o fim de assim ser decidido, promover o reenquadramento da recorrente no Simples desde a data da ocorrência da alteração contratual equivocada, cancelando assim, todos os débitos fiscais que porventura foram ou possam ser gerados em razão desse fato”.

Por fim, consta dos autos sentença proferida em ação judicial demandada pela recorrente em que peticionou e teve deferido seu pleito no sentido de ser reativado o seu CNPJ até a apreciação definitiva no, âmbito administrativo, do Processo nº 13896.721261/2014-85 em que houve o desenquadramento da contribuinte do regime do SIMPLES NACIONAL (**este processo**).

Tudo conforme decisão abaixo reproduzida (fls. 344/348):

<p style="text-align: center;"> Poder Judiciário JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU</p> <p>MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5002277-13.2019.4.03.6144 / 2ª Vara Federal de Barueri IMPETRANTE: ECOMAX PRESTACAO DE SERVICOS LTDA - ME Advogado do(a) IMPETRANTE: CARLA CAMPOS MOREIRA SANSON - SP144965 IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL</p> <p style="text-align: center;">S E N T E N Ç A</p> <p>Vistos etc.</p> <p>Trata-se de ação mandamental, com pedido de medida liminar, tendo por objeto reconhecer o direito da impetrante de permanecer com o CNPJ ativo até que a decisão do desenquadramento seja apreciada em definitivo no Processo Administrativo nº 13896.721.261/2014-85 ou até que seja apreciado eventualmente pelo Poder Judiciário, caso tal questão necessite da decisão desse poder.</p> <p>Sustenta que, em razão de erro na digitação de dois códigos CNAE, ocorrido em 04.02.2014, por ocasião da alteração do seu contrato social, a Receita Federal do Brasil deliberou por sua exclusão do Simples Nacional, o que perdurou do ano de 2014 ao de 2016. Afirma que a exclusão pelo período citado é objeto de impugnação no processo administrativo de autos n. 13896.721.261/2014-85, em que pende de apreciação o Recurso Voluntário interposto no dia 26.12.2018.</p> <p>Alega, ademais, que o Fisco cancelou a sua inscrição no CNPJ em 06.02.2019, com fundamento ausência de entrega das Declarações de Débito e Créditos Tributários Federal (DCTF) no período referido.</p> <p>Informações prestadas pela autoridade competente.</p> <p>Pedido de liminar deferido.</p> <p>O Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito da ação.</p> <p>É O RELATÓRIO. DECIDO.</p>

(...)

De acordo com o art. 7º, inciso III, da Lei n. 12.016/2009, o deferimento de medida liminar em mandado de segurança está sujeito à coexistência de fundamento relevante (*fumus boni juris*) e de risco de ineficácia da medida (*periculum in mora*).

Com efeito, a Lei Complementar n. 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelecendo:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Disso decorre que o tratamento distinto às microempresas e empresas de pequeno porte visa incentivar o setor produtivo, de modo a reduzir a carga tributária e a informalidade laboral. Ainda, objetiva simplificar o recolhimento de tributos federais, estaduais e municipais, guardando consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.

Lado outro, o mesmo diploma legal veda o recolhimento de tributos na modalidade do Simples Nacional nos termos que seguem:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte: (Redação dada pela Lei Complementar nº 167, de 2019)

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

No caso vertente, a parte impetrante alega que a inclusão das atividades constantes nos CNAE's n. 7830-2-00 e 7820-5-00 foi um equívoco, visto que não desempenha tais atribuições.

Neste sentido, observo que a parte impetrante acostou aos autos alterações do seu contrato social, realizadas em 22/11/2013, 04/06/2014, 04/11/2014, 23/03/2015, 04/10/2016 e 02/10/2017, sempre constando o mesmo objeto social, qual seja: a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também prestação de serviços de venda de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; venda de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaço para eventos; assessoria em marketing; administração de lanchonete e estacionamentos.

Por conseguinte, verifico que a Ficha Cadastral da JUCESP registrou como objeto social da empresa impetrante a "limpeza em prédios e em domicílios, serviços combinados de escritório e apoio administrativo", em 02/07/2009 (Id.17869476 – Pág. 38).

Desse modo, não há nos documentos constitutivos da parte impetrante qualquer menção a locação de mão de obra ou gestão de recursos humanos como atividades integrantes de seu objeto social.

No Id.17869469 (Pág. 17), foi colacionado contrato firmado com a empresa *Hospitalis*, para prestação de serviços de higiene predial e serviços administrativos relacionados ao faturamento hospitalar, atividades estas condizentes com o objeto social da empresa impetrante. Tal avença ocorreu no ano de 2012, conforme carimbo de autenticação de Cartório de Notas.

Outrossim, verifica-se que a parte impetrante comprovou o faturamento dos serviços prestados e, ainda, o recolhimento de tributos na forma do Simples Nacional.

No Id.17869469, há o protocolo de transmissão da FCPJ (Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica), cujo motivo do preenchimento é a alteração de atividades econômica

(Principal e secundárias), datado de **19/05/2014**. Confrontando com as alterações contratuais da impetrante, observa-se que, quando do envio da referida ficha, o seu objeto social não contemplava as atividades de Locação de mão de obra temporária e Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros.

Para tanto, foi juntado, no **Id.17869470 (Pág. 22)**, Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, do CNPJ, emitido em **06/12/2016**, no qual não há qualquer menção às ditas atividades impeditivas ao tratamento diferenciado do Simples Nacional. Por sua vez, consta atualmente no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (**Id.17869469 – Pág. 23**), como atividades econômicas secundárias, os CNAE's n. 78.20-5-00 (Locação de mão de obra temporária) e n. 78.30-2-00 (Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros). Nesta toada, de plano, entendo que os CNAE's mencionados foram incluídos no cadastro da impetrante sem que houvesse qualquer alteração em seu objeto social.

De outro giro, no julgamento da manifestação de inconformidade apresentada pela impetrante junto ao Fisco, no item 33 (**Id.17869481 – Pág. 13**), foi apontado que a Ficha Cadastral emitida pela JUCESP confirma a data e o registro de alteração e que, posteriormente, nova alteração contratual (**11/12/2014**) não mais explicitou a atividade econômica que deu causa à exclusão do Simples Nacional. Todavia, observo da alteração contratual colacionada no **Id.17869469**, datada de **22/11/2013**, registrada na JUCESP no dia **04/02/2014** sob o n. **44.805/14-7**, que o objeto social da empresa impetrante permaneceu inalterado e não incluía as atividades relativas aos CNAE's sob exame.

Assim, verifica-se que a exclusão da impetrante do Simples Nacional ocorreu em razão exclusiva da referida alteração contratual que, a tudo o que desmonta os autos, não demonstra as modificações do objeto social incluídos na Ficha da JUCESP.

Embora o erro no preenchimento de informações ao Fisco seja atribuível à impetrante, não se mostra razoável obstaculizar a implementação do tratamento diferenciado à impetrante, por meio do Simples Nacional, impondo uma tributação a maior, em confronto com o disposto em lei, quando no plano da realidade trata-se de empresa sujeita ao regime fiscal diferenciado.

Quanto ao pedido de reconhecimento do direito a operar com o CNPJ até eventual apreciação do Poder Judiciário, a segurança deve ser negada. O Poder Judiciário somente deve agir em situações reais e concretas de crise de interesses. Ademais, pelo princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário não pode substituir uma decisão administrativa que sequer chegou a ser apreciada em definitivo pelo poder competente, devendo se limitar a garantir o direito do contribuinte – enquanto perdurar uma situação de crise e de ilegalidade, que não pode ser presumida e já assumida desde já que irá ainda existir mesmo com o julgamento definitivo do processo administrativo. Nesse sentido, caso se verifique tal permanência, caberá ao contribuinte trazer os fatos novos ao Poder Judiciário para nova apreciação.

Pelo exposto, resolvendo o mérito, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido, para **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA** para determinar a reativação do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da parte impetrante, desde que o óbice seja a inclusão dos CNAE's n. 78.20-5-00 e n. 78.30-2-00 como atividades econômicas no referido cadastro e a consequente exclusão da empresa do Simples Nacional até a apreciação definitiva do desenquadramento no Processo Administrativo nº 13896.721.261/2014-85.

Na mesma oportunidade, confirmo a liminar deferida nos autos.

É o relatório do essencial, em apertada síntese.

Voto

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo (ciência do acórdão recorrido em 26/12/2018 – fls. 315, protocolização da peça recursal de 2ª Instância em 26/12/2018 – fls. 316), a representação da recorrente está corretamente formalizada (fls. 330) e os demais pressupostos para sua admissibilidade foram atendidos, pelo que o recebo e dele conheço.

De plano, para que não parem dúvidas, é consabido que o SIMPLES NACIONAL é regime que, além de trazer verdadeiro benefício fiscal aos contribuintes, não deriva de imposição legal, mas de opção da pessoa jurídica que, se a ele resolver aderir, deve se submeter a todas as regras impostas, dentre essas, o não exercício de atividade vedada.

Como visto no relato com todos os detalhes que envolveram este processo (e o de n.º 13896.723709/2016-67, de interesse deste mesmo sujeito passivo), a exclusão da recorrente fez-se em razão de haver procedido a alteração contratual onde teria inserido nos objetivos sociais, duas atividades vedadas aos optantes pelo SIMPLES NACIONAL, no caso:

- 1.) fornecimento e gestão de recursos humanos – CNAE 7830-2/00.
- 2.) locação de mão-de-obra (CNAE 7820-5/00).

Nestas condições, a teor dos artigos 30 e 31, da Lei n.º 123, de 14/12/2006, a exclusão é automática e reflete iniciativa tomada pelo próprio contribuinte:

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, **equivale** à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses:*

(...)

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

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;

Assim, a tentativa da recorrente de impingir à Autoridade Tributária o dever de emitir qualquer ato que estampe a exclusão da interessada do regime do SIMPLES NACIONAL revela-se vazia e sem sentido justamente porque, por expressa disposição legislativa, **o ato é do contribuinte**.

De outro lado, não há dúvida nos autos de que, desde o primeiro instante, quando protocolizou a MI (fls. 2/4) e em todas as etapas seguintes, a recorrente sempre e sempre insistiu no argumento de que NUNCA exerceu tais atividades e que se tratou de mero erro material, corrigido imediatamente após a ciência da situação.

Veja-se a MI inicial interposta em 19/05/2014:

A empresa acima qualificada foi pega de surpresa com a informação de ter sido excluída do simples nacional sem qualquer aviso adicional anterior e vem portanto, expor as razões pelas quais acredita estar sendo vítima de inconformidade por parte deste ilustre órgão de fiscalização tributária; eis, suas alegações:

- 1) Não tendo recebido o ADE-ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO a empresa não tomou ciência de que estaria excluída do regime tributário a que estava sujeita;
- 2) Tendo sido pega de surpresa e buscando o motivo pelo qual se deu a exclusão verificou que após a última alteração na JUCESP-Junta Comercial do Estado de São Paulo, ocorrida em 04/02/2014, onde houve a alteração dos sócios e do objeto social, notou que equivocadamente no momento de geração do CNPJ o encarregado da digitação, não se atentando para as alterações corretas do objeto social, acabou equivocadamente cadastrando como atividade econômica secundária secundária, os CNAEs 7830-2/00 (Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros) e 7820-5/00 (Locação de mão-de-obra temporária), atividades estas IMPEDITIVAS ao Simples Nacional;
- 3) Ao observar o Objeto Social nota-se que as atividades impeditivas não constam de seu rol de atividades, pois a redação do mesmo registrada na JUCESP é: "TERCEIRA: DO OBJETO SOCIAL: A sociedade terá como objetivo social a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também a prestação de serviços de venda de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; vendas de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaços para eventos; assessoria em marketing; administração de lanchonete e estacionamentos". Como pode observar-se em momento algum se faz alusão aos CNAEs impeditivos, motivos da exclusão.

Posição que se repetiu em outras petições acostadas ao longo do procedimento e no RV.

De seu turno, a Autoridade Tributária apontou que analisou a petição e intimou a contribuinte a se manifestar mediante o Termo SEORT/DRF/BARUERI nº 751/2014, de 22/08/2014 (fls. 66), **não obtendo qualquer resposta**.

Mencionado Termo de Intimação posicionava:

"No processo em epígrafe, a interessada apresenta impugnação contra exclusão automática de opção ao Simples Nacional, em

virtude de alteração cadastral em CNAE referente a atividade vedada.

A fim de regularizar a situação, foi transmitida, em 19/05/2014, FCPJ sob o n.º de recibo SP39723160, para alteração das atividades econômicas. Tal solicitação foi indeferida após análise pelo CAC-Barueri, conforme motivos em anexo.

*Tendo em vista a continuidade da análise do pedido, fica o contribuinte **INTIMADO** a apresentar, no prazo de **30 (trinta) dias** contados do recebimento desta intimação, nova transmissão de FCPJ (DBE) com os dados devidos, para regularização do cadastro.*

Ressalte-se que a ausência de resposta a esta intimação, no prazo nela previsto, poderá implicar o indeferimento do pedido.
(destacou-se)

Consequentemente, em face do não atendimento, a Unidade emitiu o PARECER DRF/BRE/SEORT n.º 343/2014, de 07/11/2014 (fls. 70/71) que embasou o Despacho Decisório e indeferiu o pedido da recorrente:

DESPACHO DECISÓRIO

*Com base no Parecer supra, que aprovo, **indefiro** o pedido do contribuinte.*

Cientifique-se a interessada sobre o presente Despacho Decisório, facultando-lhe a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de ciência deste, à Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto, a ser entregue nesta DRF/BRE.

Não conseguindo cientificar a interessada pelos meios tradicionais (“AR” retornou com informação de “mudou-se”), a DRF de origem afixou Edital em 01/12/2014 e o desafixou 15 dias depois, em **16/12/2014**, tendo a recorrente **se quedado silente e os autos enviados a arquivo, só a ele retornando a interessada em 15.12.2016**, ou seja, **DOIS ANOS DEPOIS** quando requereu seu desarquivamento e acostou petição (fls. 77/80), na qual assentou “*ter sempre diligenciado no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público*” e que sua exclusão do regime se fundamentou no fato ter constado indevidamente na Ficha da Junta Comercial que exerceria atividades de fornecimento e gestão de recursos humanos – CNAE 7830-2/00 e locação de mão-de-obra (CNAE 7820-5/00), o que nunca ocorreu.

Mais ainda, que esse erro decorreu de procedimento do órgão do Registro do Comércio e não dela, recorrente, que nunca inseriu tais atividades em seu Contrato Social, como se vê na alteração registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 04.02.2014, ampliando o seu objeto social:

CLÁUSULA QUARTA – OBJETO SOCIAL: A sociedade terá como objeto social a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também prestação de serviços de venda de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; venda de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaços para eventos; assessoria em marketing; administração de lanchonete e estacionamento.

Entretanto, no dizer da recorrente, no momento da chancela da Junta Comercial teria havido “a indevida inclusão das atividades de fornecimento de mão-de-obra vedada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, por erro de digitação por parte desse órgão administrativo”:

ALTERAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA / OBJETO SOCIAL DA SEDE PARA PROMOÇÃO DE VENDAS, FORNECIMENTO E GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS PARA TERCEIROS, LIMPEZA EM PRÉDIOS E EM DOMICÍLIOS, SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVO, SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE FEIRAS, CONGRESSOS, EXPOSIÇÕES E FESTAS. (gn)

Sequencialmente, a Autoridade Tributária reafirmou as intimações emitidas ao longo do procedimento e o silêncio da recorrente só foi quebrado dois anos após.

Por fim, os autos foram devidamente saneados e puderam subir a julgamento na DRJ e, na sequência, vieram à apreciação deste Colegiado.

Pois bem, foi necessário trazer esta síntese antes de se analisar o mérito a fim de se eliminar, de plano, as arguições periféricas da recorrente no sentido de que teria havido prejuízo à sua defesa, especialmente pelo fato de não ter havido ADE cientificando-a da exclusão do regime simplificado.

Ora, nestas circunstâncias em que o sujeito passivo toma a iniciativa de incluir em seus instrumentos contratuais uma atividade vedada (artigo 30, II, da LC nº 123, de 2006)¹, inexistente obrigatoriedade de emissão de ADE por parte da RFB, posto que tal evento é de exclusiva alçada do contribuinte e sua efetivação exige, dele, a devida comunicação ao Órgão Tributário e **não o inverso** (artigo 30, § 1º, inciso II, da mesma LC)² sendo que o **mero gesto de**

¹ 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

² § 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;

inclusão no Contrato da companhia de objeto social impeditivo **equivalerá** à comunicação obrigatória atrás citada (artigo 30, § 3º, inciso II, do mesmo dispositivo legal)³.

Em suma, em cenários como o que aqui se estampou, não há que se falar em obrigatoriedade de existência de ADE e consequente “ciência” da exclusão, posto que, como visto, **o ato de é iniciativa da pessoa jurídica** que faz a informação ao Órgão Tributário acerca da alteração contratual onde inseriu atividade vedada. E, obviamente, por esse ato, fica ciente de sua exclusão do regime.

Além disso, no caso concreto, não faltaram oportunidades à recorrente para se defender, bastando a simples leitura dos autos ou do que foi resumidamente relatado neste voto.

Dito isso, afastado integralmente qualquer alusão a possível prejuízo à parte ou ato irregular ou ilegal da Receita Federal.

Passo ao mérito.

Quanto ao mérito, o assunto não é pacífico, isto é, **a simples inserção**, pela pessoa jurídica, em seu estatuto ou contrato social, de atividade vedada ao regime do SIMPLES NACIONAL implicaria em excluí-la (se estiver dentro do regime) ou impedir sua entrada (caso pretenda a ele aderir)? Ou, teria que se comprovar o **efetivo exercício de tal atividade**, não bastando o mero aspecto formal do contrato?

A respeito, vislumbro duas correntes majoritárias neste Conselho, inclusive nesta 2ª Turma da 4ª Câmara:

- a) a primeira (e provavelmente a mais seguida) que adota o estrito entendimento legalista, ou seja, restritivamente o que comanda é o texto legal, no caso, o já citado artigo 30, incisos e parágrafos, da LC nº 123/2006), diga-se, carimbada a alteração contratual com a inclusão de atividade vedada dentre os objetivos sociais da entidade, a exclusão será automática (caso dos autos);
- b) a segunda, com algumas variáveis, mas, que, basicamente, comunga do entendimento de que o exercício efetivo da atividade deverá ser comprovado, não bastando o mero aspecto formal de sua inclusão no instrumento contratual.

Passo a analisá-las, ainda que muito brevemente.

No primeiro caso, sem necessidade de maiores digressões, é entender que a lei, instituto jurídico maior e que reflete a vontade da sociedade politicamente constituída, posto que votada pelos seus representantes constitucionais (Parlamento) e sancionada pelo Presidente da

³ § 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;

República, assim determina (que a inserção de atividade vedada implica em exclusão do regime simplificado).

Isso é vero. Ponto.

Para completar, o regulamento, que poderia suavizar a forma de operacionalização do comando legal, nada fez para abrandar tal regra:

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 n.º 123, de 2006, art. 30, § 3º)

(...)

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

Nesse contexto, a linha assumida por este segmento é que, estampado o evento fático (inclusão de atividade vedada nos objetivos sociais e informada tal situação no CNPJ) a exclusão é incontinenti.

Esse racional é seguido por grande parte dos Conselheiros, incluindo este Relator em diversas oportunidades.

Já no segundo alinhamento encontram-se os que entendem que haveria necessidade de que a atividade vedada **fosse efetivamente exercida**, viés que resvala no que preconiza a Súmula CARF n.º 134 que trata do SIMPLES FEDERAL e não do SIMPLES NACIONAL.

Nesse escopo, alguns entendem que a Súmula poderia ser aplicada por analogia.

A propósito:

Acórdão 1201-003.887

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2015

ALTERAÇÃO CADASTRAL. INCLUSÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NÃO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE QUE DEU AZO À EXCLUSÃO.

Considerando-se que não houve comprovação do exercício da atividade econômica que é vedada aos optantes pelo Simples Nacional, o ato administrativo contestado deve ser cancelado.

Com destaque para o voto vencedor do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto (com destaques acrescidos):

Cumprе notar que a Súmula CARF n.º 134 estabelece que: “a simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao

Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade”.

Ainda que tal Súmula seja aplicável tão somente ao Simples Federal, entendo que a inteligência da Súmula pode ser aplicada sim ao caso concreto de Simples Nacional, pois seria necessário que fosse demonstrada o exercício da atividade que ensejou a exclusão.

Da leitura do artigo 17 da Lei Complementar n. 123/06, nota-se que as vedações ao Simples Nacional sempre se relacionam com o exercício de atividades, **o que só demonstra que deve ser comprovado o efetivo exercício, não bastando a mera existência formal de uma previsão daquela atividade no contrato social ou no CNPJ.**

Acórdão 1002-001.498

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2007
SIMPLES NACIONAL. ADE DE EXCLUSÃO. ATIVIDADE
VEDADA. EFETIVA COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO. ÔNUS
DA PROVA DA FISCALIZAÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA
DA SÚMULA CARF Nº 134**

Consoante redação da Súmula CARF nº 134, aplicada analógicamente ao Simples Nacional, a simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao regime não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade

Em outra ponta, no voto condutor do Ac. 1301-000.856, Relatoria do Conselheiro Carlos Augusto de Andrade Jenier, encontra-se (negrito):

Em primeiro lugar, insta destacar que, conforme se verifica das expressas disposições do mencionado art. 17 da LC 123/2006, tratando-se ali de expressa limitação ao exercício do direito à inclusão da empresa na sistemática do SIMPLES NACIONAL, **verifica-se que a sua aplicação, a rigor, demandaria a efetiva configuração da hipótese apresentada, qual seja, o efetivo exercício da atividade tida como vedada.**

Nesse ponto, cumpre ressaltar que, sendo o dispositivo a previsão de vedação ao exercício do direito legalmente reconhecido, tenho para mim, ao menos a princípio, que a sua interpretação e aplicação deva ser feita com granus salis, exatamente para impedir, na espécie, a efetiva materialização da pretensão, que é o fomento da atividade empresarial, com a redução, em cada caso, dos elevados custos tributários, na linha, inclusive, expressamente prevista no art. 146, II, d e parágrafo único, assim como, também, nas disposições do art. 170, IX, ambos da CF/88.

Seguindo tais premissas, **penso que a aplicação da vedação apontada**, com todas as vênias, **não seria admissível por mera “presunção”, devendo, na oportunidade, ser efetivamente materializada**, demonstrada e comprovada, o que, nos presentes autos, efetivamente não se verifica.

Mais recentemente:

Acórdão 1401-004.586, sessão de 11 de agosto de 2020
ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2014
EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. CNAE. AUSÊNCIA
DE PROVAS.

Na espécie, não foi provado pela fiscalização que a contribuinte efetivamente desenvolvia atividade vedada pela legislação do Simples Nacional. Ademais, restou demonstrado que resultou de erro a alteração do cadastro CNPJ com a inclusão de atividade cujo CNAE seria vedado pela legislação de regência. Assim, é de se deferir o pedido de reinclusão no sistema simplificado.

Outros, ainda que reconhecendo que a Súmula é inaplicável ao SIMPLES NACIONAL, constroem raciocínio que converge para o mesmo ponto, ou seja, a necessidade de que a atividade seja realmente exercida e não apenas conste do Contrato Social, com uma única diferença: a de que a prova deste não exercício cabe à interessada e não à Fiscalização, como ocorre no SIMPLES FEDERAL.

Mais a mais, a própria Receita Federal, em normas que edita para orientação dos contribuintes, dá ênfase à atividade efetivamente exercida – veja-se neste sentido trecho da Solução de Consulta nº 66 – Cosit/2013:

*10. O fato de o sistema informatizado da RFB vedar a opção pelo Simples Nacional, na hipótese de constar CNAE impeditivo vinculado ao CNPJ da ME ou EPP (nesse caso, o CNAE 4929-9/02 e o CNAE 4929-9/04), constitui dado importante a ser considerado, **todavia é a natureza da atividade efetivamente exercida pela empresa, confrontada com as vedações e permissões estabelecidas em lei que devem determinar a possibilidade ou não de sua opção pelo Simples Nacional.***

Esse Relator, já disse isso antes neste voto, via de regra, conjuga pensamento com a corrente que entende que a lei impõe regra imperativa e deve ser obedecida *ipsis litteris*.

Porém, também já tive oportunidade, à vista do que concretamente conste dos autos, de direcionar meu voto no sentido de que, mediante diligência, se dê a possibilidade de o contribuinte fazer prova (ônus que é dele, não da Receita) de que não exerce e nunca exerceu a atividade proibida. E fui vencido pela maioria do Colegiado que entendeu suficiente o conjunto probatório presente nos autos, em Acórdão de minha relatoria, com voto vencedor do Conselheiro Iágaro Jung Martins.

Enfim, todo esse quadro divergente acabou por chegar à Câmara Superior de Recursos Fiscais da 1ª Seção que, em julgamento recentíssimo (novembro/2020) debruçou-se

sobre o tema e prolatou o Acórdão n.º 9101-005.233 - CSRF / 1ª Turma - Sessão de 11 de novembro de 2020, com profunda reflexão sobre a matéria, sob a Relatoria da Conselheira Livia De Carli Germano e voto vencedor da Conselheira Viviane Vidal Wagner, valendo destacar que a divergência entre ambas foi tão somente em relação à devolução dos autos à DRJ para apreciação das provas ou se isso poderia ser feito em nível de Recurso Especial.

Ou seja, no mérito a conclusão de ambas foi a mesma.

Para melhor entendimento e visualização, vale a reprodução de excertos de ambos os votos, iniciando pelo da Conselheira Livia de Carli Germano:

“Tais precedentes, compreendo, corroboram o raciocínio de que a alteração cadastral para inclusão de atividade vedada não gera uma presunção absoluta que determina a imediata e sumária exclusão do sujeito passivo do regime simplificado de tributação, sendo permitida a produção de provas que demonstrem eventual equívoco e/ou a não execução da atividade vedada – a diferença parece ser, apenas, quanto à titularidade do ônus de produzir tais provas: no Simples Federal, como evidenciado pela Súmula CARF 134, é certo que o ônus da prova recai sobre a fiscalização, sendo que, no Simples Nacional, a prova parece competir ao sujeito passivo.

E essa alteração quanto à titularidade do ônus da prova no Simples Nacional tem por base o próprio contexto legislativo diferenciado deste regime.

De fato, diferentemente do Simples Federal, no âmbito do Simples Nacional, quando o sujeito passivo comunica à Receita Federal sobre alteração de dados no CNPJ para inclusão de atividade vedada, a legislação estabelece que tal ato equivale à comunicação obrigatória de exclusão e, na prática, o sujeito passivo de fato recebe, imediatamente, a informação de que será excluído do regime e a razão da sua exclusão.

É dizer, no contexto do Simples Nacional, se a alteração do objeto social e/ou do CNPJ ocorreu por equívoco de interpretação, ou mesmo erro, o sujeito passivo é imediatamente cientificado da consequência de seu ato, e pode, também de plano, se for o caso, buscar a retificação da alteração, e/ou questionar tal ato de exclusão no âmbito de processo administrativo fiscal, cabendo então a ele produzir provas de que permanece cumprindo todos os requisitos para a sua manutenção no regime de tributação simplificado.

Nesse ponto, observo que, no presente caso, a leitura do despacho decisório de fls. 208-210 revela que o único fundamento para a exclusão do sujeito passivo em questão do Simples Nacional, com data de efeito 01/08/2014, foi o fato de, em 14/07/2014, ter havido uma alteração de seus dados no CNPJ que resultaram na inclusão de atividade econômica vedada (representação comercial).

A alteração cadastral foi também o único fundamento tanto da decisão da DRJ quanto do acórdão recorrido para manter a decisão pela exclusão do sujeito passivo do regime.

O sujeito passivo buscou produzir provas de que a alteração no CNPJ ocorreu por erro, merecendo especial atenção o documento juntado a fl. 212 e

seguintes, o qual comprova que, já em setembro de 2014 (mês seguinte ao da sua exclusão) o sujeito passivo procedeu à alteração de seu objeto social, para excluir a menção ao termo “representações” (em seu contrato social, o objeto social, até então, sempre fez menção à atividade de “comércio e representações de componentes para calçados” e, com a alteração promovida em setembro de 2014, passou a conter apenas “comércio de componentes para calçados”).

Tais documentos não foram analisados por nenhuma instância julgadora no presente processo administrativo, ante a premissa, adotada tanto pela DRJ quanto pelo acórdão recorrido, de que a alteração de cadastro importa exclusão sumária do Simples, sem a possibilidade de o sujeito passivo questionar tal ato ou ver analisada qualquer prova que busque sustentar argumento em contrário.

Tal premissa, conforme acima abordado – e já pedindo vênia aos que a sustentam -- merece ser reformada, não sendo possível, na atual conformação do nosso Estado de Direito, negar sumariamente ao sujeito passivo o direito de questionar ato administrativo e/ou produzir prova de erro ou de interpretação diversa da adotada pela Receita Federal.

Uma coisa é dizer que, no Simples Nacional, o ônus da prova de exercício da atividade vedada não mais recai sobre a autoridade fiscal (como ocorria com o Simples Federal), outra é impedir o sujeito passivo de ver analisadas provas de que nunca pretendeu exercer tal atividade. Portanto, é de se permitir ao sujeito passivo excluído do Simples Nacional por inclusão em cadastro de atividade vedada a produção de prova de que tal alteração cadastral ocorreu por erro ou equívoco de interpretação. Indo além – e é especialmente nessa parte que o presente voto restou vencido, -- observa-se que, no caso dos autos, o erro restou comprovado com a quase que imediata alteração do objeto social evidenciada pelo documento de fls. 122 e seguintes que, observe-se, está nos autos desde o início do contencioso administrativo ora em debate.

Nesse passo, observo que muito embora o documento de fl. 122 e seguintes não tenha sido analisado nas instâncias inferiores, compreende-se desnecessário o retorno dos autos à DRJ para a análise desta prova. Isso tendo-se em mente que a garantia de não supressão de instância deve ser analisada no contexto de se evitar o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo.

Acata-se, portanto, o pedido do sujeito passivo em recurso especial, de reforma da decisão recorrida “para o efeito de que seja cancelada a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, e restaurando-se sua opção desde a data do referido ato contestado.”

Por isso, oriento meu voto para dar provimento integral ao presente recurso especial, cancelando-se a exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional, porque indevida”.

Já do voto da Conselheira Viviane Vidal Wagner pinça-se (os destaques foram acrescidos):

“Em que pese as razões apresentadas pela i.relatora para dar provimento ao recurso especial do contribuinte, a maioria do Colegiado decidiu acompanhá-

la apenas parcialmente, considerando imprescindível o retorno dos autos à DRJ de origem para apreciação das alegações do contribuinte.

*Tratando-se, in casu, de hipótese de exclusão obrigatória do regime diferenciado, **recai sobre o contribuinte o ônus de provar o não-exercício efetivo da atividade vedada, caso alegue erro na informação dada pelo próprio no Cadastro CNPJ.***

Isso porque, no processo administrativo, deve caber ao interessado o ônus da prova em relação aos fatos que lhe interessam.

Ao alegar erro no preenchimento dessa informação, o que fez desde a manifestação de inconformidade (efts. 212/217), o contribuinte deve ter a oportunidade de ter essa alegação apreciada, observadas as regras do contencioso administrativo fiscal.

O rito processual adotado na espécie, em conformidade com o disposto na Lei Complementar n.º 123, de 2006, é o do Decreto n.º 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal federal. Referida lei complementar assim dispõe:

(...)

Tratando-se de recurso especial do contribuinte em face de decisão que negou provimento ao seu recurso voluntário, não compete a esta Turma da CSRF apreciar as alegações e provas quanto a erros e equívocos na apresentação das informações perante a Receita Federal do Brasil (RFB).

Como a alegação do contribuinte não foi apreciada sequer pela decisão de primeira instância, deve caber o retorno do processo à DRJ de origem para tal apreciação, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido, o voto é por dar provimento parcial ao recurso especial do contribuinte com retorno à DRJ de origem para apreciação das alegações de erro do contribuinte”.

Acórdão que recebeu a seguinte ementa:

SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2014 SIMPLES NACIONAL. ALTERAÇÃO DE CADASTRO COM INCLUSÃO DE ATIVIDADE IMPEDITIVA. ERRO ALEGADO. JULGAMENTO PELA PRIMEIRA INSTÂNCIA.

A alteração de cadastro com inclusão de atividade vedada ao Simples Nacional não resulta na exclusão do regime simplificado quando resultante de erro comprovado.

Ao julgar recurso especial do contribuinte em face de decisão que negou provimento ao seu recurso voluntário, não compete à Turma da CSRF apreciar as alegações e provas quanto a erros e equívocos na apresentação das informações perante a Receita Federal do Brasil (RFB).

O erro no preenchimento da informação, alegado em manifestação de inconformidade, deve ser apreciado pela autoridade julgadora de primeira instância, em observância às regras do contencioso administrativo fiscal.

Com isso, e voltando ao caso concreto, vê-se claramente nos autos que a recorrente, sempre e sempre, bateu-se contra sua exclusão do regime simplificado assentando que NUNCA exerceu as atividades vedadas de “fornecimento e gestão de recursos humanos – CNAE 7830-2/00” e “locação de mão-de-obra (CNAE 7820-5/00)” e que sequer as incluiu nas suas alterações contratuais de 23/11/2013 e 04/06/2013.

Para melhor fixação, veja-se o resumo das duas alterações contratuais acima:

Data Alteração Contratual	Número da Alteração – fls.	Data Registro Junta	Número Registro Junta
22/novembro/2013	3ª Alteração – fls. 7/11	04/fevereiro/2014	44.805/14-7
04/junho/2014	4ª Alteração – fls. 88/93	11/dezembro/2014	497.548/14-8

E a cláusula objeto da discussão:

a) na terceira alteração:

CLÁUSULA QUARTA – DO OBJETO SOCIAL: A sociedade terá como objetivo social a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também prestação de serviços de venda de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; venda de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaços para eventos; assessoria em marketing; administração de lanchonete e estacionamentos.

b) na quarta alteração:

CLÁUSULA QUARTA – DO OBJETO SOCIAL: A sociedade terá como objetivo social a prestação de serviços de digitação de notas fiscais com a preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo e prestação de serviços de limpeza e conservação em geral. Exercerá também prestação de serviços de venda de espaços midiáticos em sites e televisão corporativa; venda de espaços publicitários em revistas corporativas; locação de espaços para eventos; assessoria em marketing; administração de lanchonete e estacionamentos.

Com isso, **fica claro que em momento algum** a recorrente FEZ CONSTAR EM SUAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS quaisquer das duas atividades que levaram à sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL, vale dizer, não houve sequer a manifestação de uma possível vontade dos sócios nesse sentido (de inclusão dessas atividades), não sendo despidendo lembrar que o contrato traduz a certidão de nascimento e dita as diretrizes sociais de uma companhia e se nele não constaram tais atividades, a princípio e até prova em contrário, elas não foram exercidas.

Porém, **mesmo assim** a recorrente juntou aos autos contratos e notas fiscais de serviços que não apontam para tais atividades, contexto no qual, aliado ao que atrás se relatou, permite presumir veracidade em suas alegações, ou seja, de que se esteve diante de mero erro material (inclusão de atividades vedadas) que não foi sequer refletido no Contrato Social (certidão da empresa), mas meramente na informação cadastral do CNPJ e da Junta Comercial.

Então, em resumo, certo que os paradigmas da Súmula n.º 134 tratam de impedimentos verificados a partir de atividades refletidas no cadastro do sujeito passivo optante e indicadas em seu contrato social, consideradas incompatíveis com a vedação legal que exigia o seu efetivo exercício, dada a redação das hipóteses no art. 9.º da Lei n.º 9.317/96 (SIMPLES FEDERAL).

Nesse ponto, como consignou a ex-Conselheira Cristiane Silva Costa no precedente da CSRF n.º 9101-002.576, “*a descrição de atividade vedada no contrato social é, isoladamente, insuficiente à prova do exercício dessa atividade*”. No mesmo sentido, o ex-Conselheiro Flávio Franco Corrêa aduz no precedente CSRF n.º 9101-003.387 que “*a solução desse impasse ressaí do verbo “prestar”, ao qual se associa o objeto “serviços profissionais”, ambos inscritos no tipo legal do inciso XIII do art. 9.º da Lei n.º 9.317/1996, os quais deslocam o ônus da prova para a Fiscalização*”.

Diante destas disposições legais, o entendimento sumulado invalida exclusões de ofício pautadas na verificação da atividade indicada no contrato social e refletida no cadastro do CNPJ, sem a prévia confirmação pela autoridade fiscal de seu exercício.

Já nestes autos, a Contribuinte era optante do SIMPLES NACIONAL desde o início de suas atividades e teria incluído equivocadamente atividades econômicas vedadas, ensejando sua exclusão do regime, na forma da legislação vigente (art. 30, da LC n.º 123/2006), pelo que, evidente a inaplicabilidade do racional da Súmula CARF n.º 134.

Neste novo cenário – SIMPLES NACIONAL -, o sujeito passivo optante pelo regime deve observar se a atividade econômica por ele inserida mediante alteração de dados no CNPJ não está incluída dentre aquelas vedadas à opção, sob pena de esta inclusão ser equiparada a comunicação obrigatória de exclusão do sistema.

De outro lado, porém, **não se pode desconsiderar a possibilidade de erro na alteração desses dados junto ao CNPJ**. E, neste sentido, em todas as suas manifestações reiteradamente assim aduziu a recorrente e, mais ainda, comprovou o alegado mediante documentos acostados aos autos.

Situação fática que se completa ao se verificar que em momento algum teria incluído tal alteração em seu contrato social, mas, tão somente, no preenchimento da FCPJ.

Então, penso ser absolutamente impossível não se levar em conta a possibilidade de o sujeito passivo errar neste procedimento, e, nesse eito, não lhe dar a oportunidade de provar este erro, o que me parece foi feito de forma bastante robusta.

Portanto, dentro deste cenário, ainda que, como repetidas vezes já disse antes perfilo entendimento de que, regra geral, o que constar no contrato social é que dita se a empresa poderá ou não adentrar ou permanecer no SIMPLES NACIONAL, **nesse caso, especificamente**, assumindo a linha esposada pela decisão da CSRF e considerando tudo o que consta nos autos, entendo que o rol probatório é mais que suficiente para demonstrar estar-se diante de mero erro material e, por isso, factível de correção.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário e reverter a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL, determinado sua manutenção no regime simplificado a partir de 01/03/2014.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone