



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10855.723832/2018-38
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-002.181 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 11 de agosto de 2021
Recorrente CRISTIANE APARECIDA MIRANDA DIEZ
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. NÃO COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 134 POR ANALOGIA.

Conforme Súmula Carf nº 134, aplicada aqui por analogia, para a exclusão de empresa do regime simplificado não basta a mera percepção de atividade vedada formalmente incluída no contrato social da empresa, sendo necessário que se demonstre o seu efetivo exercício para a exclusão da contribuinte do Simples Nacional.

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)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral e Lucas Issa Halah.

Relatório

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

Trata-se de manifestação de inconformidade impetrada em face do termo de exclusão do Simples Nacional nº 289 (fls. 27/28), de 19/12/2018, emitido com fundamento no Despacho Decisório SRRF08-RF/EASIN/ nº 4.285/2018 que excluiu o contribuinte acima qualificado do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1/6/2018.

2. A exclusão do contribuinte do Simples Nacional foi motivada pelo exercício de atividade vedada aos optantes pelo regime.

3. A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP informou mediante ofício (fl. 2) que o contribuinte acima discriminado está registrado junto a ela para exercer atividade econômica classificada pelo CNAE n.º 4929-9-02.

4. Foram juntados aos autos o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, as pesquisas realizadas nos Sistemas de Informações da Receita Federal do Brasil e Guia para contratação de transporte Intermunicipal de Passageiros sob regime de FRETAMENTO (disponível do sítio da ARTESP).

5. A Autoridade Fiscal, considerou:

(i) que a ARTESP é o órgão que tem incumbência de fiscalizar e regulamentar o transporte intermunicipal no Estado de São Paulo;

(ii) que não há razão para a inclusão do código da CNAE n.º 4929-9-02 e registro na ARTESP, senão para o exercício de tal atividade; e (

iii) que empresas cadastradas junto à ARTESP estão vedadas de recolher tributos na forma do Simples Nacional. Isso ensejou a exclusão do regime.

6. Cientificado da exclusão em 20/12/2018 (fl. 66), apresentou **manifestação de inconformidade** (fls. 36/39) em 18/1/2019, na qual expôs os argumentos a seguir.

7. O manifestante alegou que o CNAE n.º 4929-9-02 contempla atividades permitidas e vedadas ao Simples Nacional e que a atividade que desempenha se encaixa numa das exceções previstas no art. 17, inc VI, da Lei Complementar n.º 123/2006.

8. Acrescenta ainda que tem por objeto social o transporte sob forma de fretamento contínuo direcionado a trabalhadores mediante contrato escrito e emissão de documento fiscal para a realização de um número determinado de viagens, com destino único e usuários definidos; e que obedece a trajetos que compreendem regiões metropolitanas, constituídas por agrupamentos de Municípios vizinhos.

9. Pelo exposto, pede a permanência da empresa no regime do Simples Nacional.

Em sessão de 07 de maio de 2019 a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2018

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

A exploração de atividade econômica atinente ao transporte intermunicipal e interestadual de passageiros impede o ingresso e permanência no Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Assim fundamentou o relator:

“15. Compulsando os autos, porém, percebe-se que o impugnante limitou-se a alegar o cumprimento dos requisitos, mas sem acostar nenhuma documentação que comprove o exercício da atividade dentro das balizas legais. Destacou que a prestação ocorre mediante contrato escrito e com a emissão de documentos fiscais, os quais também não constam no processo.

16. Nesse caso, é oportuno ressaltar que as afirmações trazidas aos autos pela defesa, com intuito de contraditar elementos regulares de prova apresentados pela Autoridade Fiscal, demandam efetiva consubstanciação de outros elementos probatórios, caso contrário mostram-se como meras alegações processualmente não acatáveis.

17. Ademais, a legislação que regula o processo administrativo fiscal determina que toda prova documental deve ser trazida com a impugnação, sob pena de preclusão (artigo 16, do Decreto nº 70.235, de 1972). 18. Ante o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade.”

Ciente da decisão de primeira instância em 27/05/2019 (e-fls. 77), o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário em 26/06/2019 (e-fls. 78)(e-fls.), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito que serão melhor detalhados na fundamentação.

Ao final, pede a revisão do Acórdão da DRJ no sentido de que seja deferido seu pleito.

É o relatório.

Fl. 4 do Acórdão n.º 1002-002.181 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10855.723832/2018-38

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DO MÉRITO

O procedimento de exclusão foi iniciado após o recebimento de um ofício da ARTESP (e-fls. 2), informando dois fatos:

1. A empresa possui registro em seu cadastro
2. A empresa é optante do Simples Nacional.

O despacho decisório SRRF08-RF/EASIN/ nº 4.285/2018, de 17/12/2018 foi juntado à folha 19 dos autos. Antes, foram juntados apenas o ofício da ARTESP, telas do sistema CNPJ, telas do site da ARTESP.

Na e-fls. 19, o despacho decisório faz referência ao Ofício DPL.0465/17 da ARTESP, o qual não se encontra juntado nos autos. Tal ofício, provavelmente emitido no ano de 2017, anterior assim ao comunicado de e-fls. 2, afirma que as empresas cadastradas na agência “estão vedadas de recolher tributos na forma do Simples Nacional”.

A exclusão da recorrente foi fundamentada **exclusivamente com base na comunicação de e-fls 2 e de neste ofício emitido anteriormente, no ano de 2017.**

A decisão da DRF inclusive estabeleceu o termo inicial da exclusão a partir do “**1º dia do mês seguinte à data da obtenção do registro junto à ARTESP.**” (e-fls. 37), estabelecendo que a causa da exclusão é o simples registro na agência reguladora:

“Por todo o exposto e com base no artigo 17, inciso VI, artigo 29, inciso I do caput e artigo 31, inciso II e § 5º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e do artigo 15, inciso XVI, alínea “b”, item 2 e do artigo 76, inciso I, § 5º, ambos da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29 de novembro de 2011 que, em razão da entrada em vigor da Resolução do CGSN n.º 140/2018, foram substituídos pelos artigos 15, inciso XVI, alínea “b”, item 2 e artigo 84, inciso I, § 5º ambos da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 140, de 22 de maio de 2018, concluo pela exclusão da empresa do Simples Nacional com efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação, a saber: **1º dia do mês subsequente ao do registro da empresa junto à ARTESP..**”

No entanto, não há registros de que o Comitê Gestor do Simples Nacional tenha atribuído à referida agência reguladora ARTESP a competência para disciplinar e/ou decidir sobre questões relacionadas ao Simples Nacional.

E para justificar a exclusão, a Fiscalização lança a seguinte pergunta:

“Qual a razão da introdução do CNAE 49.29-9-02 no CNPJ da empresa e o registro da empresa junto a ARTESP (órgão que tem incumbência de fiscalizar e regulamentar o transporte intermunicipal no Estado de São Paulo, exceto dentro das regiões metropolitanas), senão o de exercer tal atividade?”

De fato, é uma pergunta pertinente **num trabalho de fiscalização, quando efetivamente realizado**, que objetive constatar a real atividade exercida por uma empresa. Ocorre que a fiscalização não respondeu a esta pergunta por ela mesma formulada e nem sequer buscou a resposta à quem melhor poderia fornecê-la: a recorrente.

Quanto ao Acórdão da DRJ, interessante observar o seguinte trecho:

16. Nesse caso, é oportuno ressaltar que as afirmações trazidas aos autos pela defesa, **com intuito de contraditar elementos regulares de prova apresentados pela Autoridade Fiscal**, demandam efetiva consubstanciação de outros elementos probatórios, caso contrário mostram-se como meras alegações processualmente não acatáveis. Grifei.

Pergunto: quais foram os **“elementos regulares de prova apresentados pela Autoridade Fiscal”**? tais elementos são: Cópia de um ofício, extrato do CNPJ e cópia de um site da internet.

Mas corretos estão os julgadores ao afirmar que tais elementos trazidos pela empresa “demandam efetiva consubstanciação de outros elementos probatórios”. Consubstanciação esta que caberia à fiscalização realizar, não a recorrente.

Esta 2ª Turma Extraordinária tem entendimento consolidado de que a exclusão da empresa por exercício de atividade vedada deve ser precedido de procedimento fiscalizatório que comprove a real atividade exercida pela empresa, posto que aplicamos nos nossos julgamentos, por analogia, o disposto na Súmula 134 deste CARF:

“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.”

A vedação prevista no inciso VI do art. 17da Lei Complementar nº 123 deve ser interpretada no sentido da efetiva atividade exercida pelo contribuinte.

A Solução de Consulta nº 66, emitida pela Coordenação de Tributação – Cosit da RFB em 2013, que trata justamente de erro do código CNAE no cadastro CNPJ, demonstra o entendimento da RFB de que a exclusão do Simples deve ser motivada pela prova de efetivo exercício:

7. Pois bem, ocorre que a atividade de transporte turístico é inerente à atividade de agência de turismo. Deveras, o § 4º do art. 27 da Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008, que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, estabelece que o serviço de transporte turístico é uma atividade complementar das agências de turismo. [...]

8. Essa Lei estabelece, ainda, que as agências de turismo que operam diretamente com frota própria deverão atender aos requisitos específicos exigidos para o transporte de superfície (art. 27, § 7º) e que os prestadores de serviços turísticos estão obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo, na forma e nas condições por ela fixadas (art. 22).

9. Pelo exposto, pode-se dizer que quando uma agência de viagem e turismo, no exercício de sua atividade regulamentar, transporta pessoas em veículos próprios, de acordo com as disposições da Lei nº 11.771, de 2008, não ocorre vedação à opção pelo Simples Nacional. Com efeito, nessa hipótese a agência de viagem e turismo está prestando um serviço de transporte turístico, pouco importando se esse transporte ocorre dentro de um município, entre municípios ou entre estados.

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**. [grifos nossos]

E como se pode facilmente observar, não houve qualquer procedimento fiscalizatório para investigar qual era a real atividade exercida pela empresa. Não é possível considerar como procedimento de fiscalização a juntada de telas de sistema e páginas de sites de internet. Até mesmo as notas fiscais e o contrato social foram juntados apenas por iniciativa da empresa.

Assim, o objeto social informado no Contrato Social e o código CNAE constante no cadastro CNPJ deveriam ser confrontados com o resultado de um procedimento fiscalizatório que objetive verificar as atividades efetivamente realizadas pela empresa.

A recorrente esforçou-se em demonstrar sua real atividade exercida no dia a dia, apresentando espontaneamente cópias de notas fiscais. Em que pese o empenho da defesa, deixo de analisar tais documentos pois entendo que **cabe à fiscalização da RFB**, em procedimento devidamente instaurado, a obrigação de demonstrar qual é a atividade que a empresa efetivamente exerce.

A decisão tomada pela RFB colocou a empresa em posição defensiva, invertendo o ônus da prova, obrigando-a a fazer a instrução probatória que não foi realizada pela Fiscalização. É certo que a pessoa jurídica deve fazer prova do cumprimento dos requisitos para usufruir de um tratamento fiscal mais benéfico, como é o simples nacional. Mas esta prova não é exigida no momento da opção, ainda que se possa exigir posteriormente, em procedimento de fiscalização. Ocorre que no presente caso houve uma exclusão baseada na simples presunção de que o registro da empresa em uma agência reguladora comprovaria o exercício de atividade vedada, o que não se pode admitir.

Desse modo, na ausência de um procedimento fiscalizatório que demonstre a real atividade exercida pela empresa, mostra-se incorreta a exclusão da recorrente do Simples Federal levada a efeito pela unidade de origem, devendo se restabelecer seu direito de enquadrar-se no regime diferenciado de tributação.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator