



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

**Processo n°** 10980.006852/2009-14  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1803-001.981 – 3ª Turma Especial**  
**Sessão de** 03 de dezembro de 2013  
**Matéria** EXCLUSÃO SIMPLES NACIONAL  
**Recorrente** BELADERMA-COMERCIO DE COSMÉTICOS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. .  
EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA.. PROVA.

A exclusão de ofício da sistemática de recolhimento simplificado preconizada na Lei Complementar nº 123/2006, deve estar sustentada em prova inequívoca do exercício de atividade vedada e não se basear em simples presunções desacompanhadas de qualquer suporte fático probatório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Sérgio Rodrigues Mendes.

*(assinado digitalmente)*

Walter Adolfo Maresch – Relator e Presidente Substituto.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walter Adolfo Maresch (presidente da turma), Meigan Sack Rodrigues, Sérgio Rodrigues Mendes, Victor Humberto da Silva Maizman, Neudson Cavalcante Albuquerque e Sérgio Luiz Bezerra Presta.

## Relatório

BELADERMA COMERCIO DE COSMÉTICOS LTDA, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida pela DRJ CURITIBA (PR), interpõe recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma da decisão.

Adoto o relatório da DRJ por bem retratar os fatos.

*Trata o presente processo de manifestação contra o ADE DRF/CTA nº 164/2009 Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples Nacional– Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) – de que trata a Lei Complementar nº 123/2006.*

*Em 17/07/2009, a Receita Federal de Curitiba excluiu a empresa do Simples Nacional a partir de 01/07/2007 por ter a empresa exercido atividade vedada, no caso houve a verificação da vedação prevista no inciso XI do art.17 da Lei Complementar 123 de 2006, conforme consta do Despacho Decisório, abaixo transcrito:*

### *DESPACHO DECISÓRIO...*

*A empresa tem como objeto social o ramo de "comércio de cosméticos centro de tratamento estético facial e corporal", consoante se depreende da primeira alteração contratual, datada de 03 de dezembro de 2003, conforme fis.2/5.*

*3. Releva destacar que a empresa, possuindo em seu quadro societário uma médica e uma fisioterapeuta, exerce a atividade de tratamento estético facial e corporal, correspondendo tal atividade ao Código Nacional de Atividades Econômicas CNAE 96092/ 01, impeditivo à opção pelo Simples Nacional de acordo com o Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 18 de junho de 2007.*

*4. Por derradeiro, a legislação que rege o Simples Nacional, no texto da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006, dispõe que:*

*'Art. 17º 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;*

*[...]*

5. Essa mesma Lei Complementar n.º 123/2006, também determina que:

"Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

[...]

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

*I verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;" Inconformada, a empresa apresentou manifestação alegando que:*

*A DRF equivocadamente entendeu que a empresa vem desenvolvendo a atividade de tratamento estético facial e corporal, vedado pelo art. 17, Inciso XI da Lei nº 123/2006 aos optantes do SIMPLES NACIONAL, por constar a referida atividade no Contrato Social, bem como por possuir a empresa no seu quadro societário uma médica e uma fisioterapeuta.*

*Afirma que analisando as Notas Fiscais emitidas pela requerente percebe-se que as atividades são relativas a compra e venda de cosméticos e a prestação de alguns serviços de Salão de Beleza, que não se confundem com o disposto no art. 17, inciso XI da Lei nº 123/06, devendo-se revogar o ADE nº 164/09.*

*Argumenta que a atividade principal da empresa é o comércio de cosméticos, estando cadastrada na SRF sob o CNAE 47.72500 "comércio varejista de cosméticos e produtos de perfumaria e de higiene pessoal".*

*Ressalta que o fato do Contrato Social constar diversas atividades, não há obriga a desenvolver todas elas, apenas subsidia e ampara legalmente a empresa para caso queira desenvolver tal atividade econômica esta esteja disposta. Cita jurisprudência do CC neste sentido.*

*Informa que a sua exclusão teve como fundamento o art. 17, inciso XI da LC nº 123/06, que dispõe sobre a impossibilidade da empresas ingressarem no SIMPLES NACIONAL pelo fato de exercerem finalidade de prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica...; porém caso a fiscalização observa-se as Notas Fiscais emitidas pela requerente, perceberia que a sua atividade restringiu-se à comercialização de cosméticos e à prestação de alguns serviços de salão de beleza. Apresenta julgados do Tribunal Federal da 4ª Região de que atividades de serviços de beleza, não se enquadrariam nas hipóteses de vedação do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.*

*No que se refere ao fato de a empresa possuir em seu quadro societário pessoas vinculadas à área de saúde, uma médica e uma fisioterapeuta, não significa que a sociedade preste serviços profissionais nas respectivas áreas ou qualquer serviço*

*assemelhado que requeira habilitação profissional. Entende que não há qualquer relação entre a formação profissional das sócias com o objeto social da empresa ou pela atividade desenvolvida, sendo comum as pessoas concluírem curso superior e decidirem desenvolver atividade empresária, não necessariamente vinculada a sua formação profissional.*

*Salienta que a SRF sequer compareceu a empresa para averiguar as atividades econômicas desenvolvidas, oportunidade que possibilitaria constatar que a empresa exerce atividades permitidas.*

*Alega que ao excluir a empresa do SIMPLES NACIONAL sem a verificação efetiva de qual é atividade da empresa, infringiu os princípios constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. Cita o Decreto 70.235/72, na parte que dispõe que a impugnação deverá mencionar as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda que sejam efetuadas, sendo assim, entende que para o correto julgamento do feito, é indispensável a realização de diligência administrativa, para que a fiscalização dirija-se a empresa para averiguar quais atividades a empresa desenvolve. Afirma que o indeferimento da diligência, imporá o cerceamento do direito de defesa, a teor do art. 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72, devendo-se após a sua realização oportunizar o contribuinte manifestar-se sobre a mesma. Cita jurisprudência do 2º Conselho de Contribuintes de que a falta de ciência do contribuinte da diligência realizada causa a nulidade das decisões proferidas.*

*Salienta que os efeitos da exclusão somente devem ocorrer a partir do mês seguinte aquele em que se procede à exclusão pela verificação da situação contrária ao regime, e não àqueles previstos no art. 31, inciso II da LC nº 123/06, que prevê que os efeitos da exclusão devem retroagir à data da opção exercida.*

*Elenca diversos julgados dos tribunais judiciais, referentes a sistemática do SIMPLES FEDERAL, que a revisão da adesão da empresa ao regime somente pode produzir efeitos prospectivos a partir do mês seguinte ao do ato declaratório.*

*Entende que ao determinar no ADE a retroatividade dos efeitos da exclusão à data da opção, a SRF violou o Princípio da Irretroatividade da Lei, disposto no art.*

*150, III, "a", da CF/88, bem como o contido no art. 146 do CTN. Cita jurisprudência e doutrina, na qual consta que a adoção de novo critério pela Administração Pública não pode gerar efeitos retroativos. Salienta que a única situação que pode ser causa de fundamentação do Fisco é o previsto no caput do art. 106 do CTN, porém o interesse público não pode ser utilizado para fundamentar a posição de intérprete da lei a favor do fisco, devendose a interpretação adequada ser realizada conforme a constituição e a legislação.*

*Aduz que não encontra amparo na legalidade à pretensão do Fisco para retroagir à data de sua opção, a não ser em caso de fraude, o que não se verificou no caso.*

*Argumenta que desde a opção o Fisco homologou a sua opção e a partir daí vem cumprindo com suas obrigações, não podendo repentinamente se ver destituído do direito que o próprio órgão outorgou. Reclama que o prazo para a manifestação é demasiado injusto, uma vez que o ADE não define a razão do exato procedimento fiscal o que agrava a sua situação.*

*Por fim, requer:*

*a) Seja reformado o r. Despacho Decisório, determinando-se revogação do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA no 164 de 17 de Julho de 2009 em razão da inexistência de qualquer motivo para exclusão da recorrente do regime SIMPLES desonerando a empresa requerente de quaisquer pendências tributárias que possam decorrer dos efeitos da referida exclusão.*

*b) Caso assim não entenda Vossa Senhoria, requer a suspensão do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA no 164 de 17 de Julho de 2009, para sejam realizadas as diligências cabíveis mediante acompanhamento da empresa contribuinte, no intuito de averiguar as atividades por ela desenvolvidas, com a posterior manifestação da requerente aos termos das diligências que forem efetuadas.*

*c) Por fim, na remota hipótese de ser a empresa requerente considerada inapta a permanecer no regime tributário do SIMPLES, requer seja reformado o despacho decisório e conseqüentemente revogado o Ato Declaratório Executivo DRF/CTA no 164 de 17 de Julho de 2009, para que os efeitos da exclusão da empresa requerente do SIMPLES operem tão somente após a sua efetiva exclusão do SIMPLES, pelo princípio da Irretroatividade Tributária.*

A DRJ CURITIBA (PR), através do acórdão nº 06-37.107, de 29 de maio de 2009 (fls. 328/335), julgou improcedente a manifestação de inconformidade, ementando assim a decisão:

*ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL*

*Ano-calendário: 2007*

*OPÇÃO. ATIVIDADE INTELECTUAL. EMPRESA.*

*Não pode ingressar/permanecer no Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte 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.*

*EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. CONTRATO SOCIAL. ÔNUS DA PROVA.*

*A previsão de atividade vedada como objeto social, constante no contrato social da pessoa jurídica, legitima a presunção de seu*

*exercício, cabendo ao contribuinte o ônus de prova em contrário.*

**EXCLUSÃO. IRRETROATIVIDADE. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO.**

*O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde determinada data passada, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos.*

Ciente da decisão em 15/02/2013, conforme Aviso de Recebimento – AR (fl. 339), apresentou o recurso voluntário em 08/03/2013 - fls. 343/362, onde reitera os termos da inicial.

É o relatório

## **Voto**

Conselheiro Walter Adolfo Maresch

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele conheço.

Trata o presente processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL (Lei Complementar nº 123/2006) em virtude de exercício de atividade impeditiva nos termos do art. 17, inciso XI da Lei Complementar nº 123/2006 (clínica estética).

Alega a recorrente em síntese:

a) A nulidade do ato de exclusão em virtude do cerceamento de defesa por não ter sido realizada diligência para verificação da real atividade exercida pela recorrente;

b) Que a exclusão foi realizada apenas com base no objeto social constante do contrato social sem verificação das atividades realizadas pela recorrente;

c) Que as atividades constantes do contrato social são autorizativas e podem ou não ser realizadas pela empresa;

d) Que a recorrente não exerce qualquer atividade vedada conforme comprovam as notas fiscais juntadas ao processo;

e) Que exerce o comércio de cosméticos e presta alguns serviços de beleza que não se confundem com qualquer tipo de atividade vedada para adesão ao SIMPLES NACIONAL;

f) Que em caso de manutenção da exclusão da sistemática do SIMPLES NACIONAL esta somente poderá ter efeitos prospectivos não se admitindo a exclusão retroativa.

Assiste razão à interessada.

A decisão de primeira instância merece reforma.

Com efeito, conforme se observa do Despacho Decisório (fls. 08/09) que sustenta o Ato Declaratório de Exclusão (fl. 13), os atos de exclusão estão amparados tão somente sobre o objeto social constante do Contrato Social (fls. 02/05).

Consta do mencionado contrato social o seguinte objeto social “comércio de cosméticos e centro de tratamento estético facial e corporal”.

Segundo o despacho decisório a contribuinte exerceria atividade vedada para a inclusão e manutenção no SIMPLES NACIONAL (Lei Complementar nº 123/2006), de acordo com o Anexo I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional CGSN nº 06, de 18/06/2007, na atividade enquadrada no CNAE 9609-2/01.

Mencionada atividade está assim descrita no CNAE – “clínicas de estética e similares”.

Inicialmente verifico que as únicas provas carreadas aos autos sobre as atividades exercidas pela recorrente foram os documentos constantes de fls. 41/320 apresentados por ocasião da manifestação de inconformidade pela própria contribuinte.

Pela análise dos documentos conforme a própria decisão de primeira instância reconhece, não há em princípio qualquer evidência de exercício de atividade vedada.

Pelas graves conseqüências que advém da exclusão da sistemática do SIMPLES NACIONAL, o processo de exclusão deve estar amparado em elementos sólidos para apoiar a convicção de suas conclusões e a plena legalidade do ato de exclusão.

A falta de elementos seguros quanto a verdadeira natureza das atividades exercidas pela recorrente impedem que se atribua legalidade ao ato de exclusão fundado exclusivamente no suposto exercício de atividade vedada com base no contrato social.

A composição societária da empresa cujo quadro social é composto de uma médica e uma fisioterapeuta por si só tampouco consistem em elemento seguro para aferição do exercício de atividade vedada.

Por outro turno, com o advento da Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007, o parágrafo segundo do art. 17 da LC nº 123/2006, passou a ter a seguinte redação:

*§ 2º Também poderá optar pelo Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa neste artigo, desde que não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação previstas nesta Lei Complementar.*

Ou seja, a anacrônica inclusão como atividade vedada das denominadas clínicas de estética sem o obrigatório e efetivo concurso de qualquer profissional técnico com habilitação específica ou de profissão regulamentada nos serviços prestados, não tinha mais razão de ser, tendo o CNAE 9609-2/01 sido excluído da tabela impeditiva pelo próprio comitê

gestor do Simples Nacional, conforme se observa de longa data na tabela anexa à Resolução CGSN nº 06/2007 que fundamentou o ato de exclusão.

Destarte, seja pela absoluta falta de legalidade do ato de exclusão amparado exclusivamente no objeto social constante do contrato social, seja pela inexistência de comprovação de exercício de qualquer atividade vedada, impõe-se a revogação da exclusão efetuada.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

*(assinado digitalmente)*

Walter Adolfo Maresch – Relator