



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.722093/2018-50
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-002.183 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 11 de agosto de 2021
Recorrente KR LOCADORA DE VEICULOS EIRELI - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

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. Votou pelas conclusões o conselheiro Ailton Neves da Silva.

(documento assinado digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton 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:

A empresa acima qualificada foi excluída do Simples Nacional pelo fato de constar no seu contrato social atividade **vedada (CNAE 4929-9/02 - transporte rodoviário coletivo de passageiros sob regime de fretamento, intermunicipal)** nos termos da Lei

Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso VI, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 68/2018.

A empresa apresentou manifestação de inconformidade no qual alega que solicitou registro na ARTESP, visando à regulamentação da sua atividade quanto à realização do transporte Urbano Intermunicipal coletivo de passageiros por fretamento.

Afirma que **realiza atividade de:**

1. Locação de automóveis sem condutor,
2. serviço de transporte de passageiros e
3. locação de automóveis com motorista, utilizando os CNAE 49.29-9/02, 49.29-9/01, 77.11-0/00 e 49.23-0/02, tendo como ambíguo o 49.29-9-02.

Explica que a **ARTESP comete grave erro de interpretação tributária ao alegar que as empresas por ela registradas somente poderiam realizar serviços entre municípios do estado de São Paulo**, exceto entre os de mesma região metropolitana.

Entende que quando a empresa se associa a ARTESP, terá várias possibilidades em seu objetivo social e CNAE, não estando sujeitas a interpretações limitadas de atividades, uma vez que a recorrente têm vários CNAE's para serem explorados, o que não significa dizer que somente explorou a atividade x ou y.

Aduz que explorou atividade de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros por fretamento, possuindo características de transporte urbano ou metropolitano, o que demonstra de forma cristalina a possibilidade de permanência no Simples Nacional.

Esclarece que o CNAE 4929-9/02 integra o rol de atividades ambíguas, que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas ao Simples Nacional. Neste sentido, foi o entendimento da Solução de Consulta nº 26 da COSIT de 16 de janeiro de 2017.

Assevera que as vendas dos serviços da recorrente atendem aos dispositivos legais, principalmente o inciso II do §6º da Resolução nº 117/14, conforme podemos aferir nas notas fiscais de serviços do ano de 2017 e 2018, que juntamos a presente manifestação.

Alega que na LC nº 123/06 não tem exigência adicional para os contribuintes que se encontram concomitantemente em situações impeditivas e permitidas.

Por fim, pede o cancelamento da exclusão da empresa no Simples Nacional.

Em sessão de 26 de abril de 2019 a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte.

Ciente da decisão de primeira instância, o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário (e-fls.155), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito a seguir sintetizados.

Afirma que realizou cadastro na agência estadual ARTESP para “a regularização de sua atividade de transporte urbano intermunicipal coletivo de passageiros por fretamento perante a ARTESP, utilizando-se os CNAE 49.29-9-02, 49.29-9-01, 77.11-0-00 e 49.23-0-02, tendo utilizado subsidiariamente o CNAE ambíguo 49.29-9-02.” e que “a inclusão de várias atividades mencionadas no objeto social ou demasiados CNAE, **não significa na prática** que a recorrente **realizou todos os serviços mencionados** no CNAE registrados.” grifei

Destaca uma nota fiscal de serviços prestados à uma produtora de vídeo

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

É o relatório.

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

De início, cumpre observar que os autos administrativos possuem 44 páginas numeradas até o Aviso de recebimento (AR) da comunicação da decisão de exclusão do simples nacional. Dito isto, vemos que constam nos autos até a e-fls. 44 apenas informações extraídas de sites e sistemas da RFB, como o cadastro CNPJ, extrato da junta comercial de São Paulo e o que parece ser um folheto informativo sobre a ARTESP –Agência de Transporte do estado de São Paulo.

Não consta nos autos qualquer intimação à recorrente para que apresente documentos suficientes à formação da convicção da autoridade fiscal sobre a atividade realmente exercida pela empresa.

A exclusão da recorrente está calcada **exclusivamente em função do seu registro** em uma agência reguladora estadual de transportes. E o procedimento de exclusão foi iniciado após o recebimento de um ofício da ARTESP, dando notícia de que a empresa possui registro em seu cadastro e, **por este motivo**, não poderia optar ao Simples Nacional pois a agência reguladora controla apenas atividades econômicas vedadas à opção.

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, 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.

E quanto a este ponto, reproduzo o seguinte trecho do Recurso Voluntário:

“2.3. Deste modo, nos deixa claro que houve equívoco realizado pela ARTESP. É sabido que a inclusão de várias atividades mencionadas no objeto social ou demasiados CNAE, não significa na prática que a recorrente realizou todos os serviços mencionados no CNAE registrados.” Grifei

Trata-se de argumento que está em perfeita sintonia com o entendimento dominante nesta 2ª Turma Extraordinária, visto que aplicamos 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. 17 da 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]

Não consta nos autos que tenha havido qualquer procedimento fiscalizatório para investigar se a recorrente exercia a atividade condizente com o CNAE indicado. Não é possível considerar como procedimento de fiscalização a juntada de telas de sistema e páginas de sites de internet.

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.