



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10945.721832/2013-80
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-004.855 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de julho de 2020
Recorrente TRECHOS CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/12/2011

SIMPLES. ATIVIDADE IMPEDITIVA. INGRESSO VEDADO.
EXCLUSÃO DO REGIME.

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 2011 seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que não exerça tal atividade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, vencida a Relatora e os Conselheiros Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazimo Nakayama e Luciano Bernart, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Evandro Correa Dias.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu – Relatora

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Rogério Borges, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (Suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte identificada acima em face do Acórdão exarado pela 4ª Turma da DRJ/RJ1 na sessão de 17 de outubro de 2014 que acolheu em parte as razões da manifestação de inconformidade interposta, retificando os termos do Ato Declaratório (fls. 27), para manter a exclusão da contribuinte do Simples Nacional, somente no período de 01/01/2008 a 31/12/2011, e determinar a sua inclusão no regime, de 01/01/2012 a 31/12/2012.

I – Do Litígio

2. Para melhor compreender a contenda, transcrevo abaixo parte do relatório da decisão *aquo*:.

I) Da exclusão do Simples Nacional

1. Trata o presente processo de pedido de alteração do prazo final de exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL.

2. De acordo com o demonstrativo “Consulta Histórico da Empresa no Simples Nacional” (fls. 22), a interessada ingressou no Simples Nacional em 01/01/2008, mediante pedido efetuado em 22/01/2008. Em 31/01/2013, foi excluída do regime por opção própria, com efeitos a partir de 01/01/2013, em razão de excesso de faturamento, superior ao limite permitido. Posteriormente, foi excluída automaticamente do regime, retroativamente a 01/12/2011, devido à comunicação de exercício de atividade vedada (CNAE nº 7112-0/00).

II) Da contestação à exclusão

3. Optante pelo Simples Nacional desde 01/01/2008, a interessada apresentou, em 25/10/2013, a contestação de fls. 02, alegando que:

3.1. era optante do Simples Nacional até 31/12/2012, quando por excesso de faturamento ao término deste período, não mais podendo integrar o regime, solicitou sua exclusão em 31/01/2013, conforme comprovante em anexo (fls. 03);

3.2. contudo, consultando o sistema da Receita Federal em outubro/2013, identificou uma exclusão de ofício a partir de 30/11/2011;

3.3. não havia nenhum impedimento legal para ser desenquadrada do Simples Nacional em 30/11/2011, nem excesso de receita e nem atividade vedada, conforme Primeira Alteração Contratual consolidada em anexo (fls. 06/10);

3.4. acredita que, alguma inconsistência de informações ocorreu para ensejar o equivocado desenquadramento do regime;

3.5. demonstrada a insubsistência do procedimento administrativo, requer seja acolhido o pedido de reconsideração, para restabelecer o seu ingresso no Simples Nacional no período de 30/11/2011 a 31/12/2012.

III) Da Informação Fiscal/Despacho Decisório/Ato Declaratório

4. A DRF/FOZ DO IGUAÇU-PR/Seort elaborou a Informação Fiscal Seort DRF/FOZ nº 695/2013, de 17/12/2013, de fls. 23/26, por meio da qual assim se pronunciou em relação aos argumentos apresentados na contestação de fls. 02:

4.1. em consulta ao Histórico do Simples Nacional através do Portal, verificou-se que o ingresso do contribuinte no regime se deu por opção, em 22/01/2008, com efeitos a partir de 01/01/2008, ao passo que a exclusão, em 06/09/2013, deveu-se ao registro da comunicação de atividade vedada (data do fato motivador: 04/11/2011; CNAE: 7112-0/00–Serviços de Engenharia), tendo como fundamentação legal a Lei Complementar nº 123/2006, art. 17, inciso XI, e a Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, art. 74, inciso II;

4.2. anteriormente à Alteração Contratual consolidada, registrada na Junta Comercial em 04/11/2011, constava de seu Contrato Social, desde a opção pelo Simples Nacional em 01/01/2008, a atividade de consultoria e assessoria em área de engenharia, dentre outras, o qual é vedada pelo Simples Nacional nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, art. 17, inciso XI;

4.3. ante o exposto, restou proposto, nos termos do art. 76, inciso III, alínea “a”, da Resolução CGSN nº 94/2011, a elaboração de Ato Declaratório, com vistas à exclusão de ofício da interessada do Simples Nacional a partir de 01/01/2008.

5. Proferidos Despacho Decisório e Ato Declaratório (fls. 27/28), em 17/12/2013, para exclusão da interessada do regime a partir de 01/01/2008, por exercício de atividade vedada à opção pelo Simples Nacional.

II - Da manifestação de inconformidade

3. Ao tomar ciência de sua exclusão, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade de fls. 32/40, instruída com os documentos de fls. 41/396, argumentando, em síntese, que:

4. Embora no período de 16/10/2006 a 01/11/2011, entre o Contrato Social e a Primeira Alteração, houvesse a previsão da atividade de “consultoria e assessoria em serviços de engenharia” em seu objeto social, tal atividade nunca fora exercida;

5. A previsão só existiu nesse período, portanto, sua exclusão do Simples Nacional fora deste interregno é indevida;

6. Para a Administração Tributária operou-se a decadência para revisar o período anterior a 17/12/2008;

7. a exclusão da contribuinte do SIMPLES em decorrência de mera previsão da atividade em seu contrato social é incompatível com as decisões proferidas pelo CARF e pelos Tribunais Regionais Federais do país em casos semelhantes;

8. Acosta aos autos Livros Registro de Prestação de Serviços e Notas Fiscais em anexo, referentes aos anos de 2008 a 2012 que comprovam que nunca exerceu a atividade de consultoria e assessoria em serviços de engenharia;

9. o fato de ter constado de seu objeto social várias atividades, no período de 2006 a 2011, dentre elas a de “consultoria e assessoria em serviços de engenharia”, não lhe obrigava a desenvolver todas elas, de vez que o Contrato Social apenas subsidiava legalmente a empresa para o caso de desejar exercer as atividades ali relacionadas. Aponta diversas Soluções de Consulta da Receita Federal neste sentido (Solução de Consulta nº 12, de 14/01/2008, e Solução de Consulta Disit nº 309, de 23/10/2006);

10. nenhum dos Comprovantes de Inscrição e Situação Cadastral do CNPJ, em anexo, datados de 14/08/2008, 29/09/2008, 15/10/2009, 24/03/2010 e 11/11/2011, indica o seu enquadramento em na atividade vedada;

11. o Ato Declaratório determinou sua exclusão do Simples Nacional a partir de 01/01/2008, com base no art. 76, inciso III, alínea “a”, da Resolução CGSN nº 94/2011, não estabelece o termo final, dando a entender que sua exclusão ocorreu de 01/01/2008 até a presente data;

12. a atividade de “consultoria e assessoria em serviços de engenharia”, que somente constava a título de previsão no período de 10/10/2006 a 01/11/2011, foi removida do rol de suas atividades na Primeira Alteração Contratual, datada de 01/11/2011;

13. A LC nº 123/2006, diploma legal de hierarquia superior à Resolução CGSN nº 94/2011, prevê que os efeitos da exclusão do Simples Nacional somente se projetam para os períodos em que efetivamente existiu o impedimento legal ao ingresso no Simples Nacional, por isso, o ato que determinou sua exclusão do Simples Nacional deveria ter fixado os efeitos da exclusão somente no período de 01/01/2008 (data da opção pelo Simples Nacional) a 31/12/2011 (último dia do ano calendário de 2011 em que a referida situação deixou de existir);

14. em caso de rejeição dos argumentos expendidos para comprovar que nunca exerceu a atividade em questão, devem os efeitos da exclusão do Simples ser limitados ao interregno de 01/01/2008 a 31/12/2011, respeitados os prazos de decadência.

III – Do Acórdão Recorrido

15. Ao avaliar as alegações e evidências apresentadas pela contribuinte, a 4ª Turma da DRJ/RJ1 entendeu que:

16. Quanto à alegação de decadência, esclarece que é uma das modalidades de extinção do crédito tributário e como o caso trata apenas da exclusão da contribuinte do Simples Nacional, não há que se falar em decadência. Tal discussão somente seria cabível, se em razão desta exclusão do regime simplificado o Fisco tomar a iniciativa de constituir créditos tributários relativos a anos calendário já alcançados pela decadência. Se isso ocorrer, a contribuinte poderá, contestar o (s) lançamento (s), no respectivo processo.

17. Quanto ao período de exclusão do SIMPLES NACIONAL, aduz que ainda que a interessada não tenha exercido a atividade vedada que ensejou sua exclusão do regime

benéfico, por constar tal atividade impeditiva no Contrato Social, sua permanência no Simples Nacional é vedada;

18. Acrescenta, contudo que se no Contrato Social registrado em 08/11/2006 já constava a atividade de consultoria e sua retirada do objeto social somente ocorreu por ocasião do registro da Primeira Alteração Contratual em 04/11/2011, anteriormente, portanto, à emissão do Ato Declaratório em 17/12/2013, a exclusão da contribuinte do Simples Nacional deve se dar no período compreendido entre a data de sua opção pelo regime, em 01/01/2008, até o término do ano calendário em que a atividade foi excluída de seu objeto social, ou seja, 31/12/2011.

IV – Do Recurso Voluntário

19. Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, repisando os argumentos apresentados em sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Paula Santos de Abreu, Relatora.

1. O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

2. Conforme relatado, a Recorrente foi excluída do Simples Nacional por meio de ATO DECLARATÓRIO de 17/12/2013 (fl. 28) a partir 1º de janeiro de 2008, em razão do exercício de atividade vedada, no caso, “consultoria e assessoria em serviços de engenharia”, nos termos do inciso XI do art. 17º da Lei Complementar 123/2006.

3. Tal decisão estava ancorada tão somente na simples análise do contrato social da Recorrente, como se verifica da leitura da Informação Fiscal Seort Drf/Foz nº 695/2013 de 17/12/2013 às fls. 23-28.

4. Inconformada, a Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade, comprovando, por meio de notas fiscais e outros documentos que nunca exerceu a atividade vedada, tendo apenas a descrição da mesma constante de seu contrato social. Demonstrou também que procedeu com a alteração do contrato social em 04/11/2011, excluindo tal atividade.

5. A 4ª Turma da DRJ/RJ1, contudo, ao apreciar os argumentos e evidências apresentados pela Recorrente entendeu que ainda que a interessada não tivesse exercido a atividade vedada que ensejou sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL, o simples fato de tal atividade impeditiva constar de seu Contrato Social justificaria a exclusão realizada.

6. No entanto, concedeu provimento parcial à Manifestação de Inconformidade para determinar que o período de exclusão de SIMPLES deveria compreender a data de sua opção pelo regime, em 01/01/2008, até o término do ano calendário em que a atividade foi excluída de seu objeto social em 31/12/2011.

7. Com todo o respeito à decisão recorrida, entendo que a mesma não merece prosperar.

8. É que, nos termos do inciso XI, do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, a vedação à opção pelo Simples Nacional está relacionado à efetiva prestação de serviços de engenharia.

9. Logo, no entendimento desta conselheira, a fiscalização deveria ter comprovado a prática efetiva, pela Recorrente, da atividade impeditiva de opção pelo regime do SIMPLES, o que não ocorreu. Pelo contrário. Ainda que ônus de provar a prática de atividade impeditiva de opção pelo SIMPLES fosse da Fazenda, a Recorrente logrou trazer aos autos robustos meios de prova (fls. 42-396) que asseguram que tal atividade não era praticada por ela.

10. Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para cancelar a exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu

Voto Vencedor

Conselheiro Evandro Correa Dias, Redator designado

Da alegação de decadência

A Recorrente alega que ocorreu a decadência no presente caso, sustenta que sendo o Ato Declaratório data de 17/12/2013 é de se reconhecer a aplicação do referido instituto para a Administração Tributária no período anterior a 17/12/2008, *in verbis*:

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado.

Sabe-se que, na espécie, o prazo decadencial que possui a Fazenda para a revisão de seus atos e constituição do crédito tributário é de 05 (cinco) anos.

Desta feita, em sendo o ato atacado datado de 17 de dezembro de 2013, forçoso é reconhecer-se a decadência para a administração tributária referente ao período anterior a 17 de dezembro de 2008.

A decadência está intimamente ligada à constituição do crédito tributário, pois esse instituto constitui-se em uma das modalidades de extinção do crédito tributário, relacionadas no art. 156 do CTN.

Verifica-se que a lide não se refere à constituição de qualquer crédito tributário, pois a discursão é a respeito da exclusão do Simples Nacional por atividade incompatível com esse regime.

Desse modo, rejeita-se a preliminar de decadência, pois não há que se falar desse instituto na caso em exame.

Do Mérito

A Recorrente alega em sua defesa que apesar de existir em seu Contrato Social, a previsão da atividade de "consultoria e assessoria em serviços de engenharia" em seu objeto social, tal atividade nunca foi exercida pela requerente, fato que não justifica a impossibilidade de adesão ao regime.

O Acórdão impugnado, sustenta que ainda que a interessada não tenha exercido tal atividade, tratando-se de atividade impeditiva constante do Contrato Social, sua permanência no Simples Nacional é vedada.

O Simples Nacional é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, cujo ingresso é necessário o cumprimento das seguintes condições:

- enquadrar-se na definição de microempresa ou de empresa de pequeno porte;
- cumprir os requisitos previstos na **legislação**; e
- formalizar a opção pelo Simples Nacional.

O regime do Simples Nacional é administrado por um Comitê Gestor composto por oito integrantes: quatro da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dois dos Estados e do Distrito Federal e dois dos Municípios, no termos do Art. 2º da Lei Complementar 123/2006:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

[...]

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

II - Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com a participação dos órgãos federais competentes e das entidades vinculadas ao setor, para tratar dos demais aspectos, ressalvado o disposto no inciso III do caput deste artigo;

III - Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, vinculado à Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, composto por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e demais órgãos de apoio e de registro empresarial, na forma definida pelo Poder Executivo, para tratar do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas. (Redação pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), no uso de suas competências que lhe conferem a Lei Complementar nº 123/2006, editou a Resolução CGSN nº 94, que dispõe sobre Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Ressalta-se que para o ingresso no Simples Nacional é necessário cumprir os requisitos previstos na legislação, que incluem a Lei Complementar nº 123/2006 e as resoluções do CGSN.

A vedação ao recolhimento dos impostos e contribuições na forma do Simples Nacional para microempresa ou empresa de pequeno porte que tenha finalidade a prestação de **serviços de natureza técnica** é prevista no Art. 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123/2006, a seguir transcrito:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante, ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

Essa vedação é reproduzida no Art. 15, inciso XXI, da Resolução CGSN nº 94/2011, dispõe:

Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)

XXI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XI)

O CGSN pronunciou-se no sentido que tratando-se de atividade impeditiva constante no contrato social, sua permanência no Simples Nacional é vedada, conforme Perguntas e Respostas do referido regime, in verbis:

Perguntas e Respostas

2.5. Se constar do contrato social alguma atividade impeditiva à opção pelo Simples Nacional, ainda que não venha a exercê-la, tal fato é motivo de impedimento à opção?

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 2011 seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que não exerça tal atividade.

Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo VII da Resolução CGSN nº 94, de 2011, seu ingresso no Simples Nacional será permitido, desde que declare, no momento da opção, que exerce apenas atividades permitidas.

De outra parte, também estará impedida de optar pelo Simples Nacional a pessoa jurídica que obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante ainda que não prevista no contrato social.

Verifica-se que, conforme Informação Fiscal (fls. 23 a 28), constatou-se atividade impeditiva na primeira alteração contratual, registrada na Junta Comercial em 04/11/2011, conforme reproduzida a seguir:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DA ALTERAÇÃO DO OBJETO SOCIAL: A sociedade que tem por objeto social a exploração do ramo de: Execução de Obras Civis: Edificações residenciais e comerciais, edificações industriais, reformas prediais e pequenas obras, demolições, muros de arrimo, manutenção do sistema viário, pavimentação poliédrica, adequação e revestimentos de estradas, pontes, viadutos, pavimentação asfáltica, sarjetas, instalações prediais elétricas, instalações prediais hidro-sanitárias, instalações prediais telefônicas, instalações prediais de gás, Redes de Esgoto, Sanitário e de Distribuição de Água potável impermeabilizações, reflorestamento, terraplenagem, saneamento, sistemas de drenagem pluvial e industrial, jardins e áreas gramadas, pintura, colocação de estruturas pré-moldadas de cimento armado e Artefatos de Cimento. Serviços gerais: limpeza de área industrial, limpeza de faixas de servidão, preservação de jardins e áreas gramadas, operação de criadouro de animais silvestres, colocação e manutenção de pisos de alta resistência, poda de árvores em linhas de distribuição desenergizadas, coleta e transporte de resíduos. Locação: máquinas de escavação e terraplanagem, mão de obra terceirizada, não qualificada, mão de obra temporária especializada. Manutenção industrial: serralheria. Serviço técnico especializado: consultoria e assessoria em área de engenharia, topografia de faixas, topografia de áreas, sismologia, Serviços de Perfuração e Desmonte de Rochas. Estudos e projetos: instalações prediais elétricas, instalações prediais hidro-sanitárias, instalações prediais telefônicas, instalações prediais de gás, passa a partir desta data a ter o seguinte objeto: Construção, reforma e demolição de edifícios: edifícios residenciais, edifícios comerciais, edifícios recreativos e edifícios industriais; montagem de edifícios, casas e barracões pré-moldados ou pré-fabricados de qualquer material; Execução de muros de arrimo e paredes estruturais; Serviços de revestimento e pintura de edifícios. Obras de acabamento da construção. Impermeabilização em obras de engenharia civil. Obras de urbanização - ruas, praças e calçadas: trabalhos de superfície e pavimentação e sinalização em vias rurais e urbanas, ruas,

Observa-se que a exclusão do Recorrente do regime do Simples Nacional deu-se com base na Lei Complementar nº 123/2006, na Resolução CGSN nº 94/2011 e no entendimento originário do próprio Comitê Gestor do Simples Nacional.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias