



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10830.722138/2019-62
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-006.360 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 13 de dezembro de 2022
Recorrente EXALT - ADMINISTRADORA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

OPÇÃO. INDEFERIMENTO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL DE OUTRA PESSOA JURÍDICA. REGULARIZAÇÃO NO PRAZO LEGAL.

A comprovação da regularização tempestiva das pendências cadastrais identificadas na solicitação, com retirada do quadro societário da única pessoa jurídica da qual participava, enseja o deferimento da opção pelo Simples Nacional, seguindo-se a inteligência da Súmula CARF nº 134.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário para julgar improcedente o Termo de Indeferimento de Opção e determinar a inclusão da Contribuinte no SIMPLES NACIONAL com efeitos retroativos a 01/01/2019. Vencidos os conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves, que negavam provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cláudio de Andrade Camerano e André Severo Chaves.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, Daniel Ribeiro Silva, Andre Luis Ulrich Pinto, Andre Severo Chaves e Lucas Issa Halah.

Relatório

Adoto o relatório do Acórdão Recorrido para refletir a demanda no seu estado até a data de sua prolação

“Do indeferimento da opção

A empresa acima identificada fez a solicitação de opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em 31/01/2019.

O pedido foi indeferido em razão da identificação de situações que impedem a opção pelo Simples Nacional, quais sejam:

- a) atividade econômica vedada – CNAE 6463-8/00 (outras sociedades de participação, exceto holdings); e
- b) pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica (CNPJ 06.967.323/0001-35).

A fundamentação legal para as duas situações acima descritas é a mesma: artigo 3º, §4º, inciso VII da Lei Complementar nº 123/2006.

Da manifestação de inconformidade

Cientificado do indeferimento em 12/02/2019 (fl. 67), o interessado apresentou manifestação de inconformidade (fls. 2/7) em 13/03/2019. A tempestividade está atestada à fl. 84 dos autos.

Inicialmente, aponta a tempestividade da impugnação.

Afirma que a empresa foi excluída do Simples Nacional por supostamente exercer atividade econômica vedada, bem como pelo fato de participar do capital social de outra pessoa jurídica. Alega que não participa mais do capital social de outra empresa, conforme faz prova o contrato anexado aos autos. Além disso, o simples fato de constar a CNAE vedado não pode ser motivo impeditivo, uma vez que apesar de constar tal atividade, a mesma não é exercida pela empresa.

Entende que a vedação deve estar restrita ao desempenho efetivo. Portanto, não exercendo a atividade vedada, não há que se falar na exclusão da empresa do Simples Nacional.

Cita decisão judicial em mandado de segurança referente à exclusão de contribuinte do Simples Nacional por exercício de atividade vedada para embasar seus argumentos de que deve ser permitido o reingresso da empresa no regime de tributação do Simples Nacional.

Ao final, requer “*seja reconsiderada a decisão que determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional, uma vez que a empresa não participa do capital social de outra pessoa jurídica. Ademais, a empresa não exerce a atividade vedada, não podendo ser excluída por esse motivo*”.

Alternativamente, requer “*seja determinado o reingresso da empresa no Simples Nacional, pelo fato de ter havido a alteração do objeto social*”.

O Acórdão Recorrido negou provimento à Manifestação de Inconformidade por entender que a empresa participaria do capital de outra pessoa jurídica e teria informado à SRF exercer atividade econômica vedada, qual seja, a atividade de participação no capital social de outras pessoas jurídicas, não tendo havido regularização até o último dia útil de janeiro de 2019, nos termos do artigo 6º, §2º, I da LC 123/06.

Entendeu ainda ser irrelevante a alegação de não exercício de atividade vedada pelo contribuinte, pois “*para fins de impedimento de ingresso no regime do Simples Nacional, basta que a empresa informe em seu cadastro um código da CNAE listado no Anexo VI da Resolução CGSN n.º 140/2018, ainda que apresente como argumentação o não exercício da atividade vedada*.”

Consignou ainda que “*Na consolidação do contrato social registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 18/12/2018 consta a atividade de participação em outras sociedades (fl. 36), conforme excerto abaixo:*”

CLÁUSULA SEGUNDA – A sociedade tem por objetivo social a prestação de serviços combinados de escritório e apoio administrativo; atividades auxiliares dos seguros, da previdência complementar e dos planos de saúde não especificadas anteriormente e participação em outras Sociedades, na qualidade de sócia, quotista e/ou acionista.

E ainda consigna que “*Já tela de consulta ao CNPJ de fl. 70 identifica que, em 04/10/2019, ainda constava como atividade secundária da empresa a CNAE 6463-8/00 (outras sociedades de participação, exceto holdings):*”

```

CNPJ,CONSULTA,CNPJ ( CONSULTA PELO CNPJ )
-----
T34227WZ  DATA: 04/10/2019  HORA: 16:28:24  USUARIO : GERALDINO
CNPJ : 21.679.125/0001-60      PAGINA : 1 / 1
N.EMP.: EXALT - ADMINISTRADORA LTDA

RELACAO DAS ATIVIDADES ECONOMICAS SECUNDARIAS

 6629-1-00
X 6463-8-00

DESCRICAO
6463-8-00 - Outras sociedades de participação, excet
o holdings

```

O Acórdão Recorrido reconhece que “*De fato, o contribuinte retirou sua participação na Exalt – Corretora de Seguros Ltda. (CNPJ 06.967.323/0001-35), conforme sétima alteração e consolidação do contrato social da Exalt – Corretora de Seguros Ltda. (fls.*

56/64).” Contudo, afirma que tal alteração somente foi registrada na JUCESP em 01/03/2019, posteriormente ao prazo para opção.

E, por fim, consigna inexistir a possibilidade de reinclusão do contribuinte no Simples Nacional, por ausência de previsão legal e incompatibilidade com o art. 16 da LC 123/06 e artigo 6º da Resolução CGSN n.º 140/2018, artigo 6º e § 1º.

Cientificado por edital em 28/12/2020, o contribuinte já havia interposto seu Recurso Voluntário em 18/12/2020.

Nas razões Recursais, assevera:

Que o Acórdão Recorrido viola a Súmula CARF n.º 134 e a jurisprudência do Conselho, e seria necessário avaliara a efetividade do exercício da atividade vedada, ônus que caberia ao Fisco.

Que, contrariamente ao consignado no Acórdão Recorrido, a Recorrente conseguiu realizar sua regularização tempestivamente, e não mais participava do capital social de outra empresa desde 28/01/2019, portanto dentro do prazo para opção e regularização, e antes da opção pelo regime.

Pede, ao final, a reforma do Acórdão Recorrido, que deverá levar à reinclusão do contribuinte no Simples Nacional com efeitos a partir de 2019.

Voto

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 - Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º da Portaria MF n.º 343/2015 (Regimento Interno do CARF).

No mais, observo que o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

2 - Mérito

Entendo que a demanda cinge-se a duas discussões conexas:

- Se deve prevalecer a atividade efetivamente exercida pelo contribuinte, independentemente do que consta em seus cadastros, notadamente o CNPJ; e
- Se o contribuinte logrou êxito em fazer prova da regularização tempestiva de sua situação, e de que não incorreu em 2019 na vedação legal.

A primeira questão já se encontra em certa medida delineada (embora não pacificada) no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Tratando-se da exclusão, no recente **Acórdão n.º 9101-005.233**, datado de 11 de novembro de 2020 se reconheceu, nesta parte por unanimidade de votos, que *“A alteração de cadastro com inclusão de atividade vedada ao Simples Nacional não resulta na exclusão do regime simplificado quando resultante de erro comprovado.”*

Já tratando do indeferimento de opção, em agosto de 2020, no **Acórdão 9101-005.059** decidiu-se por maioria de votos que *“Diante da ausência de prova da efetiva execução da atividade vedada, corroborada pela alteração tempestiva no contrato social e posterior inclusão no Simples, não deve prevalecer o indeferimento fundamentado na previsão em parte dos cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).”*

A Relatora Conselheira Viviane Vidal Wagner, **alterando sua posição** meses depois e assim atribuindo ao contribuinte o ônus de demonstrar o não exercício de atividade vedada, no **Acórdão n.º 9101-005.237**, julgado em 11/11/2020, consignou sua posição, vencedora também por maioria de votos que: *“A indicação, no cadastro CNPJ, de código CNAE correspondente a atividade vedada no âmbito do SIMPLES é fator impeditivo ao ingresso da empresa no regime, incumbindo ao contribuinte pleiteante o ônus de provar, por meios hábeis, eventual erro na informação.”*

Neste caso, no entanto, o acórdão foi aprovado por maioria, tendo três dos conselheiros acompanhado o voto da Relatora pelas conclusões, por partilharem do entendimento de que o ônus da prova do exercício da atividade vedada seria do Fisco, conforme exposto no **Acórdão 9101-005.059**.

Ambos os acórdãos, no entanto, caminham no sentido reconhecer a primazia da verdade material face ao mero cadastro formal do contribuinte.

Entendo, particularmente, que nos casos de indeferimento de opção, a inteligência da Súmula CARF n.º 134 demanda do Fisco a instauração de procedimento para verificar a efetividade do exercício de atividade vedada, pois não se aplica a presunção criada pelo artigo 30, § 3º da LC 123/06, vigente para as hipóteses de exclusão.

Independentemente de a quem cabe a prova em cada situação, a jurisprudência não diverge quanto à possibilidade de comprovação de erro, até por uma questão de harmonização com a inteligência da Súmula CARF n.º 134, pela qual *“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.”*

Referida súmula, muito embora trate do Simples Federal, consolidou a ideia de que o fator determinante para a permissão ou vedação de opção pelo Simples é o exercício efetivo de atividade vedada, independentemente de sua mera indicação no Contrato Social.

Há vários precedentes do CARF aplicando o racional da Súmula CARF n.º 134 para tais situações, alguns entendendo caber ao contribuinte o ônus da prova, outros entendendo caber tal ônus ao Fisco. Seguem alguns exemplos:

Acórdão 1003-001.562, sessão de 07 de maio de 2020:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO EFETIVA DA ATIVIDADE.

Com base em interpretação analógica da Súmula CARF n.º 134, que orienta que a simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao SIMPLES Federal não resulta na exclusão da contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove o efetivo exercício da atividade. Como a exclusão foi baseada unicamente no que constava do Contrato Social, sem prova do efetivo exercício da atividade vedada, a exclusão há de ser cancelada.

E ainda no ano de 2020:

Acórdão 1201-003.887, sessão de 15 de julho de 2020

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

ALTERAÇÃO CADASTRAL. INCLUSÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NÃO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE QUE DEU AZO À EXCLUSÃO.

Considerando-se que não houve comprovação do exercício da atividade econômica que é vedada aos optantes pelo Simples Nacional, o ato administrativo contestado deve ser cancelado.

Vejamos o seguinte trecho do voto, de relatoria do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto:

(...)

Cumprir notar que a Súmula CARF nº 134 estabelece 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”.

Ainda que tal Súmula seja aplicável tão somente ao Simples Federal, entendo que a inteligência da Súmula pode ser aplicada sim ao caso concreto de Simples Nacional, pois seria necessário que fosse demonstrada o exercício da atividade que ensejou a exclusão.

Da leitura do artigo 17 da Lei Complementar n. 123/06, nota-se que as vedações ao Simples Nacional sempre se relacionam com o exercício de atividades, o que só demonstra que deve ser comprovado o efetivo exercício, não bastando a mera existência formal de uma previsão daquela atividade no contrato social ou no CNPJ.

Também nesta E. Turma Ordinária, manifestado no Acórdão nº 1401-004.586, de agosto de 2020.

“ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. CNAE. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Na espécie, não foi provado pela fiscalização que a contribuinte efetivamente desenvolvia atividade vedada pela legislação do Simples Nacional. Ademais, restou demonstrado que resultou de erro a alteração do cadastro CNPJ com a inclusão de atividade cujo CNAE seria vedado pela legislação de regência.

Assim, é de se deferir o pedido de reinclusão no sistema simplificado.” (g.n.)

Vejamos o seguinte Excerto do voto condutor do Acórdão, da lavra do Conselheiro Carlos André Soares Nogueira

“Penso que a solução para o presente caso deve observar o raciocínio jurídico que embasa a Súmula CARF nº 134, *verbis*:

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.

Embora a súmula trate de exclusão do Simples Federal, penso que seu fundamento possa ser aplicado para dar uma solução jurídica ao presente caso. Em essência, o que a súmula aponta é que a vedação ou não à participação no sistema simplificado deve estar relacionada à atividade efetivamente desenvolvida e não aquela formalmente registrada no contrato social.”

A própria Receita Federal dá ênfase à *atividade efetivamente exercida* – veja-se neste sentido trecho da Solução de Consulta n.º 66 – Cosit/2013 (grifamos):

“10. O fato de o sistema informatizado da RFB vedar a opção pelo Simples Nacional, na hipótese de constar CNAE impeditivo vinculado ao CNPJ da ME ou EPP (nesse caso, o CNAE 4929-9/02 e o CNAE 4929-9/04), constitui dado importante a ser considerado, todavia **é a natureza da atividade efetivamente exercida pela empresa, confrontada com as vedações e permissões estabelecidas em lei que devem determinar a possibilidade ou não de sua opção pelo Simples Nacional.**” (g.n.)

Assim, independentemente de a quem cabe o ônus da prova, a verdade material deve nortear sua análise conforme reconhece a própria COSIT. E a prova, diga-se de passagem, deve ser analisada considerando tratar-se de prova de fato negativo.

Além disso, a realidade brasileira das micro e pequenas empresas nos permite verificar ser bastante usual a inserção de objetos sociais amplos, pois a mera alteração contratual para sucessivas inclusões e exclusões de atividades representa custo elevado face a suas capacidades financeiras. Nessa tentativa de cobrir o todo, é comum a inclusão desavisada de atividades vedadas nunca desempenhadas, notadamente quando o CNAE da atividade não é escancaradamente (por sua literalidade) incompatível com as vedações da Lei Complementar 123/06.

Sob esse panorama, passaremos à análise da prova dos autos.

Conforme o Termo de Indeferimento de Opção de fl. 08, a única empresa da qual fazia parte o contribuinte era a EXALT – CORRETORA DE SEGUROS LTDA. Vejamos:

CNPJ: 21.679.125/0001-60
NOME EMPRESARIAL: EXALT - ADMINISTRADORA LTDA
DATA DA SOLICITAÇÃO DE OPÇÃO: 31/01/2019
DATA DE ABERTURA DA EMPRESA CONSTANTE NO CNPJ: 14/01/2015

A pessoa jurídica acima identificada incorreu na(s) seguinte(s) situação(ões) que impediu(ram) a opção pelo Simples Nacional:

Estabelecimento CNPJ: 21.679.125/0001-60
- Atividade econômica vedada: 6463-8/00
Outras sociedades de participação, exceto holdings
Fundamentação legal: Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII.

- Pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica. CNPJ:06.967.323/0001-35
Fundamentação legal: Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, inciso VII.

Tratava-se de participação com 01 quota em uma única empresa, em razão da qual constava do CNPJ do Contribuinte a atividade de CNAE vedado correspondente.

Entendo que a análise documental feita pela instância de origem deixou de notar alguns elementos importantes que me levam a dela divergir quanto à prova de regularização.

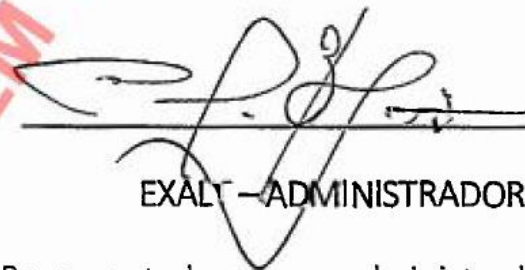
O Contribuinte anexou aos autos a alteração contratual da EXALT – CORRETORA DE SEGUROS LTDA dando conta da retirada da Contribuinte de seus quadros

societários. A alteração contratual em questão foi assinada em 28 de janeiro de 2019 e protocolada na JUCESP dentro do prazo legal de 30 dias, ainda em 27/02/2019. Vejamos:

Fl. 116:

SÓCIA RETIRANTE:

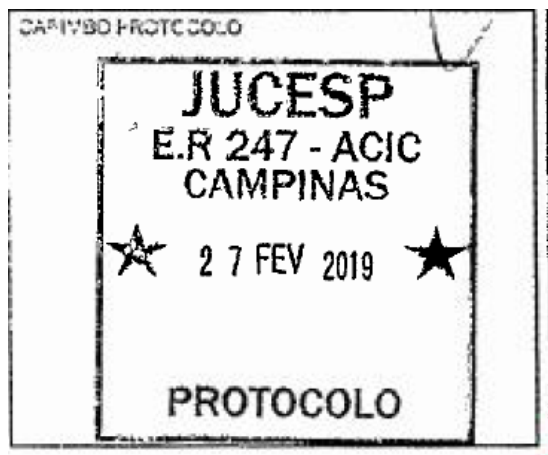
SEM



EXALT - ADMINISTRADORA LTDA

Representada por seu administrador Vagner Braga

Fl. 108:



Consta também dos autos o Documento Básico de entrada dando conta da alteração, protocolado na Jucesp ainda em 27/02/2019, consignando reconhecimento da firma do signatário (representante legal da empresa) ainda em 30/01/2019

| | | |
|---|------------------------------------|--|
| VAGNER BRAGA | | 087.302.838-41 |
| LOCAL E DATA Campinas 29/01/19 | ASSINATURA (com firma reconhecida) | |
| 06. RECONHECIMENTO DE FIRMA | | 07. RECIBO DE ENTREGA |
| 2º Cartório de Notas de Campinas - SP R. Col. Duílio, 542 - Cambuí - CEP 13025-001 - Tel. (19) 3739-3739 | | Alexandre Morone de Oliveira Santos Tobé de |
| Reconheço por semelhança a firma de VAGNER BRAGA, em documento sem valor econômico, e dou fé. | | COM DATA E ASSINATURA DO FUNCIONÁRIO DA UNIDADE CADASTRADORA |
| Em testemunho do que vou dizer. Campinas, 30 de Janeiro de 2019. Valor recebido R\$ 6,29 | | 29 TABELÃO DE NOTAS DE CAMPINAS |
| TALITA MÁRQUES DE OLIVEIRA SOUZA - ESCRIVENTE AUTORIZADA | | 28/01/2019 09:07 |
| VÁLIDO SOMENTE COM SELO DE AUTENTICIDADE SEM EMENDAS OU RASURAS www.2cartorio.com.br | | JUCESP ACIC - CAMPINAS DEFERIDO 01 MAR 2019 Bruno Mendes Pereira Assessor Técnico do Registro Público RG. 27.825.285-5 |

Entendo, por isso, demonstrado que a retirada do quadro societário confirmando que o contribuinte não mais participava do quadro societário de outra Pessoa Jurídica, ocorreu dentro do prazo legal para opção pelo Simples Nacional para o ano-calendário de 2019.

O Acórdão Recorrido adotou como data da alteração a de seu deferimento pela Junta Comercial, entendimento que penso ser equivocado, seja porque:

(i) partir de sua assinatura, a alteração contratual produz efeito entre as partes, sendo este efeito que deve ser analisado no caso em questão, a relação entre as partes (sócios) estabelecida; e

(ii) seja porque, nos termos do art. 36 da Lei nº 8.934/94, o protocolo na Junta Comercial em 30 dias da data de assinatura faz com que seus efeitos retroajam, perante terceiros, à data de sua assinatura.

Assim, entendo demonstrado que dentro do prazo legal o contribuinte não incorria na vedação do artigo 3º, §4º, inciso VII da Lei Complementar nº 123/2006

E muito embora o contribuinte tenha levado mais tempo para retirar de seu cadastro perante o CNPJ e de seu objeto social a **atividade econômica vedada**, o que só fez em sua 6ª Alteração Contratual assinada em 30/07/2019 e cujo registro na JUCESP foi deferido em 07/10/2019, entendo que a demonstração da imediata e tempestiva retirada do quadro societário da única empresa de cujo capital o contribuinte participava prova inequivocamente o não exercício da atividade vedada, ainda que se entenda incumbir ao contribuinte tal prova.

3 - Dispositivo

Diante do Exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente o Termo de Indeferimento de Opção e determinar o deferimento de sua opção pelo Simples Nacional com efeitos retroativos a 01/01/2019.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah