



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.002835/2009-10
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.311 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 2 de junho de 2020
Recorrente CENTRAL NAUTICA LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO DO TERMO DE OPÇÃO POR PENDÊNCIA CADASTRAL. ATIVIDADE VEDADA. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE

Identificada a previsão para o exercício de atividade vedada ao Simples Nacional no contrato social do contribuinte, a alegação de que a referida atividade nunca chegou a ser desenvolvida deve vir acompanhada de elementos de prova hábeis a sua comprovação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, apenas em relação à suposta prática de atividade econômica vedada, e, no mérito, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Zedral e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Discute-se nos autos o termo de indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em razão da identificação das seguintes pendências (fls. 10 do *e-processo*):

☒ Pendências na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)**☒ Pendências Cadastrais:**Estabelecimento CNPJ: 72.578.131/0002-42 *GO*

- Atividade econômica vocada: 4619-2/00 Representantes comerciais e agentes do comércio de mercadorias em geral não especializado

*Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 art. 17, inciso XI.***☒ Pendências Fiscais (Débitos):**

Estabelecimento CNPJ: 72.578.131/0001-81

- Débito com a Secretaria da Receita Federal do Brasil relativo a contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, cuja exigibilidade não está suspensa.

*Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 art. 17, inciso V***☒ Pendências com as Administrações Tributárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios**

Estabelecimento CNPJ: 72.578.131/0002-42

- Pendência cadastral ou fiscal com o município: GOIÂNIA / GO

- Pendência cadastral ou fiscal com o estado/DF: GOIÁS /

A solicitação foi efetivada em 09/01/2009 e o indeferimento ocorreu em 16/03/2009.

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou, em síntese, ter cumprido todas as pendências de débitos fiscais e cadastrais, conforme certidões negativas do Fisco Federal, bem como procedeu a baixa da filial localizada em Goiânia – GO, em 30/09/2002.

Foi apresentada certidão conjunta positiva com efeitos de negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União (fls. 12 do *e-processo*), certidão negativa de débitos relativos as contribuições previdenciárias e as de terceiros (fls. 13 do *e-processo*), além da 9ª alteração contratual da sociedade, a qual deu baixa na filial de Goiânia (fls. 14/17 do *e-processo*).

Em sessão de 12/01/2012, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (“DRJ/BSB”) julgou improcedente a defesa do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita (fls. 86 do *e-processo*):

SIMPLES NACIONAL - TERMO DE INDEFERIMENTO

Não se conhece da impugnação referente às pendências estadual e municipal, haja vista a ausência de competência do ente federal para tanto, em obediência ao princípio federativo.

A atividade de representação comercial caracteriza intermediação de negócios, com consequente vedação de ingresso ao Simples Nacional.

Nos fundamentos do voto do relator (fls. /90 do *e-processo*):

No que tange à verificação da possibilidade de ingresso ou permanência no Simples Nacional, inclusive no que tange ao exercício ou não de atividades constantes no contrato social da empresa optante, vale ressaltar o entendimento explicitado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, no Portal do Simples Nacional (Perguntas e Respostas):

2.4. AS MICROEMPRESAS (ME) E AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) QUE EXERÇAM ATIVIDADES DIVERSIFICADAS, SENDO APENAS UMA DELAS VEDADA E DE POUCA REPRESENTATIVIDADE NO TOTAL DAS RECEITAS, PODEM OPTAR PELO SIMPLES NACIONAL?

*Não poderão optar pelo Simples Nacional as ME e as EPP que, embora exerçam diversas atividades permitidas, também exerçam **pelo menos uma atividade vedada, independentemente da relevância da atividade impeditiva.***

2.5. SE CONSTAR DO CONTRATO SOCIAL ALGUMA ATIVIDADE IMPEDITIVA À OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL, AINDA QUE NÃO VENHA A EXERCÊ-LA, TAL FATO É MOTIVO DE IMPEDIMENTO À OPÇÃO?

*Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo I da Resolução CGSN n.º 6, de 2007, seu ingresso no Simples Nacional será vedado, **ainda que não exerça tal atividade.***

2.6. A ME OU A EPP INSCRITA NO CNPJ COM CÓDIGO CNAE CORRESPONDENTE A UMA ATIVIDADE ECONÔMICA SECUNDÁRIA VEDADA PODE OPTAR PELO SIMPLES NACIONAL?

*Não A Lei Complementar n.º 123, de 2006, prevê que o exercício de algumas atividades impede a opção pelo Simples Nacional. Essas atividades impeditivas estão listadas no Anexo I da Resolução CGSN n.º 6, de 2007. O exercício de qualquer dessas atividades pela ME ou EPP impede a opção pelo Simples Nacional, bem como a sua permanência no Regime, **independentemente de essa atividade econômica ser considerada principal ou secundária.***

A **Resolução CGSN n.º 4/2007**, vigente à época, disciplinava a forma de ingresso no Simples Nacional. Em seu artigo 9º constam critérios relativos aos códigos de classificação de atividades econômicas (CNAE), utilizado para fins de verificação dos requisitos de ingresso:

Resolução CGSN n.º 4, de 30 de maio de 2007 (DOU de 1.º.6.2007)

(...)

Art. 9º Serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se as ME e as EPP atendem aos requisitos pertinentes.

§ 1º O CGSN publicará resolução específica relacionando os códigos da CNAE impeditivos ao Simples Nacional.

§ 2º Na resolução a que se refere o § 1º serão relacionados também os códigos ambíguos da CNAE, ou seja, os que abrangem concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional.

§ 3º A ME ou a EPP que exerça atividade econômica cuja CNAE seja considerada ambígua não participará da opção tácita prevista no art. 18, podendo, entretanto,

efetuar a opção de acordo com o art. 7º, quando prestará declaração de que exerce tão-somente atividades permitidas no Simples Nacional.

§ 4º Na hipótese de alteração da relação de códigos impeditivos ou ambíguos, serão observadas as seguintes regras:

*I – se determinada atividade econômica deixar de ser considerada como impeditiva ao Simples Nacional, as ME e as EPP que exerçam essa atividade passarão a poder optar por esse regime de tributação a partir **do ano-calendário seguinte ao da alteração desse código**, desde que não incorram em nenhuma das vedações do art. 12;*

II – se determinada atividade econômica passar a ser considerada impeditiva ao Simples Nacional, as ME e as EPP optantes que exerçam essa atividade deverão efetuar a sua exclusão obrigatória, porém com efeitos para o ano-calendário subsequente.

É a **Resolução CGSN nº 6/2007**, vigente à época, que relaciona, para fins de verificação preliminar dos requisitos pertinentes, os códigos de atividades econômicas previstos na CNAE impeditivos ao Simples Nacional, bem como os códigos que sejam concomitantemente de atividade impeditiva e permitida (Anexo I - códigos de atividades impeditivas no Simples Nacional, e Anexo II - códigos ‘ambíguos’, que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas no Simples Nacional).

Na referida resolução se faz presente o código impeditivo 4619-2/00 - REPRESENTANTES COMERCIAIS E AGENTES DO COMÉRCIO DE MERCADORIAS EM GERAL NÃO ESPECIALIZADO’, em consonância com o objeto social da empresa, que evidencia a atividade de "representação por conta própria e de terceiros". A atividade de representação comercial caracteriza intermediação de negócios, com conseqüente vedação de ingresso ao Simples Nacional (fl. 37-digital).

Conforme disposto na Portaria MF nº 341/2011, que disciplina a constituição das turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento – DRJ, em seu artigo 7º, “o julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 1990, bem assim o entendimento da SRF expresso em atos normativos”, ou seja, é seu dever “observar as normas legais e regulamentares”.

O Comitê Gestor do Simples Nacional é órgão regulamentador do Simples Nacional (artigo 2º, inciso I, § 6º da LC nº 123/2006), cuja competência é exercida por meio de resoluções, conforme disposto na Resolução CGSN nº 1, de 19/03/2007.

Como se percebe, a DRJ/BSB não conheceu da impugnação no que toca as supostas pendências cadastrais com o município de Goiânia nem com o estado do Goiás, negando provimento ao mérito em razão da prática da atividade vedada.

Irresignado, o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário no qual alega basicamente (fls. 94/95 do *e-processo*):

Inicialmente, esclarece a recursante que jamais veio a exercer a atividade de representante comercial, seja por conta própria ou através de terceiros; a atividade que a empresa executa é (G-4763/60-5 comércio varejista de artigos para caça, pesca e camping, (G 4763/60-2) com venda de motores de pequenos barcos de pesca e de

recreação; e a prestação de serviços de (C 3314/70-1) manutenção e reparação de máquinas e motores náuticos, conforme consta de seu CNPJ/MF que se encontra atualizado.

Logo, não tem procedência de fato o indeferimento por exercer atividade comercial em desacordo com a Lei Complementar 123 de 14 de Dezembro de 2006; uma vez que a simples verificação dos talonários fiscais das prestações de serviços, se verificará a situação, visto que os registros contábeis são realizados pelos valores e não pela discriminação dos serviços que são prestados, tendo 100% (cem por cento) de toda sua venda de mercadorias e de toda a prestação de serviços de manutenção e reparação de máquinas e motores que estão dentro da legislação do simples nacional, não vindo a exercer em qualquer momento de sua existência comercial a atividade de representações.

Quanto ao fato de existir pendências cadastrais ou fiscais com o Estado de Goiás e o município de Goiânia/GO., esclarecemos que a empresa até meados de 1996 constituiu uma filial no Estado de Goiás, com atividades para aquele Estado e para o Município de Goiânia/GO, pois existia atividades de prestação de serviços existentes na matriz que é de competência daquele Município; que procedemos a solicitação de baixa daquela filial, conforme alteração registrada na Junta Comercial do DF em 30/09/2002 e posteriormente a baixa daquelas inscrições (estadual e municipal), constando pendência no município, sendo que apresentamos a Certidão de Baixa no município nr. 1.833.438-5 indicando a baixa em 06/04/2004. Enquanto que o Estado apresenta a situação de Baixado em seu espelho de informações desta unidade naquele estado, realizado solicitação em 07/10/2003.

NO MÉRITO, a Recursante esclarece que o objeto social que exerce é o comércio varejista de artigos de caça, pesca e camping; o comércio com a compra e a venda de motores de pequenas cilindradas para barcos de pesca e de recreação e a prestação de serviços de manutenção e reparação de pequenas avarias de máquinas e motores de pequenas embarcações..

Que a manutenção da atividade comercial de representações se deu em função de a empresa que fora constituída em 1994 e que a atividade vir sendo repetida nos contratos em função de uma inobservância por parte dos elaboradores das alterações contratuais, acreditando que não haveria qualquer implicação pelo fato de não vir exercendo de fato a atividade empresarial.

Quanto ao cadastro junto ao Estado de Goiás e ao município de Goiânia/GO., as inscrições se encontram baixadas, com as certidões em anexo como prova da data de seu requerimento e de sua respectiva homologação nos órgãos competentes, onde o contribuinte não tem poderes nenhum para que os serviços de baixa sejam procedidos, tendo um prazo de até 05 (cinco) anos para procederem a baixa das empresas no sistema.

[...]

Apresenta em anexo, o Cartão do CNPJ/MF, a Certidão de Baixa de Inscrição emitida pela Prefeitura Municipal de Goiânia/GO., e o Relatório de Informações emitido pela Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 01/06/2012 (fls. 92 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 29/06/2012 (fls. 94 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto n.º 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Matéria objeto de litígio: conhecimento

Com relação aos argumentos relacionados às pendências cadastrais ou fiscais com o Município de Goiânia/GO e com o Estado de Goiás, é necessário reiterar que o tema sequer foi conhecido pela instância *a quo*, como se vê abaixo (fls. 87 do *e-processo*):

Preliminarmente, não se conhece da impugnação referente às pendências estadual e municipal, haja vista a ausência de competência do ente federal para tanto, em obediência ao princípio federativo.

Portanto, não se encontra em discussão, no presente, matéria para a qual sequer foi instaurado o litígio, de modo que o recurso voluntário não será conhecido nesse ponto.

Mérito

Já com relação ao ponto da atividade prevista no contrato social do contribuinte, considerada como impedimento para adesão ao regime, a DRJ/BSB afirma o seguinte (fls. 88 do *e-processo*):

No que tange à verificação da possibilidade de ingresso ou permanência no Simples Nacional, inclusive no que tange ao exercício ou não de atividades constantes no contrato social da empresa optante, vale ressaltar o entendimento explicitado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, no Portal do Simples Nacional (Perguntas e Respostas):

2.4. AS MICROEMPRESAS (ME) E AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) QUE EXERÇAM ATIVIDADES DIVERSIFICADAS, SENDO APENAS UMA DELAS VEDADA E DE POUCA REPRESENTATIVIDADE NO TOTAL DAS RECEITAS, PODEM OPTAR PELO SIMPLES NACIONAL?

Não poderão optar pelo Simples Nacional as ME e as EPP que, embora exerçam diversas atividades permitidas, também exerçam pelo menos uma atividade vedada, independentemente da relevância da atividade impeditiva.

2.5. SE CONSTAR DO CONTRATO SOCIAL ALGUMA ATIVIDADE IMPEDITIVA À OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL, AINDA QUE NÃO VENHA A EXERCÊ-LA, TAL FATO É MOTIVO DE IMPEDIMENTO À OPÇÃO?

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo I da Resolução CGSN n.º 6, de 2007, seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que não exerça tal atividade. (grifamos)

A esse respeito, contudo, é imperioso mencionar que este Conselho já possui entendimento firmado em sentido diverso, quer dizer, não basta a mera previsão em contrato social, porquanto é indispensável a sua prática.

Ressalte-se, todavia, que o ônus da prova depende da situação concreto.

Explicamos.

Nas hipóteses de exclusão ao regime, compete ao próprio Fisco comprovar o desenvolvimento da atividade, tal como expressado na Súmula CARF n.º 134, abaixo reproduzida:

Súmula CARF n.º 134. 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.

Assim, caso o contribuinte tenha sido aceito no regime, ainda que pelo próprio sistema de forma automática, eventual exclusão depende da efetiva comprovação do desempenho efetivo da atividade vedada, sob pena de nulidade do ato de exclusão.

Por outro lado, na adesão ao regime, compete ao contribuinte comprovar não exercer a atividade na prática ou então comprovar a retificação do seu contrato social para exclusão da referida atividade.

A regra processual civil brasileira estabelece, por meio do artigo 373 do Código de Processo Civil, que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito. Por esse aspecto, se os próprios documentos societários do contribuinte levam a crer a prática de uma determinada atividade, a alegação de que essa atividade não é desenvolvida deve vir acompanhada de elementos de prova.

In casu, o contribuinte apenas menciona nos autos não ter praticado a suposta atividade vedada, sem contudo trazer aos autos um único elemento de prova sequer nesse sentido.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo