



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº	19679.720558/2013-93
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2202-005.088 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	10 de abril de 2019
Matéria	CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS - PER/DCOMP
Recorrente	DMARC TRANSPORTES EXPRESS LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 01/07/2012

PER/DCOMP. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA.
IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO.

A homologação da restituição pretendida pelo sujeito passivo condiciona-se à liquidez do direito, através da comprovação documental do quantum compensável pelo contribuinte. O ônus da prova incumbe ao autor.

APRESENTAÇÃO DE PROVAS NO RECURSO VOLUNTÁRIO.
PRECLUSÃO DO DIREITO.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o sujeito passivo fazê-lo em outro momento processual. Decreto nº 70.235/1972, art. 16, inciso III e § 4º.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(Assinado digitalmente)

RONNIE SOARES ANDERSON - Presidente.

(Assinado digitalmente)

RICARDO CHIAVEGATTO DE LIMA - Relator.

Sáteles, Martin Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo de Sousa da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima (Relator), Ludmila Mara

Monteiro de Oliveira, Rorildo Barbosa Correia, Thiago Duca Amoni (Suplente convocado), Leonam Rocha de Medeiros e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Ausente a conselheira Andréa de Moraes Chieregatto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls 824/832), acompanhado de documentos comprobatórios, interposto contra o Acórdão 16-77.726 - 14^a Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP – DRJ/SPO (e-fls. 806/820) , que considerou improcedente, por unanimidade de votos, Manifestação de Inconformidade da contribuinte em face de Despacho Decisório que não homologou restituição informada em PER/DCOMP, pretendida pela agora Recorrente e relativa a supostos créditos obtidos em razão de retenções sofridas sobre notas fiscais de prestação de serviços.

2. A seguir reproduz-se, em sua síntese, o relatório do Acórdão da DRJ/SPO , o qual retrata adequadamente os fatos ocorridos.

Relatório

- DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

1. Trata-se de pedido de restituição, efetuado pela empresa acima identificada, que requereu restituição dos valores excedentes das retenções sofridas sobre notas fiscais de prestação de serviço, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, em relação aos valores devidos sobre a folha de pagamento. O pedido refere-se às competências e PER/DCOMP abaixo, que foram juntados às fls. 2 a 274:

(enumera todas as PERD/COMP relacionadas ao presente processo, onde as competências envolvidas são 01/07/2007 a 01/07/2012, e o valor requerido, sem atualização, é de R\$ 30.361,33).

- DO TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL

2. De acordo com o Termo de Intimação Fiscal, fls. 282/284, a empresa foi intimada a entregar os documentos listados no referido termo, bem como, justificar as divergências de valores declarados em GFIP das competências 09/2008, 10/2008 e 12/2008 (fls. 285).

2.1. A empresa entregou a documentação de fls. 293/693 (folhas de pagamento, notas fiscais e justificativa das divergências).

- DO DESPACHO DECISÓRIO

3. Em 08/01/2014 foi emitido o despacho decisório (fls. 702/707), que negou o pedido de restituição pleiteado pela empresa, uma vez que embora a Manifestante tenha optado pelo Simples Nacional nas competências objeto do presente processo, a mesma estava impedida de integrar o citado sistema, diante da atividade econômica (CNAE 5250-8-04).

- MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

4. A empresa (...) alega em síntese:

A) - Da Existência de Mandado de Segurança Pendente de Julgamento

5. (...) pende de julgamento o Mandado de Segurança nº. 0021843-78.2013.4.03.6100, em trâmite perante a 22ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, inclusive com o deferimento de liminar (...).

5.1. (...), o recomendável (...) é que tivesse aguardado o julgamento em primeira instância. (...).

5.2. (...).

B) - Da Ilegalidade da Exclusão do Contribuinte do Simples Federal

6. Ao se realizar mera pesquisa no sítio da Receita Federal é possível verificar que a empresa permanece como optante pelo Simples Nacional, (...).

6.1. Ou seja, houvesse ocorrido a efetiva exclusão (...) seria (...) comunicada aos interessados, (...).

6.2. (...).

6.3. Destaca na documentação colacionada o pedido de alteração do CNPJ/MF, datado de 22/10/2009, no qual teve início uma série de inconsistências nos dados cadastrais, em especial ao CNAE.

6.4. Conforme se verifica do respectivo contrato social da recorrente, consta de suas atividades, o serviço secundário de organização logística em transporte de carga, que embora devidamente cadastrado, jamais fora devidamente exercido pela empresa. (...).

6.5. Entretanto, por um lapso, tal atividade passou a constar de seu CNAE principal, de forma a dar azo à interpretação equivocada de sua exclusão do Simples Nacional, quando em verdade, comprova-se pela Notas Fiscais apresentadas, que tais atividades jamais foram exercidas e os serviços constantes das notas se relacionam apenas as atividades principais da empresa, todas devidamente abrangidas pelas hipóteses de incidência do Simples Nacional.

6.6. (...) seus dados cadastrais confirmam a possibilidade de inclusão de suas atividades no rol daquelas abrangidas pelo Simples, e, portanto, autorizando o deferimento da restituição pretendida

6.7. Em pesquisa no SINTEGRA, consta que os dados ali inscritos não correspondem às atividades principais da empresa, que inclusive, por se tratar de prestação de serviços, se encontra, nos termos da lei, dispensada da inscrição municipal.

6.8. Ao pedido de restituição deduzido seguiram os respectivos comprovante de pagamento de parcelamento do Simples, deferido ao recorrente, o que denota que em momento algum a Receita Federal efetuou a exclusão do contribuinte de tal sistema.

6.9. A inclusão do CNAE errôneo ocorreu somente em 22/10/2009 de tal modo que as restituições devidas relacionadas à período anterior não podem ser afetadas pela interpretação que exclui a recorrente do SIMPLES, valendo ainda a menção de

que o enquadramento correto com os serviços efetivamente prestados já se encontra regularizado.

7. Diante das razões acima expostas, requer:

7.1. seja o presente recebido e devidamente processado, observado o rito previsto na legislação aplicável, passando a fazer parte integrante do processo administrativo referente ao pedido de restituição;

7.2. seja analisado para que, uma vez demonstrada a insubsistência e improcedência do indeferimento de seu pleito, seja acolhida a presente Manifestação de Inconformidade, para reconhecer a regularidade da recorrente perante o Simples Nacional e reformar a decisão guerreada para determinar a restituição dos valores constantes do pedido realizado, ou subsidiariamente;

7.3. seja determinado a reforma parcial da decisão anterior, de forma a contemplar o deferimento da restituição para o período que antecede a alteração do CNAE secundário da recorrente.

7.4. seja, na improvável hipótese de não acolhimento dos pedidos supra, resguardado o direito da recorrente de valer-se das medidas judiciais próprias e cabíveis para integral satisfação de seus direitos.

- OFÍCIO 395/2017/PRFN-3º/DIDE-1/GAC - JEF

8. Às fls. 792/793 consta o Ofício nº395/2017, datado de 03/05/2017, no qual a Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da Terceira Região – São Paulo, informa a respeito do deferimento do pedido pleiteado pela Manifestante nos autos do Mandado de Segurança nº 5000425-85.2016.4.036102, que determina a análise do presente processo em 30 (trinta) dias.

(...)

- OFÍCIO 420/2017/PRFN-3º/DIDE-1/GAC – NÚCLEO JEF

9. O ofício 420/2017 (fls.801/802), solicita urgência do julgamento do PT 19679.720558/2013-93, por se tratar de prazo judicial nos termos do art. 4º da Lei 9.028/95 (MS 5000425-85.2016.4.03.6102).

É o relatório.

3. Destaquem-se então, os trechos relevantes do voto do Acórdão proferido pela DRJ/SPO, que julgaram improcedente a Manifestação de Inconformidade:

Voto

I - Da Admissibilidade da Manifestação de Inconformidade

10. A referida manifestação possui os requisitos de admissibilidade (...)

II - Do Direito à Restituição – Requisitos Legais

11. (...) a compensação ou restituição de contribuições previdenciárias tem seu pressuposto no artigo 89 da Lei 8.212, de 1991:

(transcreve o artigo citado)

11.1. Tendo em conta a previsão legal acima, a Instrução Normativa RFB nº 1300/2012 regulamenta os procedimentos pertinentes à restituição ou compensação não só dessas contribuições, mas de todos os tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

(transcreve artigo 12 da IN citada)

(...)

III - Das Alegações Apresentadas na Manifestação de Inconformidade

a) *Mandado de Segurança Pendente de Julgamento (nº 0021843-78.2013.4.03.6100)*

12. Alega a empresa que a decisão exarada no despacho decisório foi precipitada (...).

12.1. (...) o deferimento da liminar e do mérito do Mandado de Segurança (nº0021843-78.2013.4.03.6100), impetrado pela empresa, ora Manifestante, tinha como pedido a análise pela autoridade impetrada do pedido de restituição cadastrado sob o nº 36630.007704/2007-19, bem como dos pedidos de restituição das PERD/COMP elencadas no despacho decisório, ora contestado.

12.2. A liminar deferida (03/12/2013), bem como o mérito do Mandado de Segurança acima citado (13/03/2014), assim determinaram:

Liminar do MS 0021843-78.2013.4.03.6100

(...)

"Assim, entendo que o impetrante faz jus à apreciação, o quanto antes, de seus pedidos, desde que satisfeitas as exigências legais.

(...)

Dessa forma, defiro a liminar, para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, a impetrada profira decisão no pedido de restituição cadastrado sob o nº 36630.007704/2007-19 e nos demais pedidos de restituição abaixo descrito:

(...)

Mérito do MS 0021843-78.2013.4.03.6100

"(...)

Dessa forma, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, confirmando a liminar anteriormente deferida e extinguo o feito (...)"

12.3. Diante das decisões acima transcritas (liminar e mérito do MS 0021843-78.2013.4.03.6100), a Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária – DERAT, emitiu o despacho decisório em 08/01/2014 (fls. 702/707, antes mesmo de expirar o prazo concedido na referida liminar, datada de 13/12/2013 (60 dias), observando, portanto, a determinação judicial.

(...).

b)- Da Illegalidade da Exclusão do Contribuinte do Simples Nacional

13. Alega a empresa que permanece optante do Simples Nacional, logo, a interpretação dada pela Auditoria no despacho decisório não é correta, (...).

13.1. Tal alegação não merece amparo, pois o despacho decisório, ora contestado, em nenhum momento fala em exclusão do Simples Nacional, mas sim que a empresa desempenhava na época dos pedidos de restituição (PERD/COMP 2007/2012), atividade incompatível com o Simples Nacional – CNAE 5250-8-04 (fls. 701 e 702/707), (...)

(...)

13.2. Ressalta-se que as empresas com o CNAE 5250-8-04 (Organização logística do Transporte de Carga), período 01/07/2007 a 31/12/2014, estavam impedidas de optar pelo Simples Nacional. Assim, a Manifestante não poderia ter optado pelo referido sistema (vide fls.701 – Consulta do CNPJ), diante da restrição verificada no anexo I das Resoluções do Comitê do Simples Nacional nº 06/2007, 20/2007, 50/2008, 77/2010 e 94/2011, (...)

13.3. Vale ressaltar, que além do CNAE da empresa/Manifestante ser incompatível com o Simples Nacional (01/07/2007 a 31/12/2014), o despacho decisório, informou que a empresa não corrigiu as divergências verificadas nas GFIP (09/2008, 10/2008 e 12/2008), apesar da mesma ter sido intimada para fazer as retificações (Intimação nº210/2013, fls. 282/284 - item 4), (...)

(...)

13.4. Dessa forma, constata-se que o despacho decisório (fls. 702/707), demonstrou com base na situação cadastral da empresa, declarações em GFIP, contratos sociais, dentre outros documentos, que a Manifestante não tinha direito à restituição pleiteada no período 2007/2012.

14. Por fim, a Manifestante aduz a sua defesa que a alteração do CNPJ, datada de 22.10.2009, demonstra que ocorreram uma série de inconsistências nos dados cadastrais, em especial no CNAE (logística em transporte de carga), que embora cadastrado, jamais foi exercido pela empresa, tratando-se de mera estratégia de expansão, conforme notas fiscais apresentadas, sendo assim, requer que sejam deferidas pelo menos as restituições anteriores a data acima citada.

14.1. Tal argumentação não tem o condão de modificar o despacho decisório, muito menos deferir parcialmente a restituição, pois a documentação anexada a Manifestação de Inconformidade trata-se: alterações contratuais datadas 02/2009, 07/2009 e 10/2009, fls. 748/753, 762/767 e 781/ 788 (entre os objetos sociais - serviços de transporte rodoviário de documentos e carga; mudanças, intermunicipais, interestadual, exceto produtos perigosos); algumas notas fiscais de prestação de serviço de moto frete, no período do pedido de restituição; pesquisa de acompanhamento da solicitação CNPJ; pesquisa no SINTEGRA/ICMS – 12/02/2014; pesquisa no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, datada 12/02/2014; pesquisa no CCN,

datada 12/02/2014; Informações Fiscais do Contribuinte – Ministério da Fazenda 20/01/2014; Recibo de Entrega de Arquivos Digitais; Intimação 210/2013; e Despacho Decisório.

14.2. A documentação anexada à Manifestação de Inconformidade (fls. 711/769 e 781/789), apenas comprova que a empresa era optante do Simples Nacional apesar de exercer atividade incompatível com o citado sistema, contrariando, portanto, a legislação vigente a época do pedido de restituição. Assim, os recolhimentos realizados pela empresa foram todos menores do que o realmente devido, conforme demonstrado no despacho decisório (item 12 – fls. 704/706).

14.3. E mais, em pesquisa realizada recentemente no sistema da Receita Federal do Brasil (Entes Federados), verificou-se que a empresa foi excluída do Simples Nacional de forma automática pelo sistema SIVEX - SN (motivo: débitos com a Fazenda Pública Federal – datada 28/12/2016):

(tela "consulta optante", opção de 01/07/2007 a 31/12/2016, quando excluída por Ato Administrativo cf. e-fls 818/819).

14.4. Logo, mesmo que eventualmente a empresa tivesse algum crédito, o que não se encontra demonstrado nos documentos anexados aos autos, não seria possível deferir a restituição, já que a Manifestante apresenta débitos com a Fazenda Nacional.

14.4.1. Assim, dispõe o §8º do art. 89 da lei 8.212/91, in verbis:

Art.89 - (...)

(...)

8º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, o valor da restituição será utilizado para extinguí-lo, total ou parcialmente, mediante compensação.
(grifado no original)

14.5. Portanto, as alegações e documentos apresentados pela Manifestante, não demonstraram a liquidez e certeza do direito creditório da requerente, mantendo-se o despacho decisório pelos mesmos fundamentos (CNAE incompatível com o Simples Nacional/periodo do suposto crédito e divergências nas GFIP's). Frisa-se que a empresa possui débitos com a Fazenda Nacional, o que implicou exclusão do Simples Nacional.

IV - Dos Pedidos da Manifestação de Inconformidade

15. (...) preencheu os requisitos de admissibilidade.

16. No que se refere ao pedido de reconhecimento da improcedência do indeferimento do pleito da manifestante (despacho decisório contestado), com acolhimento da Manifestação de Inconformidade, entende-se pela razões acima expostas, que a empresa não demonstrou que teria direito a restituição pleiteada, conseqüentemente, o despacho decisório deve ser mantido.

17. Com relação ao pedido de deferimento parcial da restituição, verifica-se pelas razões expostas nos itens 14 a 14.5, que a documentação anexada não tem o condão de modificar em parte o despacho decisório, além do que a empresa possui

débitos com a Fazenda Pública, que levaram a sua exclusão do Simples Nacional.

18. Por fim, não cabe a esta esfera administrativa decidir ou não sobre a conveniência da empresa de se valer de medidas judiciais, caso os pedidos propostos na Manifestação de Inconformidade fossem negados.

- Da Conclusão

19. Isto posto, VOTO por julgar IMPROCEDENTE A MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE, mantendo integralmente o Despacho Decisório, pelas razões acima expostas.

Recurso Voluntário

4. Cientificada da decisão *a quo*, a contribuinte tempestivamente apresenta seu Recurso, em suma repisando seus argumentos já expostos na Manifestação de Inconformidade, e da peça recursal destacam-se as alegações a seguir, em sua síntese:

- a Recorrente traz uma apertada síntese dos fatos, ressaltando que o indeferimento de seu pedido pela Delegacia de origem deveu-se ao entendimento que seus dados cadastrais possuíam atividades incompatíveis com a opção pelo SIMPLES (especificamente o CNAE);

- sustenta que seu objeto social descrito em seus atos de constituição não abarcam atividades impeditivas para o SIMPLES e que em todas as notas colacionadas na Impugnação e no Recurso, e nas quais se baseia o pedido de resarcimento, verificam-se também atividades permitidas;

- defende-se que só foi excluída do SIMPLES NACIONAL em 31/12/2016 devido a débitos, e não na época do primeiro indeferimento e, se tivesse sido excluída antes, tal situação estaria nos sistemas cadastrais e teria sido a ela comunicada, sob pena de afronta ao devido processo legal;

- colaciona aos autos o pedido de alteração de CNPJ em 22.10.2009, onde se iniciaram as inconsistências relativas ao seu CNAE secundário e onde se originou a interpretação equivocada de sua exclusão do SIMPLES NACIONAL;

- destaca que sua atividade principal sempre foi de "*moto frete*", permitida no SIMPLES NACIONAL, jamais exercendo qualquer atividade que não esta, cf. evidenciado pelos talões de nota apresentados em sede recursal do período de 03.06.2008 a 05.11.2012;

- informa que seu CCM (Cadastro dos Contribuintes Mobiliários da Secretaria da Fazenda do Município de São Paulo/SP) traz cadastro correto de atividades compatíveis com o SIMPLES;

- alega que ao realizar consulta ao SINTEGRA, não abarcada pelo Acórdão recorrido, constata-se que as atividades principais da empresa não abarcam o CNAE questionado;

- menciona que junto ao pedido de restituição seguiram comprovantes de pagamento de parcelamento do SIMPLES, deferido pela RFB, o que indica que a Receita não efetuou a exclusão do contribuinte de tal sistema, só quando da ocorrência dos inadimplementos, o que caracteriza uma conduta contraditória da Receita Federal (alega ser inadimplente justamente por não ter sua restituição liberada);

- ressalta não ser razoável e ainda ser desproporcional o indeferimento apenas pela inclusão errônea de CNAE secundário, ainda por cima somente em 22.10.2009, assim pelo

menos as restituições relacionadas ao período anterior não poderiam ser afetadas pela interpretação de exclusão do SIMPLES;

- sustenta que também é contraditória a situação de não ocorrer a exclusão do SIMPLES quando da alteração do CNAE impróprio, e não apenas por ocasião da existência de débitos, o que minimiza a importância do CNAE impróprio no cadastro;

- aponta que sendo este débito para com a Fazenda originado em momento no qual a empresa estava no regime simplificado, é certo que o montante a restituir é bastante superior ao mesmo, passível assim de compensação de ofício; e

- anexa planilha de créditos em contraposição aos débitos e DARF atualizado para pagamento código de recolhimento 4834 (Dívida Ativa - MAED - Multa por atraso na entrega de Declaração).

5. Requer a contribuinte, por fim,

- que seja acolhido e analisado o Recurso para reforma da Decisão recorrida e determinação da restituição dos valores pleiteados;

- ou subsidiariamente, que seja reformada parcialmente a Decisão anterior, para contemplar o deferimento da restituição para o período que antecede a alteração do seu CNAE secundário; e

- no não acolhimento, solicita o resguardo do seu direito de valer-se de medidas judiciais cabíveis.

6. Nesta sede recursal, junta cópias dos seguintes documentos:

- notas fiscais eletrônicas de junho de 2008 a novembro de 2012;

- DARF código 4834 relativo ao processo 10880.504137/2015-19, a recolher;

- Consulta de Inscrição da Procuradoria da Fazenda Nacional; e

- Tabela de valores em relação aos quais pretende ter a restituição reconhecida, com atualização monetária.

Voto

Conselheiro Ricardo Chiavegatto de Lima, Relator

7. O Recurso Voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade intrínsecos, uma vez que é cabível, há interesse recursal, a recorrente detém legitimidade e inexiste fato impeditivo, modificativo ou extintivo do poder de recorrer. Além disso, atende aos pressupostos de admissibilidade extrínsecos, pois há regularidade formal e apresenta-se tempestivo. Portanto dele conheço.

8. Existem referencias nestes autos a Ações Judiciais impetradas pela ora recorrente no decorrer deste processo administrativo, referentes à celeridade na apreciação de seu pedido, objetivando a breve prolação do Despacho Decisório e do Acórdão de Manifestação de Inconformidade.

9. De plano, ressalte-se que na presente lide não cabe o combate à exclusão ou não do SIMPLES, mas sim a apreciação do pedido de restituição. A apreciação pela DRF de

origem não excluiu a Recorrente do sistema simplificado, nem se fundamenta em exclusão do sistema SIMPLES durante o período abarcado pelo seu pedido de restituição, mas sim constatou, entre outros fatores impeditivos, que a interessada exercia atividade vedada ao sistema. Inconformidade com real exclusão do SIMPLES deve ser discutida em procedimento próprio. O Acórdão recorrido já esclareceu tal ponto para a interessada, como pode ser visto no excerto do mesmo a seguir colacionado.

13.1. Tal alegação não merece amparo, pois o despacho decisório, ora contestado, em nenhum momento fala em exclusão do Simples Nacional, mas sim que a empresa desempenhava na época dos pedidos de restituição (PERD/COMP 2007/2012), atividade incompatível com o Simples Nacional – CNAE 5250-8-04 (fls. 701 e 702/707), (...)

10. A negativa de reconhecimento do crédito em sede impugnatória ocorreu, na verdade, por um conjunto de fatores, não só a situação cadastral de seu CNAE, conforme os esclarecedores excertos da Decisão *a quo* abaixo destacados:

13.4. Dessa forma, constata-se que o despacho decisório (fls. 702/707), demonstrou com base na situação cadastral da empresa, declarações em GFIP, contratos sociais, dentre outros documentos, que a Manifestante não tinha direito a restituição pleiteada no período 2007/2012.

(...)

14.5. Portanto, as alegações e documentos apresentados pela Manifestante, não demonstraram a liquidez e certeza do direito creditório da requerente, mantendo-se o despacho decisório pelos mesmos fundamentos (CNAE incompatível com o Simples Nacional/periodo do suposto crédito e divergências nas GFIP's). Frisa-se que a empresa possui débitos com a Fazenda Nacional, o que implicou exclusão do Simples Nacional.(grifou-se)

11. Tais constatações acima destacadas é que fundamentaram então a negativa do pedido de restituição pela DRJ para todo o período pleiteado. Além disso, a Instância *a quo* indicou que a interessada possui débitos junto à PGFN, que motivaram sua exclusão do SIMPLES apenas em 31/12/2016, e que também impedem a restituição incondicional dos valores pleiteados, conforme previsto no §8º do art. 89 da lei 8.212/91, destacado no voto da DRJ, e pela Lei 9.430/96, em seu Artigo 73, caput, abaixo transcrito. E sem reconhecimento do direito à restituição, não há como pretender a compensação de débitos.

Art. 73. A restituição e o ressarcimento de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a restituição de pagamentos efetuados mediante DARF e GPS cuja receita não seja administrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil será efetuada depois de verificada a ausência de débitos em nome do sujeito passivo credor perante a Fazenda Nacional. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

(...)

12. Discorra-se então sobre o CNAE não permitido para o SIMPLES, envolvido no cadastro da empresa. Segundo a interessada tal CNAE foi incluído no seu cadastro equivocadamente, e trata-se do número 5250-8-04, relativo a "organização logística do transporte de carga", que cf. Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso X (e-fl. 817), e anexo I das seguintes Resoluções do Comitê Gestor do SIMPLES FEDERAL – CGSF: 06/2007, de 18/06/2007; 20/2007, de 15/08/2007; 50/2008, de 22/12/2008; 77/2010, de

13/09/2010 e 94/2011, de 29/11/2011, não é permitido para os optantes do referido sistema de tributação no período abarcado pelo pedido da contribuinte.

13. Tela do sistema CNPJ da Receita Federal, presente às e-fls. 701 destes autos, traz consulta ao cadastro da empresa, efetuado na data de 27/12/2013, ou seja, equivocadamente ou não, realmente tal CNAE constou no cadastro da mesma. A empresa sustenta que solicitou correção de tal inconsistência em fevereiro de 2014, cf. doc de e-fl. 754. Não foi apresentada documentação referente a contratos sociais que baseassem o pedido de alteração de objeto social e, note-se, foi contemporânea à apresentação da Manifestação de Inconformidade. Mas realmente também junta cópia de seu comprovante de CNPJ, emitido em 12/02/2014, data posterior ao período com reconhecimento de crédito pleiteado, agora sem a presença do CNAE sob questionamento.

14. Uma observação deve ser feita sobre os pedidos de solicitação de CNPJ via Internet juntados às e-fls. 754 e 769. Não há como inferir sobre o conteúdo do pedido de alteração ou sobre os documentos apresentados, já que os extratos só apresentam datas de situação do pedido, não seu conteúdo.

15. Ressalte-se que não se sustenta, e muito contraditória se constata, a alegação da ora recorrente de que o objeto social descrito em seus atos de constituição não abarca atividades impeditivas para o SIMPLES. Senão vejamos. em documento anexado aos autos pela própria contribuinte, e-fls. 762 e seguintes, que se trata de seu Instrumento de 4a Alteração Contratual e Consolidação no Contrato Social, que alterou o objeto social. Entre eles, justamente há o objeto "serviços de organização logística de transporte de carga". Não foi apresentado o contrato naquele ato alterado, para ser verificado como era o objeto social anterior.

16. Tal documento data de 12 de fevereiro de 2009 e foi registrado em Cartório e na Junta Comercial de São Paulo. Documentos de tal importância traduzem justamente a vontade soberana dos sócios, que no mínimo potencialmente já objetivavam tal objeto social vedado para o SIMPLES. Não há que se considerar como irrelevantes o CNAE a ele relacionado ou mesmo seu pedido de inclusão no cadastro do CNPJ. Vejamos o excerto do Instrumento, abaixo colacionado.

c) **Alterar o objeto social, que passará a ser:**

- **Serviços de transportes rodoviários de documentos e carga; mudanças, intermunicipal, interestadual, exceto produtos perigosos;**
- **Serviços de malote através de motocicletas e veículos utilitários;**
- **Serviços de organização logística de transporte de carga;**

17. Sem a apresentação do conjunto dos contratos e alterações anteriores à 4a Alteração, não ha como ser aferido qual era o efetivo objeto social vigente durante o período que engloba a presente lide. A empresa iniciou suas atividades no ano de 2002, e não foi anexado o histórico contratual desde seu início até o ano de 2009. A expressão "*alterar o objeto social, que passará a ser...*", presente na quarta Alteração, não exclui o fato de que "serviços de organização logística de transporte de carga" já não estivesse presente em

Contratos Sociais anteriores, já que tal expressão não indica a alteração de um objeto específico para os pretendidos ou ainda que tal alteração tenha apenas incluído um dos outros objetos.

18. Foram pela interessada anexados em sede impugnatória os Instrumento de 5a e de 6a Alteração Contratual e Consolidação no Contrato Social, respectivamente de 28/07/2009 e de 15/10/2013, às e-fls. 748/ss e 781/ss, onde permanece no objeto social a atividade "serviços de organização logística de transporte de carga". Não foram juntados aos autos instrumentos relativos a Contrato Social que alterassem tal objeto para sua exclusão.

19. Diante da seriedade e fé pública de um Contrato Social registrado, considero a presença o objeto social "serviços de organização logística de transporte de carga" um indicativo incontestável de que a sociedade poderia exercer tal atividade, independentemente do CNAE por ela informado em qualquer data aos órgãos públicos. Não há como se ter como certa a não atuação da empresa em tal objeto, ainda mais com ausência de documentação comprobatória, como será analisado a seguir.

20. Quanto às notas fiscais colacionadas aos autos, tais documentos, que foram juntados em sede de impugnação às e-fls. 541/687, não esgotam todos os números seqüenciais de notas fiscais eventualmente emitidas pela interessada, sobremaneira quando analisadas as notas fiscais advindas de talonário físico, conforme pode ser verificado às e fls. 541/576, período de julho de 2007 a abril de 2008. Outro exemplo é, cf. e-fls. 579, as notas fiscais eletrônicas de serviço foram apresentadas apenas a partir da nota 08. E observou-se que inúmeras dessas notas não apresentam o destaque de 11% a título de retenção de contribuição.

21. Já as notas fiscais eletrônicas carreadas aos autos em sede recursal, e-fls. 833/969, as mesmas até sanam as lacunas de notas eletrônicas apresentadas, mas não sanam as lacunas em relação às notas emitidas antes das notas eletrônicas. Recorde-se também que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito do sujeito passivo fazê-lo em outro momento processual, cf. Decreto nº 70.235/1972, art. 16, inciso III e § 4º.

22. Dessa forma, não obstante a contribuinte arguir no sentido de que tem direito à restituição de contribuições sociais previdenciárias retidas em notas fiscais de sua emissão, para comprovação do alegado deveria ter juntado, como bem destacado pela DRJ, todos os elementos de prova documental que fundamentassem plenamente suas alegações sobre as operações. E mais, seria necessário que tivessem sido colacionados aos autos no momento oportuno.

23. Constatada a falta de notas fiscais em sua plenitude, sendo muitas delas constituídas sem o devido destaque da retenção, e para afastar qualquer interpretação errônea sobre a quantidade e o conteúdo das notas emitidas, deveriam ter sido juntados outros documentos hábeis à comprovação do direito pretendido, como os registros contábeis relativos à operação (sobremaneira o livro Caixa, obrigatório mesmo para empresas do SIMPLES, cf. Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, § 2º, entre outros estabelecidos em Resoluções do CGSN - Comitê Gestor do Simples Nacional), os quais inclusive poderia subsidiar o esclarecimento das atividades realmente praticadas no período de 2007 a 2012. A emissão de nota fiscal sem o serviço de organização logística de transporte de carga não exclui o fato de alguma nota fiscal, diferente desta, conter tal prestação.

24. No caso de pedidos de restituição e compensação, a liquidez do direito há de ser provada pela comprovação documental do quantum compensável pelo contribuinte. O art. 373, inciso I, do novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, enquanto que o art. 36 da

Lei nº 9.784, de 29/01/99, impõe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Em idêntico sentido atua o Decreto nº 70.235, de 1972, que, por força do art. 74, § 11, da Lei 9.430/96, determina em seu art. 15 que os recursos administrativos já devem trazer os elementos de prova.

25. Não é cabível qualquer argumento insistente da interessada contra o disposto no Acórdão "*a quo*" que envolva sua exclusão do SIMPLES, e de fato a empresa só foi excluída do SIMPLES NACIONAL em 31/12/2016. Como já ressaltado acima, especificamente no item 9, o não reconhecimento de seu crédito pela DRJ não advém de exclusão do sistema. O fato é que ela mesma declarou-se no SIMPLES, mas possuía em seu objeto social atividade vedada.

26. O fato do Cadastro dos Contribuintes Mobiliários da Secretaria da Fazenda do Município de São Paulo/SP trazer cadastro de atividades compatíveis com o SIMPLES não se presta a sua defesa. A intenção da atividade está presente incontestavelmente em seus Instrumentos Contratuais apresentados. Não há como aferir se o cadastro do Município estava correto ou se foi a própria empresa que não providenciou sua correção, uma vez que a atividade vedada consta na alteração contratual. Pelo mesmo motivo é descabido a recorrente alegar em sua defesa consulta ao SINTEGRA: tal cadastro pode estar correto ou não foi solicitada sua alteração pela empresa. Não se pode desconsiderar a sua alteração contratual, vontade soberana de seus sócios.

27. Inexiste conduta contraditória da Receita Federal, uma vez que realmente esta não efetuou sua exclusão do SIMPLES no período de 2007 a 2012. Lembre-se que a própria empresa é que fez sua opção pelo SIMPLES, apesar de seu objeto social vedado para o sistema, a própria empresa informou seu CNAE descabido, a própria empresa se declarou optante em GFIP, a própria empresa formalizou parcelamento de dívidas do sistema, assumindo assim a responsabilidade por seus atos e as consequências deles advindas. Sua exclusão, no momento oportuno, efetivamente foi efetivada pela Receita.

28. Diante de todos os fatores que motivaram o não reconhecimento total, também as restituições relacionadas ao período denominado pela interessada como "*período anterior à inclusão do CNAE impróprio*" não podem ser reconhecidas. Ressalte-se: a interessada alega que tal inclusão de CNAE no CNPJ ocorreu "*por lapso*" em outubro de 2009, mas o objeto social relativo já estava presente em seu Contrato Social desde fevereiro do mesmo ano, no mínimo. Não há então como aferir qual seria um pretendido "período anterior", por falta de provas, como anteriormente já exposto.

29. A ora recorrente insistentemente discorreu sobre exclusão do SIMPLES pela Receita, e que esta seria contraditória em seus atos. Verificou-se que não ocorreu tal exclusão no período sob análise e descabível qualquer alegação sobre contradição da RFB. A interessada é que se contradiz ao sustentar que não possui atividade vedada em seu contrato, mas possui; atuou e elaborou suas declarações de pessoa jurídica como SIMPLES, embora seu contrato social claramente indicasse atividade vedada; e a atividade do CNAE em discussão é vedada para o SIMPLES por determinação legal, sua importância não pode ser minimizada. A interessada deve atentar para o fato que é defeso alegar o desconhecimento da lei, especialmente em matéria tributária, nos termos do artigo 3.º do Decreto Lei nº 4.657/42, que instituiu a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

30. Assim, também não cabe comparação entre o montante de débito para com a Fazenda e o montante a restituir, pois não é cabível tal compensação de ofício pelo não reconhecimento do crédito. E neste sentido, o débito para com a Fazenda Nacional não pode

então ser compensado com valores de crédito não reconhecido. A referência ao valor do débito para com a Fazenda está presente na Consulta da Inscrição da PGFN juntada pela interessada e-fls. 972 e na apresentação do DARF sem recolhimento de e-fls. 970. S.m.j, tal débito aparentemente continua em aberto, sem a comprovação de sua extinção juntada a estes autos.

31. Infere-se portanto que não deve haver reforma da Decisão "a quo" nem total nem parcialmente, uma vez que a interessada não apresentou de forma plena a comprovação documental que justificasse o reconhecimento do quantum pretendido, em apreciação onde o ônus da prova incumbe ao autor. E bem deve conhecer a interessada que não cabe a esta esfera administrativa decidir ou não sobre sua conveniência de se valer ou não de medidas judiciais.

32. Dessa forma, como cumpria exclusivamente à contribuinte o ônus de provar a liquidez e a certeza de seu alegado crédito e não o fez, não resta tal crédito devidamente comprovado nestes autos. Entendo portanto não haver motivos para a reforma do Acórdão da DRJ e não deve ser reconhecido o direito creditório alegado.

Conclusão

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ricardo Chiavegatto de Lima - Relator