



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10886.720576/2018-60
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.080 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de novembro de 2021
Recorrente D A S QUINTO COMERCIO VAREJISTA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

SIMPLES NACIONAL. ALTERAÇÃO DE CADASTRO COM INCLUSÃO DE ATIVIDADE IMPEDITIVA. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA. ERRO ALEGADO RECONHECIDO.

A alteração de cadastro com inclusão de atividade vedada ao Simples Nacional não resulta na exclusão do regime simplificado quando resultante de erro comprovado.

Restou demonstrado que a alteração do cadastro CNPJ com a inclusão de atividade cujo CNAE seria vedado pela legislação de regência decorreu de erro. O contribuinte, além disso, produziu prova de que não exerceu a atividade vedada e retificou o erro.

INTELIGÊNCIA DA SÚMULA CARF Nº 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para deferir o pedido de reinclusão no Simples Nacional retroativamente à data da respectiva exclusão.

(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, Andre Luis Ulrich Pinto, Andre Severo Chaves e Lucas Issa Halah.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1401-006.080 - 1ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10886.720576/2018-60

Relatório

Em 11/10/2018, o contribuinte em epígrafe protocolizou pedido de reinclusão do Simples Nacional, sob alegação de ter incorrido em lapso na 3ª alteração contratual datada de 30/08/2018, incluindo atividade vedada no Simples Nacional, de CNAE 65.11-1-02 – Planos de Auxílio Funeral.

O contribuinte alega que a alteração contratual em questão, datada de 30/08/2018 pretendia na realidade incluir a atividade de CNAE 96.03.3-01, “Gestão e manutenção de cemitérios”, também inserida na alteração de contrato, e que a atividade de CNAE 65.11-1-02 – “Planos de Auxílio Funeral” foi incluída visando a um potencial futuro exercício.

Alega, no entanto, que nunca exerceu tal atividade e que tão logo verificou tratar-se de atividade vedada alterou novamente seu Contrato Social excluindo-a de seu objeto social na 4ª alteração contratual datada de 28/09/2018 e com arquivamento deferido pela JUCERJA em 09/10/2018 (fls. 26 a 30).

À fl. 40, consta informação relativa à alteração cadastral/atividade econômica perante o CNPJ.

O contribuinte também colacionou julgados administrativos, inclusive deste CARF, para corroborar seu pleito.

O Contribuinte então pleiteou a reinclusão no Simples Nacional com efeitos retroativos à data em que foi excluído automaticamente em virtude da inclusão de atividade vedada.

O Despacho Decisório (fl. 45/47) ressaltou que a exclusão teria sido causada por iniciativa do próprio contribuinte, nos termos do parágrafo 3º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123/06, fazendo referência ao “Perguntas e Respostas” que referenciava, por sua vez, a Resolução CGSN 94/2011, já revogada na data dos fatos.

O despacho então considerou que o contribuinte teria admitido a intenção de exercer no futuro atividade vedada, e que a mera inclusão da atividade é causa suficiente para a exclusão do Simples Nacional por todo o ano-calendário, sendo impossível a reinclusão pela mera alteração cadastral sob pena de violação ao disposto no art. 16, §2º, da Lei Complementar nº 123/06. Afirmou, ainda, não ter o contribuinte comprovado o erro inequívoco na alteração cadastral.

Cientificado em 21/03/2019 (fl.91), no mesmo dia o Contribuinte interpôs **Manifestação de inconformidade** (fls. 53/55).

Na peça, reiterou os argumentos postos em seu pleito inicial, ressaltando que tudo não passou de mero erro material ou burocrático que acarretou a inclusão de CNAE desnecessário às atividades que de fato a empresa exerceria. Afirmou que não exerceu a atividade e por isso não emitiu qualquer nota fiscal a ela referente. Assevera que teve sua opção no Simples Nacional deferida em 01/01/2019, o que corroboraria suas alegações.

O Acórdão Recorrido, de fls. 93/96 entendeu não ter havido prova do erro alegado pelo contribuinte, pois entendeu que a subsequente alteração contratual seguida do deferimento da opção pelo simples em 2019 não fariam prova do não exercício da atividade.

Por fim, considerou que não haveria previsão legal para o reenquadramento/reinclusão no Simples Nacional, sendo que a opção pelo Simples Nacional deveria respeitar o artigo 6º parágrafo 10 da Resolução CGSN nº 140/2018.

Em virtude do exposto, negou provimento à Manifestação de Inconformidade.

Cientificado do Acórdão Recorrido por edital em 15/10/2019, no dia seguinte, em 16/10/2019, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário reiterando suas alegações posta já na Manifestação de Inconformidade e instruindo-o com documentos diversos, dentre eles, o Extrato do Simples Nacional com informações sobre a receita dos meses de 2018 e as notas fiscais emitidas desde em 08/2018 e 09/2018 para demonstrar que os serviços prestados não se relacionam à atividade vedada e correspondem à totalidade das receitas da empresa.

Voto

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 - Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

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

2 - Mérito

A discussão resume-se a duas questões centrais **(a)** a suficiência da mera alteração cadastral para fins de exclusão do Simples Nacional e a possibilidade de reinclusão do contribuinte no regime quando comprovado o erro ou não exercício da atividade cuja inclusão no CNPJ causou sua exclusão automática, e **(b)** a comprovação, no caso concreto, de que a alteração cadastral causadora da exclusão decorreu de erro, ou de que as atividades de fato não chegaram a ser exercidas.

A primeira questão já se encontra bem delineada no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que no recente **Acórdão nº 9101-005.233**, datado de 11 de novembro de 2020 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.”

Alinho-me ao posicionamento então firmado, até por uma questão de harmonização com a inteligência da Súmula CARF nº 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 precedentes do CARF aplicando o racional da Súmula CARF nº 134 para casos como o ora sob questão.

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 nº 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.

É também o posicionamento desta E. Turma Ordinária, manifestado no Acórdão nº 1401-004.586, de agosto de 2020, que discutia caso semelhante:

“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.”

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 nº 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.**”

Dessa maneira, entendo que, muito embora a Lei Complementar 123/06, em seu artigo 30, § 3º, preveja que 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, quando incluir atividade de exercício vedado, tal dispositivo cria presunção relativa frágil, que pode ser afastada mediante prova do contribuinte visando à sua manutenção no regime. 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 equivocada de atividades vedadas, notadamente quando o CNAE da atividade não é escancaradamente (por sua literalidade) incompatível com as vedações da Lei Complementar 123/06, como é o caso dos autos, já que foge à compreensão popular o fato de que o fornecimento de Planos de Auxílio Funeral é atividade securitária abarcada pelas vedações do art. 3º, § 4º, inciso VIII da LC 123/06.

Mostra-se, portanto, fundamental verificar se o contribuinte trouxe elementos aptos a afastarem a frágil presunção criada pela inclusão da atividade vedada em seu Objeto Social e CNPJ. Sob esse panorama, passaremos à análise da prova dos autos, que foi suficiente aos olhos deste conselheiro.

O contribuinte desde o princípio esclareceu que as atividades incluídas no objeto social, muito embora pudessem representar um eventual rumo futuro da empresa, não correspondia a suas pretensões atuais, razão pela qual firmou-se a 4ª Alteração Contratual com as correspondentes alterações perante o CNPJ visando justamente à exclusão da atividade vedada, exclusão que foi confirmada pela instância de origem.

Entendo que a alteração em questão, no lapso temporal em que foi firmada, comprova que a inclusão ou decorreu de erro. Veja-se que a alteração causadora da exclusão foi arquivada em 30/08/2018 e já em 28/09/2018 o contribuinte havia firmado a 4ª Alteração Contratual, devidamente arquivada na JUCERJA em 09/10/2018 (fls.71/76) tendo transmitido a Ficha de Cadastro da Pessoa Jurídica dando conta da alteração em 03/10/2018 (fl. 77). Ou seja, em menos de um mês o contribuinte, percebendo a exclusão, praticou os atos necessários para retirar a atividade vedada de seu objeto social, com as alterações correspondentes no CNPJ.

O contribuinte ainda foi além. Notando que o Acórdão Recorrido entendeu como insuficiente a prova até então produzida, colacionou juntamente ao Recurso Voluntário o Extrato do Simples Nacional de Novembro de 2019, em que se informa a Receita Bruta da Empresa nos últimos 12 meses, e junto a ele colacionou as notas fiscais componentes de toda a exígua Receita Bruta do período durante o qual o Contribuinte foi considerado excluído, comprovando que as atividades de fato exercidas em nada se assemelham à de CNAE 65.11-1-02 – Planos de Auxílio Funeral.

Entendo por isso que o contribuinte demonstrou o não exercício da atividade vedada de maneira satisfatória, trazendo provas além das que este conselheiro entende que seriam necessárias, muito embora configurassem prova negativa relativa.

3 - Dispositivo

Diante do Exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para deferir o pedido de reinclusão no Simples Nacional retroativamente à data de exclusão.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah