



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

Processo nº 10805.720766/2014-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1001-000.364 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 06 de fevereiro de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente JN TRANSPORTES DE CARGAS LTDA - ME (antiga JN TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA - ME)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA INCLUÍDA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA. CABIMENTO

A inclusão de atividade vedada pela legislação do Simples Nacional, impede a sua permanência no regime simplificado, ainda que se trate de atividade secundária ou não a tenha exercida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por unanimidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Votou pelas conclusões o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que também manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de solicitação de reinclusão no Simples Nacional, interposto pela recorrente em face de decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ), mediante o Acórdão nº 12-70.695, de 27/11/2014 (e-fls. 61/68), objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

I) Da exclusão do Simples Nacional

O presente processo versa sobre exclusão automática da interessada do regime do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/01/2013, por comunicação, em 05/12/2012, de alteração de atividades econômicas (CNAE nº 5250803 - Agenciamento de Cargas, exceto para o Transporte Marítimo; CNAE nº 5250804 - Organização Logística de Transporte de Carga), consideradas vedadas para sua permanência no regime simplificado, conforme consta do “Histórico dos Eventos pelo Simples Nacional” (fls. 24), extraído do Portal do Simples Nacional.

II) Da contestação à exclusão

2. Inconformada, apresentou a interessada, em 11/03/2014, a contestação de fls. 02/03, instruída com os documentos de fls. 04/22, por meio da qual requereu o seu reenquadramento no SIMPLES NACIONAL, a partir de 31/12/2012, pelos seguintes motivos:

2.1. a sua exclusão deveu-se a ato arbitrário, alheio à sua vontade, pois não incorreu em nenhuma vedação expressa no art. 3º e art. 17, §§ I a XIV, da Lei Complementar nº 123/2006, art. 15, incisos I a XV, da Resolução CGSN nº 94/2011, e Lei nº 5.172/1972;

2.2. efetuou mudança de natureza jurídica em 05/12/2012, passando de empresário para sociedade empresária limitada, tendo o CNAE nº 4930-2/02 como atividade principal, conforme documentos anexos, não infringindo, pois, o disposto na Lei Complementar nº 127/2007, art. 18, § 5º, incisos II e VI;

2.3. sua situação está regular perante todas as autarquias e não possui débitos que o impeçam de optar pelo Simples Nacional.

III) Do Despacho Decisório

3. Apreciando a reclamação apresentada, a DRF/SANTO ANDRÉ-SP proferiu o Despacho Decisório nº 118, de 02/05/2014 (fls. 27/28), por meio do qual manteve a exclusão da interessada do Simples Nacional, a partir de 01/01/2013, pelos seguintes motivos:

3.1. a empresa foi excluída do Simples Nacional a partir de 01/01/2013 após informar à Receita Federal a alteração contratual registrada na JUCESP em 05/12/2012, que contém, em sua redação, a inclusão das atividades 05250-8/03 – Agenciamento de Cargas, exceto para o Transporte Marítimo, e 05250-8/04 – Organização Logística de Transporte de Carga, ambas impeditivas ao Simples Nacional;

3.2. após a análise dos fatos e dos dados dos sistemas da Receita Federal, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Portal do Simples Nacional, constatou-se, conforme consulta ao cadastro CNPJ efetuada em 29/04/2014, que as duas atividades vedadas ao Simples Nacional mencionadas ainda são desenvolvidas pela empresa (fls. 25/26).

IV) Da manifestação de inconformidade

4. Irresignada com os termos do Despacho Decisório, do qual tomou ciência em 12/05/2014 (AR, fls. 30), interpôs a interessada, em 04/06/2014, a manifestação de inconformidade de fls. 33/37, instruída com os documentos de fls. 38/54, para requerer a sua reintegração ao regime, a partir de 01/01/2013, alegando, em síntese, que:

4.1. inscrita no CNPJ desde 19/10/2010, passou a constituir o tipo jurídico Sociedade Limitada em 04/10/2012, com a atividade principal de Transporte Rodoviário de Carga;

4.2. na consolidação do Contrato Social em 20/06/2013 manteve a atividade econômica principal;

4.3. a Instrução Normativa nº 811 e a Resolução CGSN nº 94/2011, que fundamentam sua exclusão do regime, determinam a suspensão dos efeitos com a discussão da matéria;

4.4. embora as atividades econômicas secundárias – CNAE nº 52.50- 8-03 e nº 52.50-8-04 – se enquadrem nas atividades vedadas do art. 3º e do art. 17, §§ I a XIV, da Lei Complementar nº 123/2006, e art. 15, incisos I a XIV, da Resolução CGSN nº 94/2011, **a atividade principal e única desenvolvida pela recorrente**, código CNAE nº 49.30-2-02, efetivamente não é vedada ao Simples Nacional;

4.5. o simples fato de constar no cadastro o código de atividades vedadas ao Simples Nacional não pode equivaler ao exercício da atividade, pois, se fosse assim, por analogia, o simples fato de possibilitar a prestação do serviço seria considerado fato gerador, gerando, consequentemente, imposto devido;

4.6. nunca exerceu as atividades secundárias acima mencionadas, não obstante constar equivocadamente do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, devendo ser ressaltado, que providências já foram tomadas através de requerimento de adequação do objeto social e exclusão das atividades secundárias do referido cadastro;

4.7. deveria o Fisco aguardar o encerramento da discussão para, somente após aplicar o Ato Declaratório com base na suposta infringência ocorrida, uma vez que a decisão do Sr. Delegado não é absoluta, visto que lhe foi oferecido o prazo de 30 dias para apresentar defesa;

4.8. oferecido esse prazo, o efeito da exclusão é suspenso, não sendo observado o estatuído no inciso IX do art. 170 e art. 179, ambos da Constituição Federal;

4.9. mesmo apresentando sua impugnação, não logrou conseguir suspender os efeitos do ato do Sr. Delegado da Receita Federal de Santo André, contrariando dispositivos legais a que está vinculado e violando normas constitucionais;

4.10. em suma: a) antes de ser suspensa, a empresa não foi notificada para comprovação da atividade efetivamente exercida; b) a suspensão de ofício equivale ao cerceamento do direito de defesa; e c) a única atividade

realmente exercida é aquela descrita no CNAE 49.30-2-02, que não é vedada ao Simples Nacional, conforme DACTE, DANFE e DAMDF anexos (fls. 52/54);

4.11. protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada de novos documentos.

A DRJ indeferiu o pedido de reinclusão da interessada no Simples Nacional, a partir de 01/01/2013 e proferiu acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 05/12/2012

ALTERAÇÃO DO CNPJ. INCLUSÃO DE ATIVIDADE VEDADA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA POR COMUNICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. EQUIPARAÇÃO.

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Ciente pessoalmente da decisão de primeira instância em 23/06/2015, conforme documento à e-fl. 73, a interessada apresentou recurso voluntário em 26/06/2015 (e-fls. 77/109), conforme Termo de Solicitação de Juntada à e-fl. 76.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

No recurso interposto, a recorrente inicialmente alega que adequou o seu objeto social com a exclusão das atividades vedadas e alterou sua razão social com a exclusão da nomenclatura "*logística*".

Reitera as alegações trazidas em sede de primeira instância, ou seja, que "*o simples fato de constar no cadastro o código de atividades vedadas ao Simples Nacional não pode equivaler ao exercício da atividade*", e que nunca exerceu as atividades secundárias, que constavam, equivocadamente, no CNPJ.

Alega, ainda, que as regras do Simples foram alteradas em 2014 pela Lei Complementar 147, onde *"o critério para adesão deixa de ser a atividade exercida e passa a ser o faturamento da empresa"*.

A recorrente cita decisões do CARF com julgados favoráveis à sua tese, de que a fiscalização deve comprovar que a atividade proibida foi efetivamente exercida e dela obteve faturamento, *"não bastando a mera descrição no contrato"* e que apresentou as notas fiscais para comprovar que não exerceu a atividade.

Por fim, alega que a exclusão de ofício, sem efeito suspensivo, contrariou dispositivos constitucionais e causou o cerceamento do direito de defesa.

Da preliminar de cerceamento do direito de defesa

Quanto a alegação de que a exclusão de ofício, sem efeito suspensivo, contrariou dispositivos constitucionais e causou o cerceamento do direito de defesa, o art. 30, da Lei Complementar nº 123, de 2006, estabelece a forma de exclusão do Simples Nacional, não havendo previsão legal para o envio de notificação aos contribuintes para lhes dar ciência sobre uma exclusão causada por inclusão de atividade vedada em seu objeto social.

Conforme se visualiza nas peças do presente processo, não há dúvida de que foi concedido à recorrente o amplo direito de se defender em relação à sua exclusão do regime, com a apresentação da manifestação de inconformidade e, posteriormente, mediante o presente recurso voluntário.

Outrossim, a apresentação da manifestação de inconformidade suspendeu os efeitos da exclusão do Simples Nacional até o julgamento definitivo da matéria na instância administrativa.

Rejeito, portanto, a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Do mérito da exclusão do Simples Nacional

O centro da discussão diz respeito ao que deve preponderar, se a informação prestada pelo contribuinte, quando de sua alteração cadastral, ou a realidade por ele alegada, no sentido de nunca haver exercido a atividade, equivocadamente informada por ocasião da referida modificação que efetivou em seu cadastro.

A legislação invocada pela autoridade fiscal mostra-se plenamente compatível com a medida adotada pelo contribuinte, senão vejamos: (grifos não constam do original)

LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário. [...]

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; [...]*

§ 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; [...]

RESOLUÇÃO COMITÊ GESTOR DO SIMPLES NACIONAL Nº 94, DE 2011

Art. 8º Serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se a ME ou EPP atende aos requisitos pertinentes. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º O Anexo VI relaciona os códigos da CNAE impeditivos ao Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

À luz das normas apresentadas, 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, na hipótese de inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional, sendo utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se a ME ou EPP atende aos requisitos pertinentes, sendo de se ressaltar, ainda, que o Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 2006, relaciona os códigos da CNAE impeditivos na sistemática do Simples Nacional.

Outrossim, está bem claro no Perguntas e Respostas do Simples Nacional, coletânea de diversas orientações do Comitê Gestor do Simples Nacional, que se houver no contrato social da empresa alguma atividade impeditiva, constante do Anexo VI da Resolução nº 94, de 2011, mesmo que não a exerça, estará impedida de optar por esse sistema diferenciado de tributação: (grifos não constam do original)

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 (ver Pergunta 2.2).

independentemente da relevância da atividade impeditiva e de eventual omissão do contrato social.

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 (ver Pergunta 2.2).

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 nº 123, de 2006, prevê que o exercício de algumas atividades impede a opção pelo Simples Nacional. Elas correspondem a códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) estabelecidas por uma Comissão do IBGE. Os códigos CNAE impeditivos ao Simples Nacional estão listados no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 2011, e os códigos CNAE que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas (CNAE ambíguas) constam do Anexo VII da mesma Resolução - ver Pergunta 2.5. 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 despeito da alegação de erro de fato, dado que nunca exerceu a atividade, a recorrente não logrou êxito em comprovar tal equívoco.

Quanto ao ônus da prova, vejamos a legislação pertinente:

DECRETO Nº 70.235, DE 1972 - PAF

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

[...]LEI Nº 9.784, DE 1998 Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

LEI Nº 5.869, DE 1973 - CPF Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Portanto, correta foi a exclusão do Simples Nacional.

Quanto à alegação de que as regras do Simples foram alteradas pela Lei Complementar 147 de 2014, a recorrente não indica objetivamente o dispositivo da lei. Não obstante a vaga citação, cabe comentar que foi aplicado ao caso a lei vigente à época dos fatos (artigo 144 do CTN).

Quanto à jurisprudência citada, não cabe ao agente do Fisco nem a este Carf deixar de aplicar a legislação tributária com base em decisões judiciais ou de seus próprios colegiados em que o sujeito passivo não foi parte do processo ou decisões sem efeito *erga omnes*. Esta última assertiva está reforçada no próprio Regimento Interno deste tribunal, em especial em seus artigos 62, 72 e 74.

O mesmo ocorre em relação à doutrina citada, a autoridade administrativa é vinculada à legalidade estrita, seja nos termos da Lei 8.112 de 1990, em seu artigo 116, III, seja pelo artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

Por todo o exposto, voto por REJEITAR A PRELIMINAR de cerceamento do direito de defesa e no mérito NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo-se integralmente a decisão de primeira instância.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni

Declaração de Voto

Lizandro Rodrigues de Sousa - Redator de declaração de voto

Acompanho o relator pelas conclusões. Infiro que os efeitos do recurso devem ser analisados diversamente. Para os casos de exclusão espontânea, e já que não se trata de exclusão de ofício, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir da situação impeditiva (na forma do art. 30, II c/c art. 31, II da LC 123/2006) sem já considerar que poderia haver recurso, com um consequente efeito suspensivo.

Isto porque o § 3º, II do art. 30 citado prescreve que 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 na hipótese (entre outras) de inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional. Entendo que os dois atos, "alteração" e "comunicação", são atos do contribuinte, e não atos de ofício. Desta forma, o art. 39 da mesma LC 123/06 não permitiria suspensão dos efeitos da exclusão, já que a exclusão por ato da pessoa jurídica não estaria abarcada em seu caput. Observo que quando não se trata de ato com previsão de "equivalência" (§ 3º, II do art. 30), como por exemplo a exclusão por ultrapassagem, no ano-calendário, do limite de receita bruta (art. 30, III e IV), há a previsão do processo administrativo fiscal, com seus efeitos suspensivos (art. 39 da mesma LC 123/06).

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa