



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10980.005181/2005-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-00697 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente CENTRO AUDITIVO EV LTDA
Recorrida 2ª.TURMA DRJ/CURITIBA/PR

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES Ano-calendário: 2005. –

Ementa: EXCLUSÃO. MÚLTIPLAS ATIVIDADES.

Mesmo que conste dos objetivos sociais atividade impeditiva do direito de optar pelo Simples, não deve prosperar a exclusão quando o contribuinte comprovar, de um lado, o não exercício da referida atividade; e, de outro lado, o exercício de atividade autorizada para efeito de opção pelo Simples.

ACORDAM os Membros da 1ª **CÂMARA / 2ª TURMA ORDINÁRIA** do **PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

assinado digitalmente.

IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO –Presidente e Relatora

EDITADO EM:26/03/2012.

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, João Otavio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barretto, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Leonardo de Andrade Couto, Antônio Carlos Guidoni Filho (Vice-Presidente)

Relatório

O Ato Declaratório Executivo N° 416, de 10/10/2007, do Delegado da Receita Federal em Curitiba-PR, excluiu a Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeitos a partir de 01/05/2005, informando como causa, o exercício de atividade econômica vedada de representação comercial, em afronta ao disposto no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

Na manifestação de inconformidade, fl. 15/20, a Recorrente inicia pedindo a declaração de nulidade do ADE, porque ao solicitar seu registro no CNPJ comunicou ao fisco suas atividades e teve a inscrição liberada. Argumenta que o procedimento da Receita Federal o fez incorrer em erro, pois acreditava estar em conformidade com a lei.

Reclama da demora na crítica à sua adesão. E diz não ter exercido a atividade de representação comercial, bem como a retirara do contrato social, na segunda alteração. Pede reconsideração para ser admitido no SIMPLES ou, alternativamente, que os efeitos do ato se operem a partir de sua publicação.

Sobrevém a decisão de fls. 33/34, acórdão 06-22.029 - 2ª Turma da DRJ/CTA, de 30 de abril de 2009, assim ementado:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO • PORTE - SIMPLES Ano-calendário: 2005 PRELIMINAR DE NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do procedimento fiscal, quando comprovado que não houve cerceamento do direito de defesa, e foram cumpridos os demais requisitos previstos no Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235, de 1972).

EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS. TERMO INICIAL DE VIGÊNCIA.

Tratando-se de exercício de atividade vedada prevista no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, a exclusão do Simples surte efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente.

Ciente em 28 de maio de 2009, fls. 37, oferece as razões de recurso, em 26/06/2009, fls. 40/49, instruído com os documentos de fls. 50/77.

Informa que na constituição da pessoa jurídica CENTRO AUDITIVO EV LTDA. (24/04/2005), constava de seu contrato social - formalmente - a possibilidade de exercício de atividade não permitida para o regime do Simples Tributário, tal qual a atividade de "representação". Mas, através da 2ª. Alteração de seu contrato social.; ocorrida na data de 01/11/2006, retirou a cláusula impeditiva de sua permanência no sistema.

Ainda, na mesma data da apresentação do "Documento Básico Entrada do CNPJ", no dia 24 de maio de 2.005, a Técnica da Receita Federal da Agência Portão, através da "Representação" de fls.03, solicitou análise técnica da possibilidade ou não de sua permanência nesse regime tributário. *[Que foi recebida em 25/05/2005, pelo Sr. Chefe da CAC/Portão - conforme vê-se da citada fls. 03, a qual gerou o "Memo(rando) CAC/Portão 217/2005, expedido no dia 31/05/2005, subscrito no dia 01/06/2005 e efetivamente protocolado no SECAT no dia 02/06/2005 (fls. 02, do referido procedimento administrativo)].*

Ainda, no dia 06/06/2005 foi determinada a formalização de processo, através do despacho de fls. 01, subscrito pelo Agente Fiscal da Receita Federal do Brasil Chefe da Eqcad. Contudo, a partir da abertura do procedimento administrativo ocorrido na data de 07/06/2005, conforme "folha capa" do referido procedimento e até a data de **10 de outubro de 2.007**, data em que foi proferido o "Despacho Decisório" de fls. 10/11, **mais de 28 (vinte e oito) meses, ou mais de 800 (oitocentos) dias depois**, não houve qualquer movimentação no referido procedimento administrativo. (destaque das razões).

Repete as razões oferecidas nas razões iniciais, ou seja, seu pedido para que fosse declarado improcedente o ADE, ou, ao menos, que a produção de seus efeitos se operasse a partir de sua expedição (10/10/2007) e não do mês subsequente aquele em que a empresa iniciou suas atividades (01/05/2005).

Reclama da conclusão do aresto combatido quando afirmou, no item 14 daquele instrumento, declarou que os efeitos da alteração contratual se daria a partir da data do seu registro (01/11/2006) e mais, deveria ainda, promover nova opção e que não teria juntado as provas de que não exercera a atividade de representante comercial.

Refere-se aos diversos precedentes administrativos que, em caso semelhante decidiram a favor do Contribuinte, transcreve as ementas dos acórdãos e junta inteiro teor dos mesmos, e numera os anexos, a exemplo, : Ac. 302-36651, de 27/01/2005 (doc. 03);Acórdão n.º 301- 30810, de 05/11/2003 (doc. 04).

Comenta que os princípios utilizados nessas decisões são os mesmos do seu caso, tais sejam:

1º.) restou reconhecido no v.acórdão prolatado (caso concreto, ora examinado) que a pessoa jurídica - 'CENTRO AUDITIVO EV LTDA. - superou o "impedimento" da atividade proibitiva ao editar uma 2ª.Alteração Contratual que vigorou a partir de 01/11/2006. Entretanto, tal decisão não reconheceu no bojo daquele recurso que o "Ato Declaratório Executivo" em referência foi editado somente no dia 10/10/2007, quase um ano após, o que nos termos do primeiro precedente jurisprudencial administrativo ora apresentado - inclusive em seu inteiro teor (doc. 03) - não retiraria o direito da mesma em verse mantida no regime do Simples Tributário;

2º.) a alegada "falta de provas" a demonstrar a inexistência de atividade de "representação" durante o período compreendido entre a constituição da empresa (24/04/2005) e a vigência da cláusula proibitiva (31/10/2006) não pode ser imputada ao próprio contribuinte, no caso, CENTRO AUDITIVO EV LTDA., dispondo a própria organização fazendária de meios fiscalizatórios de comprovar o exercício de tal atividade;

3º.) a pessoa jurídica em referência afirmou categoricamente que jamais exerceu qualquer atividade de "representação", mesmo no período em que seu "contrato social" aventava a possibilidade hipotética de desempenho de atividade de "representação", conforme 2º. Parágrafo de fls. 18 dos autos, com o seguinte teor: **"Ainda assim, apesar do fato de constar no contrato social que a pessoa jurídica exercia atividade de representação, isto nunca ocorreu, ..."** (Itálicos e negritos meus).

4º.) ademais, conforme fazem prova os atos processuais administrativos demonstrados no presente caderno formal, entre o pedido de "exclusão" do contribuinte (ora Recorrente) formalizado pelo CAC (Centro de Atendimento ao Contribuinte) da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Curitiba e o despacho decisório que ensejou a expedição do "ADE" transcorreram cerca de 28 . (vinte .e oito) meses, ou seja, mais de dois anos após.

Em face de todo o exposto, requer:

- **a) conhecer** do presente Recurso Voluntário interposto, em face de sua manifesta tempestividade e, b) no mérito, em **dar-lhe integral provimento**, no sentido de promover ampla reforma do acórdão ora recorrido, para os seguintes fins:

b.1) declarar a nulidade do ADE (Ato Declaratório Executivo) expedido contra o contribuinte (ora Recorrente), em face do grande tempo transcorrido entre a Representação da unidade fiscal e a sua expedição, considerando, ainda, que ao tempo desta .(10/10/2007) - fls. 12 dos autos - o Recorrente não mais tinha contido em seu contrato social a possibilidade da prática de atividade proibitiva para o regime do simples tributário, conforme 2º. Alteração de seu contrato social devidamente acostado ao presente caderno processual(ocorrida em 01/11/2006 – fls.28/31 dos autos);

b.2) alternativa e sucessivamente, em considerar automaticamente o contribuinte (ora Recorrente) aderido ao sistema do simples tributário a partir da data de 01/11/2006, oportunidade em que registrou perante a Junta Comercial do Paraná sua 2ª.(Segunda)alteração de Contrato Social, onde não mais constou a atividade proibitiva de representação, deixando o período anterior - a partir da constituição formal do contribuinte (ora Recorrente) perante a Junta Comercial do Paraná (JUCEPAR) - **24/04/2005 e. até a data de 31/10/2006** (dia imediatamente anterior à sua 2. Alteração de Contrato Social)

sujeito à fiscalização por parte da Delegacia da • Receita Federal do Brasil em Curitiba, de modo a ser constatado se foi exercida qualquer atividade de representação, para fins de serem aplicados os tributos - .respectivos (em caso de confirmação da atividade, o que o contribuinte/Recorrente nega peremptoriamente);

b.3) se for o caso, antes de ser, emitido qualquer veredito no presente recurso voluntário, o contribuinte/Recorrente coloca toda a sua documentação fiscal à disposição desse Egrégio CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), seus órgãos unitários ou quaisquer agentes de fiscalização da Receita Federal do Brasil, para as conferências e apurações que se fizerem necessários.

Despacho de fls.78 encaminha os autos para o CARF. Os recebo para relato,
por sorteio.

É o Relatório.

Voto

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e dele conheço.

Trata-se de pedido de reingresso no do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeitos a partir de 01/05/2005, por exercício de atividade econômica vedada, representação comercial, em afronta ao disposto no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

A Recorrente, desde suas razões iniciais, propugna pelo cancelamento do Ato Declaratório Executivo Nº 416, de 10/10/2007, alegando que jamais exerceu a atividade de representante comercial, bem como, antes da emissão do ADE, já retirara do seu instrumento societário a cláusula que dizia respeito à atividade impeditiva de sua permanência no SIMPLES.

A redação original do contrato social que motivou a exclusão se fez na seguinte ordem:

(...)

Cláusula Terceira: *O objeto social será a exploração dos ramos de importação, exportação de aparelhos auditivos, ortopédicos e equipamentos de audiologia e otorrinolaringologia; comércio varejista de aparelhos auditivos, ortopédicos, equipamentos de audiologia e otorrinolaringologia; manutenção de aparelhos auditivos e representação. (fls.25 de 14/04/2005).*

Antes de qualquer procedimento fiscal, na segunda alteração contratual, a cláusula terceira ficou assim redigida:

Cláusula Terceira: *O objeto social será a exploração dos ramos de importação, exportação de aparelhos auditivos, ortopédicos e equipamentos de audiologia e otorrinolaringologia; comércio varejista de aparelhos auditivos, ortopédicos, equipamentos de audiologia e otorrinolaringologia; manutenção de aparelhos auditivos. (Fls.29, em 09/10/2006).*

Compulsando os autos, às fls. 03, consta a Representação, da autoridade preparadora, datada em 24/05/2005 e recepcionada em 25/05/2005, a qual a Recorrente se referiu em suas razões de recurso, como se “consulta” fosse, assim vazada:

A empresa CENTRO AUDITIVO EV LTDA CNPJ 07 389 691/0001-06, solicitou inscrição ,CNPJ consta como optante do SIMPLES. Na inscrição contratual consta como atividade econômica; Importação, Exportação de Aparelhos auditivos, ortopédicos e equipamentos de audiologia e otorrinolaringologia, comercio varejista de aparelhos auditivos, ortopédicos, equipamentos de audiologia e otorrinolaringologia, manutenção de aparelhos auditivos e representação, conforme cópia em anexo.

Solicito que seja encaminhado ao setor competente para análise e verificar se a Empresa pode continuar sendo tributada no SIMPLES e se for o caso que seja feito á exclusão de ofício.

Ou seja, a exclusão se deu tão somente pelo fato de constar no contrato social a possibilidade de exercer a atividade de representação comercial. Mas a efetividade do exercício dessa atividade vedada não foi objeto de análise da ação fiscal.

No Colegiado Administrativo várias decisões existem no sentido de só admitir a exclusão da Pessoa Jurídica optante pelo SIMPLES, quando restar efetivamente comprovado o exercício de atividade vedada. E não apenas quando a empresa tem múltiplas atividades em seu NIRE.

Como exemplo o acórdão CSRF 910101.059, de 28/06/2011, cuja ementa foi reproduzida neste processo, na ordem seguinte:

EXCLUSÃO DO SIMPLES Mesmo que conste dos objetivos sociais atividade impeditiva do direito de optar pelo Simples, não deve prosperar a exclusão quando o contribuinte comprovar, de um lado, o não exercício da referida atividade; e, de outro lado, o exercício de atividade autorizada para efeito de opção pelo Simples.

A i.Conselheira Karem Jureidini Dias, consignou em suas razões de decidir que o fato de conter mera previsão de exercício de atividade (não exercida de fato) no contrato social, não é motivo de exclusão do seu enquadramento no SIMPLES e assim comentou:

(...)

Neste ponto, transcrevo trecho do voto que menciona o Boletim Central COSIT nº 55/97, que esclarece algumas questões:

"Se constar no contrato social que a PJ pode exercer alguma atividade que impeça a opção pelo SIMPLES, ainda que não venha a obter receita dessa atividade, tal fato é motivo que impeça sua opção por esse regime de tributação?"

Se no contrato social constarem unicamente atividades que vedam a opção, a pessoa jurídica deverá alterar o contrato para obter a inscrição no Simples, valendo a alteração para o anocalendário subsequente. Excepcionalmente, será admitida alteração do contrato social, para adaptá-la ao Simples, até 31/3/1997, desde que, neste ano de 1997, não tenha obtido receitas de atividades impeditivas. Admitir-se-á, no entanto, a existência no contrato social das atividades impeditivas juntamente com não impeditivas condicionando-se neste caso, porém, a possibilidade de opção e permanência no Simples, ao exercício tão somente das atividades não vedadas. De outra parte, também estará impedida de optar pelo Simples a pessoa jurídica que obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante, ainda que não prevista no contrato social."

Como os autos não foram instruídos com documentos que confrontassem as alegações e os documentos trazidos pela Recorrente, que apontam para o exercício de atividade permitida para inscrição no SIMPLES, é de se cancelar o ato de exclusão.

Nessa ordem de juízo, DOU provimento ao recurso.

assinado digitalmente.

Ivete Malaquias Pessoa Monteiro.