



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

Processo nº 10820.001481/2004-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1102-00.767 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 4 de julho de 2012
Matéria Simples - exclusão - atividade vedada
Recorrente DOIS EMES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Exercício: 2007

Ementa: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. CONTRATO SOCIAL. O fato de constar no contrato social da empresa atividade vedada ao Simples autoriza a exclusão do contribuinte do Simples quando este não faz prova nos autos do exercício de atividades permitidas.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - Presidente.

(assinado digitalmente)

ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - Relator.

EDITADO EM:

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, José Sérgio Gomes, João Otávio Opperman Thomé, Antonio Carlos Guidoni Filho, Silvana Rescigno Guerra Barreto e João Carlos de Figueiredo Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia Regional de Julgamento de Ribeirão Preto - SP assim ementado, *verbis*:

“IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO POR - SIMPLES

Ano-calendário: 2006

ATO DECLARATORIO. NULIDADE.

Constatado que o envio das intimações fiscais foram endereçadas corretamente para o domicílio fiscal do contribuinte improcede a arguição de nulidade.

ATIVIDADE IMPEDITIVA. EXCLUSÃO.

É dever da sociedade empresária promover, independentemente de provocação do Fisco federal, estadual ou municipal, as alterações em seu Contrato Social, se nele consta alguma expressão inútil ou inadequada às atividades na prática exercidas.

Solicitação Indeferida.”

O caso foi assim relatado pela instância *a quo*, *verbis*:

Trata o presente de manifestação de inconformidade com o Ato Declaratório Executivo DRE/ARA nº 20, de 31/05/2006 que excluiu a empresa do Simples com efeitos retroativos a 01/01/2005, em face da atividade exercida pela pessoa jurídica — representação comercial.

Em seu arrazoado, o contribuinte, preliminarmente, clama pela nulidade do ato declaratório pelo fato de as intimações datadas de 28/04/2006 e 15/05/2006, terem sido enviadas para endereço diverso daquele eleito como seu domicílio fiscal, e recebidas por pessoa estranha ao seu quadro funcional. Afirma que o seu domicílio tributário é na Rua Demosthenes Guanais Pereira, nº 294, Centro, Birigui-SP, CEP 16202-445, conforme consta nos dados cadastrais da declaração de imposto de renda e CNPJ, e que as referidas intimações foram enviadas para o endereço situado à Avenida São Francisco, nº 722, Bairro Jardim Pérola em Birigui-SP.

Reproduz o art. 23 do decreto nº 70.235, de 1972, e algumas ementas do Conselho de Contribuintes, e cita também, o § 5º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999, para reforçar seus argumentos.

No mérito, alega, que embora conste em seu objeto social o ramo de representação, ela não o desenvolve, tendo como atividade preponderante a fabricação de calçados de couro, conforme CNAE descrito em seu CNPJ. Acrescenta que desde a abertura da empresa está com suas atividades suspensas, não exercendo, portanto, qualquer atividade que a impeça de optar pelo Simples. Salienta que, ao (re) iniciar sua efetiva atividade desenvolverá apenas a atividade de industrialização e comercialização de calçados e que diversamente do que consta no seu contrato social, que será devidamente alterado, não prestará serviços de representação comercial.

É a síntese do essencial.”

Em síntese, o acórdão recorrido rejeitou preliminar de nulidade do ato de exclusão da Contribuinte do Simples por alegada deficiência de intimação dos atos instrutórios do processo administrativo e, no mérito, rejeitou a alegação de que a Contribuinte não exerceria atividades proibitivas da opção pelo Simples por ausência de comprovação respectiva. Segundo o acórdão, “o registro e a publicidade do Contrato Social, e, por conseguinte, do objeto social nele inserido, fazem prova contra a pessoa jurídica, a quem, portanto, incumbe o ônus de, por todos os meios permitidos em direito, demonstrar ser outra a verdade dos fatos. Não se trata de exigência de prova negativa, mas, se o objeto social da pessoa jurídica configura aspecto de tal relevância na constituição da sociedade que, dele, se pode determinar não só a capacidade desta última, como também a nulidade dos atos que lhe extravasarem os limites, é lícito concluir que, coexistindo, no Contrato Social, a previsão de serviços permitidos e de serviços não permitidos ao Simples, ambos estão sendo prestados pela pessoa jurídica, salvo prova robusta e inequívoca do contrário, que, não consta dos autos.”

Em sede de recurso voluntário, a Contribuinte reproduz suas razões de impugnação, notadamente que: (i) as intimações preliminares que resultaram no Ato Declaratório Executivo DRF/ARA n. 20 são nulas de pleno direito, porquanto foram dirigidas para local diverso de seu domicílio tributário; (ii) embora tenha em seu objeto social o ramo de Representação, a Contribuinte não o desenvolve, tendo como atividade preponderante a fabricação de calçados de couro, conforme código CNAE descrito em seu CNPJ; e (iii) desde a abertura da empresa está com suas atividades suspensas, prova disso se faz com a juntada da PJSI/2006 e dos talões de notas fiscais sem utilização, que comprovam a inexistência de faturamento, não exercendo portanto, qualquer atividade que a impeça de optar pelo Simples.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO

O recurso voluntário é tempestivo e interposto por parte legítima, pelo que dele tomo conhecimento.

A preliminar de nulidade suscitada pela Contribuinte merece ser rejeitada. A uma, pelo fato de que as intimações foram realizadas no domicílio fiscal eleito pela

Contribuinte de acordo com as regras vigentes para tal finalidade. A duas, pois a Contribuinte teve inúmeras oportunidades de produzir provas a respeito da regularidade de sua opção pelo Simples ao longo desse procedimento, pelo que não é possível a ela alegar eventual (e inexistente) cerceamento de direito de defesa no caso.

No mérito, tenho assente que eventual (e mera) previsão de atividade vedada à opção pelo SIMPLES nos atos constitutivos do contribuinte tem o condão de inverter o ônus da prova quanto ao exercício (ou não) da atividade vedada pelo contribuinte perante a Fiscalização; mas não impedir instantaneamente a adesão da pessoa jurídica ao sistema simplificado de tributação.

Conforme já me manifestei em outras oportunidades sobre o tema, entendo que, via de regra, incumbe à Fazenda Nacional demonstrar que o Contribuinte exerce atividade vedada pela lei para justificar ato de exclusão (ou indeferimento de opção) pelo SIMPLES. Cabe à Fazenda Nacional demonstrar a legitimidade de eventual ato declaratório de exclusão ou o indeferimento da opção da pessoa jurídica pelo Simples. Contudo, quando o contribuinte insere voluntariamente entre seus objetivos sociais atividades que sabidamente são proibitivas da opção pelo regime de tributação simplificado e, mesmo assim, simultaneamente, mantém-se vinculado ao SIMPLES, incumbe a ele (contribuinte) demonstrar à Fiscalização a origem de suas receitas de sorte a comprovar que elas não decorreram de atividades impeditivas de opção ao citado regime de tributação.

Em outros termos, a inserção pelo contribuinte de atividade vedada entre seus objetivos sociais implica **presunção relativa** de que a pessoa jurídica não poderia optar validamente pelo SIMPLES. Tal se dá, a meu ver, pelo fato de a lei vigente à época não impedir a opção pelo Simples de empresas que arrolem determinadas atividades em seu objeto social, mas sim e tão-somente daquelas que efetivamente “realizem operações” (Lei n. 9.317/96, art. 9º, XII) ou “prestem serviços profissionais de” (Lei n. 9.317/96, art. 9º, XIII).

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte Administrativa, *verbis*:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES Ano-calendário: 2000 EMENTA EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA, INOCORRÊNCIA.

Provado que a pessoa jurídica, desde a data de sua opção pelo SIMPLES, efetivamente exerceu apenas a atividade de hotelaria, incorreta é a sua exclusão desse regime de pagamento de tributos e contribuições, ainda que em seu contrato social constem, também, as atividades de construção civil e terraplenagem.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa e não conhecer da preliminar de nulidade por ausência do ADE nos autos. No mérito, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. (CARF 1a. Seção / 1a. Turma da 2a. Câmara / ACÓRDÃO 1201-00.239 em 07/04/2010)

No mesmo sentido:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. CONTRATO SOCIAL. O fato de constar no contrato social da empresa

atividade vedada ao Simples, por si Só, não autoriza sua exclusão, mormente quando há prova nos autos do exercício de atividades permitidas. (Processo nº 11080.100988/200,3-31 - Acórdão nº 1402-00.146 - 4a Câmara / 2ª Turma Ordinária - Sessão de 06 de abril de 2010)

No caso, em que pesem as inúmeras oportunidades que lhe foram conferidas, a Contribuinte não fez prova de que exerce exclusivamente atividades relativas à comercialização e industrialização de calçados, tal como alegado em sede recursal. Os documentos acostados aos autos (contrato social, cartão de CNPJ e DIPJ de apenas um ano-calendário) não são suficientes para atestar que a Contribuinte não exerce atividade de representação vedada pelo Simples. Como bem ressaltado pelo acórdão recorrido, a Contribuinte teve possibilidades de prestar esclarecimentos detalhados acerca da atividade econômica exercida pela empresa, assim como apresentar os talonários de notas fiscais respectivos, o que não foi feito nos autos.

Por tais fundamentos, oriento meu voto no sentido de conhecer do recurso voluntário interposto pela Contribuinte para, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - Relator