



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.728103/2012-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-004.828 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de julho de 2020
Recorrente ABRILAR TRANSPORTES E MUDANCAS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 05/07/2002

ATIVIDADE ANTERIOR IMPEDITIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI. VEDAÇÃO.

Súmula CARF nº 81:” É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.”.

ATIVIDADE IMPEDITIVA. INCLUSÃO NO OBJETO SOCIAL DESDE O CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO REGIME.

A inclusão no Contrato Social da ME da atividade “Organização Logística do Transporte de Carga”, considerada vedada pela legislação do Simples Nacional, impede a sua permanência no regime simplificado, ainda que tal atividade não tenha sido efetivamente exercida, bastando, no entanto, que esta atividade impeditiva conste do Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da contribuinte do SIMPLES NACIONAL, vencidos o Relator e os Conselheiros Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama e Paula Santos de Abreu, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Evandro Correa Dias.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart - Relator

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário (fls. **210-217** e docs. anexos) interposto em face de Acórdão da DRJ/RJ1 (fls. **198-206**), por meio do qual o referido órgão julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela Contribuinte (fls. **51-56** e docs. anexos), de forma a manter a exclusão do Impugnante do Simples, nos termos do Despacho Decisório (fls. **39-43**).

I. Contestação à exclusão do Simples, Despacho Decisório e Ato Declaratório Executivo

2. Por ter tomado conhecimento da exclusão do Simples, mediante a verificação de sua situação cadastral junto à RFB, a Contribuinte apresentou contestação à exclusão do Simples Nacional (fls. **3-4** e docs. anexados). Em sua fundamentação, basicamente alegou que a atividade que seria impeditiva para o recolhimento de tributos no regime simplificado não constaria no objeto social de seu contrato social e última alteração.

3. Em análise à Contestação, a autoridade fiscal lavrou Despacho Decisório mantendo a exclusão de ofício da Requerente do Simples. Em síntese, os fundamentos foram de que a atividade, ainda que secundária, da Contribuinte se enquadrava no art. 17, incisos VI e XI da LC 123/06. Assim, o exercício de atividade de organização logística do transporte de carga seria um empecilho para ingresso no Simples. A constatação desta atividade no contrato social já seria suficiente para caracterizar a proibição.

4. O Ato Declaratório Executivo (ADE) Nº 5, de 7 de janeiro de 2014, que formalizou a exclusão da Contribuinte do Regime foi publicado no dia 09 de janeiro de 2014 (fls. **44**).

II. Manifestação de Inconformidade e decisão da DRJ

5. Inconformado com o Despacho Decisório, o agora Impugnante apresentou Manifestação de Inconformidade em **13/06/14**. De forma resumida, buscou o Contribuinte o reconhecimento e acolhimento dos seguintes argumentos: **a)** no lugar de ADE, a autoridade fiscal deveria ter lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal, conforme art. 79 da Resolução CGSN nº 94/11; **b)** que a atividade da Contribuinte se constitui exclusivamente do transporte rodoviário de mudanças, abrangida pelo Simples de acordo com o art. 18, § 5º-E da LC 123/06; **c)** nunca executou serviço de organização logística do transporte de carga; **d)** que o Princípio da

irretroatividade proíbe a exclusão a período anterior. Pugna, ao final, pela nulidade do ADE e sua consequente manutenção no Simples.

6. A DRJ julgou pela IMPROCEDÊNCIA da Manifestação de Inconformidade, nos seguintes termos da transcrição da ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 05/07/2012

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. REJEIÇÃO.

O Ato Declaratório Executivo é o instrumento adequado por meio do qual a Administração formaliza, mediante termo, a exclusão das pessoas jurídicas do Simples Nacional após constatada a inobservância dos requisitos legais exigidos para sua permanência no regime. Por esse motivo, rejeita-se qualquer arguição no sentido de descaracterizá-lo como instrumento válido para este fim.

ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE POR NORMA INFRALEGAL. ATIVIDADE VINCULADA DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS. REJEIÇÃO.

Os órgãos administrativos da Administração Pública exercem atividade vinculada, com estrita observância dos atos praticados pelo Poder Executivo e das leis promulgadas pelo Poder Legislativo, falecendo-lhes competência para apreciar arguição de inobservância de princípios constitucionais, atribuição esta privativa do Poder Judiciário.

ATIVIDADE IMPEDITIVA. INCLUSÃO NO OBJETO SOCIAL DESDE O CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO REGIME.

A inclusão no Contrato Social da ME da atividade “Organização Logística do Transporte de Carga”, considerada vedada pela legislação do Simples Nacional, impede a sua permanência no regime simplificado, ainda que tal atividade não tenha sido efetivamente exercida, bastando, no entanto, que esta atividade impeditiva conste do Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

III. Recurso voluntário

7. Da decisão da DRJ, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, no qual argumenta, em síntese que: **a)** houve cerceamento de defesa, uma vez que fundamento para indeferimento da Manifestação de Inconformidade foi o art. 17, XI da LC 123/06, o qual foi revogado antes do julgamento, e todos os documentos juntados não foram analisados; **b)** houve alteração do parâmetro do Simples, o qual deixou de levar em conta a atividade econômica como preponderante e passou a levar em conta o porte e faturamento. Isto fez com que o código de atividade que a impediria de recolher seus tributos pelo Simples fosse excluído das atividades proibidas, por meio da LC 147/14; **c)** Deve ser aplicada a retroatividade mais benéfica, prevista

no art. 106 do CTN; **d)** A efetiva atividade exercida pela Recorrente é a de transporte rodoviário de mudança de cargas, não havendo motivo nem fundamento para excluí-la do Simples. Ao final, requer seja a reforma na decisão da DRJ, com a consequente manutenção da Recorrente no Simples.

8. Não foram apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional.
9. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

IV. Admissibilidade

10. Quanto à tempestividade, com base no art. 33 do Decreto 70.235/72, e na constatação da data de intimação da decisão da DRJ (fls. **208** – em **12/02/15**) bem como do protocolo do Recurso Voluntário (fls. **210** – em **16/03/15**), conclui-se que este é tempestivo.

11. O Recurso reúne ainda os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual o conheço e, no mérito, passo a apreciá-lo.

V. Alteração legislativa e retroatividade benigna

12. A Recorrente alega que a LC 147/14 alterou o parâmetro de ingresso e manutenção de pessoas no Simples, uma vez que priorizou o critério do porte e faturamento, no lugar de atividade econômica, como era antes. Inclusive, tal lei complementar revogou o inciso XI do art. 17 da LC 123/06, o qual previa a atividade que conflitaria com sua permanência no Regime Simplificado. Cita ainda a revogação da Resolução CGSN nº 94/11, que previa o código CNAE 5250-8/04 como impeditivo. Portanto, depois de dezembro de 2014, tal código não seria mais vedado. Requer a aplicação do art. 106, incisos I, e II, alínea “a” do CTN, que fundamenta a retroatividade benigna.

13. É de se ressaltar que a exclusão da Recorrente do Simples não se trata de infração, mas apenas da impossibilidade desta pessoa jurídica, em virtude de sua atividade, de aproveitar o Regime. Assim, inaplicável o inciso II, alínea “a” do Art. 106 CTN. O mesmo se aplica ao inciso I do art. 106. Não se trata lei expressamente interpretativa, mas sim que havia vedações (lei e Resolução CGSN), e elas foram revogadas posteriormente à ocorrência dos fatos que estão sendo julgados.

14. Inclusive deve ser citada a Súmula CARF nº 81, a qual dispõe que “É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.”.

15. Desta forma, não devem ser acolhidos os argumentos da Requerente quanto a este ponto.

VI. Contexto probatório e atividade vedada

16. O fundamento indicado no acórdão da DRJ para a exclusão da Recorrente do Simples foi o fato de constar em seu contrato social o termo “Logística”, que identificaria uma atividade vedada pelo art. 17, inciso XI da LC 123/06. A vedação seria confirmada pela Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11, em cujo Anexo VI estava relacionado o Código CNAE nº5250-8/04, que indica a atividade “Organização Logística do Transporte de Carga”, atividade esta vedada para ingresso no Simples.

17. A Recorrente alega que não foram analisadas as provas apresentadas, bem como sua atividade seria exclusivamente de transporte rodoviário de mudança de cargas, atividade esta inserida naquelas autorizadas para o ingresso no Simples Nacional, na forma do art. 18, § 5º-E da LC 123/06.

18. É de se ressaltar que a análise da DRJ partiu do pressuposto formal da análise. Ou seja, de acordo com o constante no contrato social, e sua comparação com as previsões da LC 123/06 (art. 17, XI) e do Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/11.

19. Partindo desta análise, efetivamente a Recorrente deveria ser excluída do Regime Simplificado. Contudo, entende-se que o pressuposto adequado de análise para a decisão deva ser o material e não o formal. Isto, principalmente por dois motivos. Primeiro o Princípio da Verdade Real e o segundo porque a Súmula CARF nº 134 prevê 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.”.

20. Apesar de referida Súmula mencionar expressamente o Simples Federal e não o “Nacional”, ela define um parâmetro de análise, qual seja o material, para a identificação da atividade, além de estabelecer o ônus da prova. Portanto, deve ser levado em conta qual é a efetiva atividade desenvolvida pela Recorrente.

21. Como a Contribuinte juntou documentação probatória (notas fiscais desde 2010) às fls. 75-194, sendo a maioria delas em sequência e todas comprovando o transporte de cargas, entende-se que a efetiva atividade da Recorrente não se enquadraria naquelas descritas pelo Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/11 e pelo art. 17, XI da LC 123/06, o que, por conseguinte não geraria motivo, dentro do contexto destes autos, para a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

VII. Conclusão

22. Diante do exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, de maneira a manter a Recorrente no regime simplificado – Simples.

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart

Voto Vencedor

Do Mérito

Conforme relatório, o presente processo teve início com a exclusão automática da interessada do regime do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/08/2012, por comunicação, ocorrida em 05/07/2012, de alteração de atividades econômicas (CNAE nº 4929904 e CNAE nº 5250804) consideradas vedadas para sua permanência no regime simplificado, conforme consta no documento “Consulta Histórico da Empresa no Simples Nacional” (fls. 19/20), extraído do Portal do Simples Nacional.

A Recorrente alega em sua defesa que *“conforme se verifica das expressas disposições do 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, verificasse que a sua aplicação, a rigor, demandaria a efetiva configuração da hipótese apresentada, qual seja, o efetivo exercício da atividade tida como vedada”*.

Afirma que “a REAL atividade da contribuinte é exclusivamente: “TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE MUDANÇAS – CNAE 4930-2/04 (CNPJ anexo)”, cuja opção é permitida para o Simples Nacional, na forma do art. 18, § 5º-E, da LC no 123/06.

Argumenta que *“o simples fato de constar em seu objeto social atividade vedada ao Simples Nacional não significa que a mesma exerce tal atividade”*.

O Acórdão impugnado, sustenta que a inclusão no Contrato Social da ME da atividade “Organização Logística do Transporte de Carga”, considerada vedada pela legislação do Simples Nacional, impede a sua permanência no regime simplificado, ainda que tal atividade não tenha sido efetivamente exercida, bastando, no entanto, que esta atividade impeditiva conste do Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011.

O Simples Nacional é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, cujo ingresso é necessário o cumprimento das seguintes condições:

- enquadrar-se na definição de microempresa ou de empresa de pequeno porte;
- cumprir os requisitos previstos na legislação; e
- formalizar a opção pelo Simples Nacional.

O regime do Simples Nacional é administrado por um Comitê Gestor composto por oito integrantes: quatro da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dois dos Estados e do Distrito Federal e dois dos Municípios, no termos do Art. 2º da Lei Complementar 123/2006:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

[...]

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

II - Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com a participação dos órgãos federais competentes e das entidades vinculadas ao setor, para tratar dos demais aspectos, ressalvado o disposto no inciso III do caput deste artigo;

III - Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, vinculado à Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, composto por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e demais órgãos de apoio e de registro empresarial, na forma definida pelo Poder Executivo, para tratar do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas. (Redação pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), no uso de suas competências que lhe conferem a Lei Complementar nº 123/2006, editou a Resolução CGSN nº 94, que dispõe sobre Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Ressalta-se que para o ingresso no Simples Nacional é necessário cumprir os requisitos previstos na legislação, que incluem a Lei Complementar nº 123/2006 e as resoluções do CGSN.

A vedação ao recolhimento dos impostos e contribuições na forma do Simples Nacional para microempresa ou empresa de pequeno porte que tenha finalidade a prestação de **serviços de natureza técnica** é prevista no Art. 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123/2006, a seguir transcrito:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante, ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

Essa vedação é reproduzida no Art. 15, inciso XXI, da Resolução CGSN nº 94/2011, dispõe:

Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)

XXI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XI)

O CGSN pronunciou-se no sentido que tratando-se de atividade impeditiva constante no contrato social, sua permanência no Simples Nacional é vedada, conforme Perguntas e Respostas do referido regime, in verbis:

Perguntas e Respostas

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 VI da Resolução CGSN nº 94, de 2011 seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que não exerça tal atividade.

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo VII da Resolução CGSN nº 94, de 2011, seu ingresso no Simples Nacional será permitido, desde que declare, no momento da opção, que exerce apenas atividades permitidas.

De outra parte, também estará impedida de optar pelo Simples Nacional a pessoa jurídica que obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante ainda que não prevista no contrato social.

Verifica-se que, conforme Informação Fiscal (fls. 23 a 28), constatou-se atividade impeditiva na primeira alteração contratual, registrada na Junta Comercial em 04/11/2011, conforme reproduzida a seguir:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DA ALTERAÇÃO DO OBJETO SOCIAL: A sociedade que tem por objeto social a exploração do ramo de: Execução de Obras Cíveis: Edificações residenciais e comerciais, edificações industriais, reformas prediais e pequenas obras, demolições, muros de arrimo, manutenção do sistema viário, pavimentação poliédrica, adequação e revestimentos de estradas, pontes, viadutos, pavimentação asfáltica, sarjetas, instalações prediais elétricas, instalações prediais hidro-sanitárias, instalações prediais telefônicas, instalações prediais de gás, Redes de Esgoto, Sanitário e de Distribuição de Água potável impermeabilizações, reflorestamento, terraplenagem, saneamento, sistemas de drenagem pluvial e industrial, jardins e áreas gramadas, pintura, colocação de estruturas pré-moldadas de cimento armado e Artefatos de Cimento. Serviços gerais: limpeza de área industrial, limpeza de faixas de servidão, preservação de jardins e áreas gramadas, operação de criadouro de animais silvestres, colocação e manutenção de pisos de alta resistência, poda de árvores em linhas de distribuição desenergizadas, coleta e transporte de resíduos. Locação: máquinas de escavação e terraplanagem, mão de obra terceirizada, não qualificada, mão de obra temporária especializada. Manutenção industrial: serralheria. Serviço técnico especializado: consultoria e assessoria em área de engenharia, topografia de faixas, topografia de áreas, sismologia, Serviços de Perfuração e Desmonte de Rochas. Estudos e projetos: instalações prediais elétricas, instalações prediais hidro-sanitárias, instalações prediais telefônicas, instalações prediais de gás, **passa a partir desta data a ter o seguinte objeto:** Construção, reforma e demolição de edifícios: edifícios residenciais, edifícios comerciais, edifícios recreativos e edifícios industriais; montagem de edifícios, casas e barracões pré-moldados ou pré-fabricados de qualquer material; Execução de muros de arrimo e paredes estruturais; Serviços de revestimento e pintura de edifícios. Obras de acabamento da construção. Impermeabilização em obras de engenharia civil. Obras de urbanização - ruas, praças e calçadas: trabalhos de superfície e pavimentação e sinalização em vias rurais e urbanas, ruas,

Observa-se que a exclusão do Recorrente do regime do Simples Nacional deu-se com base na Lei Complementar nº 123/2006, na Resolução CGSN nº 94/2011 e no entendimento originário do próprio Comitê Gestor do Simples Nacional.

Quanto à documentação probatória apresentada (notas fiscais de serviço), entende-se que não foi demonstrado pela recorrente que a totalidade das receitas auferidas tem origem na atividade de transporte rodoviário de mudanças e cargas.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.
(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias