



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10640.723404/2013-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-002.116 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 06 de outubro de 2020
Recorrente HPMAS INFORMÁTICA LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. NÃO COMPROVADO O EXERCÍCIO.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Andréa Machado Millan - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson, Andréa Machado Millan, José Roberto Adelino da Silva e André Severo Chaves.

Relatório

O presente processo trata de exclusão do Simples Nacional. Transcrevo, abaixo, o relatório da decisão de primeira instância, que detalha o litígio:

DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO

Tratam os autos do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO SACAT/DRF/JFA Nº 025, de 30 de setembro de 2013 (fl. 20), tendo como origem o procedimento de Revisão de Débitos Confessados em GFIP – DCG nº 36.416.990-7 e 36.512.191-6, da interessada, em epígrafe, vindo gerar a REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL de fls. 02/03, pelo fato de constar na cláusula 2ª do seu Contrato Social, registrado na Junta Comercial do Estado dentre

outras a atividade econômica de CONSULTORIAS EM SOFTWARE, que é vedada ao sistema de tributação, em apreço, para cientificá-la, do que se segue, como abaixo se demonstra, que:

“Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de exercer atividade vedada à opção, conforme disposto no inciso XXIII do artigo 15 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011:

Nome Empresarial: HP Mais Informática Ltda - ME
CNPJ: 07.614.683/0001-16

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 01/07/2007, conforme disposto no inciso III, do art. 76, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29 de novembro de 2011.”

DO RECURSO

A interessada, tendo conhecido do ADE/SACAT/DRF/JFA Nº 025, de 30 de setembro de 2013 (fl. 20), supradito, em 11 OUT 2013 (cfr. cópia do AR de fl. 25), e irrisignada com o feito fiscal, protocolizou na ARF de MURIAÉ (MG), em 08/11/2013, a sua manifestação de inconformidade de fl. 27, que se fez acompanhar da documentação de fls. 29/31, onde expõe:

- “A empresa em 01 de julho de 2007 **requereu, e a Delegacia da Receita Federal deferiu a sua inclusão no Simples Nacional** – (doc. Anexo), vale ressaltar que à época todos Contratos Sociais das empresas ficavam arquivados na própria Receita, e mesmo assim houve a inclusão; (destaque da interessada)
- A atividade principal da empresa é o desenvolvimento de programas de computador, e **sob encomenda**; (destaque da interessada)
- No seu CNAE – nunca constou como sendo empresa de “Consultoria” – doc. Anexo “**não podendo, assim, haver sua exclusão de ofício**”; (destaque da interessada)
- Durante sua existência **nunca realizou atividades de consultoria**; (destaque da interessada)
- Portanto, não conformada com a decisão prolatada neste processo, pela DRF, por ser ilegal, requer e espera seja ela cassada também de ofício.

É O RELATÓRIO.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I – RJ, no Acórdão às fls. 41 a 46 do presente processo (Acórdão nº 12-64.384, de 27/03/2014 – relatório acima), julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente. Abaixo, sua ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

EXCLUSÃO. CONSULTORIA. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

Mantém-se a exclusão do Simples Nacional, quando demonstrado que a empresa pratica atividade que veda o seu ingresso e/ou permanência sob esta modalidade de tributação.

No voto, a decisão ponderou que no contrato social da interessada sempre constou a atividade *outras consultorias de software* (cláusula segunda, que define o objetivo da empresa – fl. 04). Que seu CNAE, que não é de empresa de consultoria, tem efeito apenas declaratório, de importância muito menor que o contrato social.

Argumentou que a alteração contratual registrada em 26/09/2013, quando a interessada já se encontrava fora do Simples Nacional por iniciativa própria, era uma tentativa de se esquivar da exclusão retroativa.

Considerando que, quando ainda estava sob o regime do Simples Nacional (01/07/2007 a 31/12/2012), no contrato social da interessada constava a atividade econômica de consultoria em softwares, vedada pelo art. 17, inciso XIII, da Lei Complementar n.º 123/2006, manteve a exclusão retroativa.

Cientificado da decisão de primeira instância em 06/08/2014 (Aviso de Recebimento à fl. 56), o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário em 12/08/2014 (recurso às fls. 58 a 61, carimbo apostado à primeira folha).

Nele argumenta que, mesmo constando em seu contrato social a atividade vedada, nunca a exerceu, exercendo apenas a atividade de desenvolvimento de programas de computador.

Alega que na exclusão não foram observadas as exceções legais do § 2º do art. 15 da Resolução CGSN n.º 94/2011, § 1º do art. 17 e § 5º- D e incisos IV a VI do art. 18 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Ressalta que não alterou o contrato social com o intuito de se esquivar da exclusão retroativa, mas sim de atualizar os objetivos da empresa, bem como incluir novas atividades. Anexa o contrato social (fls. 62 a 64) e alterações (fls. 65 a 73).

É o Relatório.

Voto

Conselheira Andréa Machado Millan, Relatora.

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/1972 e Decreto n.º 7.574/2011, que regulam o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

O ADE, à fl. 20, efetuou a exclusão com base no art. 15, inciso XXIII, da Resolução n.º 94/2011:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de exercer atividade vedada à opção, conforme disposto no inciso XXIII do artigo 15 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011:

O contribuinte alega que nunca exerceu a atividade de consultoria de software. E que, além disso, não é atividade vedada, conforme o mesmo art. 15, § 2º, da Resolução CGSN n.º 94/2011 (inciso e parágrafo revogados pela Resolução CGSN n.º 117, de 02 de dezembro de 2014):

Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, caput)

(...)

XXIII - que realize atividade de consultoria; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, inciso XIII) (Revogado(a) pelo(a) Resolução CGSN n.º 117, de 02 de dezembro de 2014)

(...)

§ 2º As vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, § 1º) (Revogado(a) pelo(a) Resolução CGSN n.º 117, de 02 de dezembro de 2014)

(...)

XV - elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento da optante; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, § 1º; art. 18, § 5º-D, inciso IV)

XVI - licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, § 1º; art. 18, § 5º-D, inciso V)

XVII - planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento da optante; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 17, § 1º; art. 18, § 5º-D, inciso VI)

Partindo-se do pressuposto que a empresa exercia a atividade vedada de consultoria de software, não a socorreria a exceção acima. Porque o § 2º determinava, com clareza, que as vedações do caput do art. 15 não se aplicavam apenas se a empresa se dedicasse exclusivamente às atividades que descrevia (incisos acima), ou a exercesse em conjunto com outras atividades não vedadas. E o ADE supôs que a empresa exercia tais atividades em conjunto com a atividade de consultoria, que era vedada. Nesse contexto, portanto, caberia, de fato, a exclusão.

No entanto, a empresa alega, desde a Manifestação de Inconformidade à fl. 27, que nunca exerceu a atividade de consultoria. Realmente, a exclusão foi efetuada com base no contrato social, no qual constava a atividade como secundária.

O CARF consolidou o posicionamento, em relação ao Simples Federal, de que a simples existência de atividade vedada no contrato social não deve resultar na exclusão do contribuinte do regime, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade, conforme Súmula n.º 134:

Súmula CARF 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.

Transcrevo, abaixo, trecho do voto de um dos acórdãos precedentes da súmula – Acórdão n.º 9101-003.387, de 05/02/2018:

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 artigo 9º da Lei n.º 9.317/1996, os quais deslocam o ônus da prova para a Fiscalização. Ou seja, só a efetiva prestação de serviços vedados dá causa à exclusão do Simples com base no inciso XIII do artigo 9º da Lei n.º 9.317/1996. Nesses termos, deve-se reconhecer que a Administração Tributária fracassou na produção da prova da efetiva prestação de serviço interdito ao Simples, pois restringiu-se à mera previsão no objeto social, que apenas demarca as atividades que os sócios da pessoa jurídica se propõem a empreender, o que não significa que se obrigam a exercê-las ou que tenham sido exercidas. Portanto, em face do exposto, conheço do Recurso Especial fazendário para, no mérito, negar-lhe provimento.

No caso concreto, a norma que determinou a exclusão (art. 15 da Resolução CGSN n.º 94/2011), da mesma forma, trata da efetiva realização da atividade de consultoria (*XXIII - que realize atividade de consultoria*). Significa que, do mesmo modo, seria da Receita Federal o ônus de provar que a atividade foi realizada. No entanto, não há no processo qualquer esforço nessa direção. Tratou-se sempre do fato da atividade constar como secundária no contrato social. E a interessada, por sua vez, alega desde o início que nunca a exerceu.

Assim, embora a referida súmula não se destine ao Simples Nacional, entendo que se aplica o mesmo raciocínio. O exercício da atividade teria que ser provado pela Receita Federal, já que a hipótese legal é a realização da atividade.

Conclui-se indevida a exclusão efetuada com base no art. 15, inciso XXIII, da Resolução CGSN n.º 94/2011.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Machado Millan