



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

**Processo nº** 11080.727479/2012-41  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 1201-002.575 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 21 de setembro de 2018  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO  
**Recorrente** TECNISERVICE - SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

O exercício de atividade econômica vedada impossibilita o ingresso do contribuinte no Simples Nacional.

EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. NEGATIVA NÃO JUSTIFICADA DE EXIBIR LIVROS E DOCUMENTOS A QUE ESTAVA OBRIGADA.

A pessoa jurídica poderá ser excluída da sistemática do Simples Nacional por iniciativa da autoridade administrativa quando der causa a embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada.

EXCLUSÃO. VEDAÇÕES DO ARTIGO 3º, § 4º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006.

A pessoa jurídica que incorrer em alguma das vedações previstas no § 4º da Lei Complementar nº 123/2006, será excluída do regime de tributação favorecido a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a recorrente do Simples Nacional com efeitos desde 1º de novembro de 2008, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado.

## Relatório

Adota-se o relatório do Acórdão nº 15-36.688 da 4ª Turma da DRJ/SDR (fls. 66 a 70), com a complementação necessária em seguida:

Trata-se de Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo nº 003, de 12 de junho de 2012, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre (RS) - DRF/POA, que excluiu a contribuinte do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2008 em virtude dos sócios gerentes participarem do capital social e administração de outra pessoa jurídica, também optante pelo Simples Nacional; por desenvolver atividade vedada à opção pelo Simples Nacional (prestação de serviços com cessão de mão de obra); e por deixar de apresentar documentação solicitada em ação fiscal (contratos de prestação de serviços e respectivas notas fiscais), o que dificultou a execução de auditoria por parte da RFB.

A exclusão teve origem na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional às folhas 02/10.

Cientificada do referido ADE, a contribuinte apresenta Manifestação de Inconformidade alegando, em síntese:

1. Em razão dos fatos apurados pela fiscalização, foi excluída do Simples Nacional nos termos do ADE DRF/POA nº 003/2012, com efeitos retroativos a 01/07/2007, por ter ultrapassado a receita máxima permitida para a permanência no referido sistema e ter como atividade principal a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra;

2. No que diz respeito a ter ultrapassado a receita máxima permitida para a permanência no referido sistema, tal fato ocorreu em outubro de 2008, devendo, então, ser excluída do Simples Nacional com efeitos a partir de novembro de 2008, conforme tabela com os valores da sua receita no ano calendário 2008 e legislação que transcreve;

3. Porém, a exclusão do Simples Nacional foi deferida com efeitos retroativos a 01/07/2007, por entender a fiscalização, de forma primária, sem suporte jurídico e sem nenhuma prova documental, que a atividade econômica da recorrente é cessão de mão de obra, atividade, contudo, que nem sequer consta de seus atos constitutivos, o que teria sido constatado mediante informações verbais com os representantes da empresa;

4. Para este tipo de prova, esta alegação é fraca e inconsistente, pois qualquer pessoa pode afirmar que obteve informações verbais, restando saber de que forma estas informações verbais serão provadas;

5. No ordenamento jurídico temos diversos tipos de prova, entre eles a testemunhal e a documental, que são as mais utilizadas, porém a prova através de informações verbais não existe no direito pátrio;

6. O objetivo social da impugnante desde a sua constituição é a comercialização e assistência técnica de equipamentos e suprimentos de informática, prestação de serviços de digitação de dados e pesquisas de mercado;

7. A RFB resolve, de forma arbitrária, leviana, sem prova e suporte jurídico, determinar qual o objetivo social da impugnante;

8. No curso da ação fiscal foram solicitados os contratos de prestação de serviço, os quais não foram entregues, caracterizando o embaraço à fiscalização, mas de acordo com o Código Civil os contratos podem ser escritos ou não, e assim o fato de a recorrente não possuir contratos escritos – impossibilitando-a de os entregar à fiscalização – não autoriza as deduções acerca de sua atividade econômica;

9. Além disto, é possível verificar que o Código Civil, acerca dos contratos de prestação de serviço, não determina a forma, e por este motivo pode ser verbal, que é o que ocorre com a recorrente;

10. Ao final, requer a procedência da Manifestação de Inconformidade para que seja excluída do Simples Nacional com efeitos a partir de novembro de 2008.

Por essa decisão, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente, conforme ementa abaixo transcrita:

*EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.*

*O exercício de atividade econômica vedada impossibilita o ingresso do contribuinte no Simples Nacional.*

*EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. NEGATIVA NÃO JUSTIFICADA DE EXIBIR LIVROS E DOCUMENTOS A QUE ESTAVA OBRIGADA.*

*A pessoa jurídica poderá ser excluída da sistemática do Simples Nacional por iniciativa da autoridade administrativa quando der causa a embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada.*

No recurso voluntário são repisadas as razões expostas na manifestação de inconformidade, acrescentando-se:

a) a receita total da recorrente, no ano de 2008, foi da ordem de R\$ 300.000,00, bem abaixo do limite para que se procedesse ao seu desenquadramento como microempresa;

b) não presta serviços com cessão de mão-de-obra, mas por meio de empreitada global;

c) que houve erro da fiscalização quanto à apuração da receita da empresa em três meses (março, julho, novembro e dezembro, de 2008) e, se considerados os valores corretos, não teria havido a superação quanto ao limite para a exclusão.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Relator.

### Admissibilidade.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se conhecer.

### Mérito.

Pelo ato declaratório executivo, a exclusão da recorrente do Simples Nacional deu-se por três motivos:

a) os sócios gerentes participam do capital social e administração de outra pessoa jurídica, também optante pelo Simples Nacional;

b) a recorrente desenvolve atividade que veda a opção pelo Simples Nacional (prestação de serviços com cessão de mão de obra); e

c) não apresentou a documentação solicitada em ação fiscal (contratos de prestação de serviços e respectivas notas fiscais), o que caracteriza embargo à fiscalização.

Quanto ao primeiro motivo, não há nenhuma contestação sobre a participação dos sócios no capital social ou da administração de outra pessoa jurídica, também optante pelo Simples Nacional. Nesse ponto, na manifestação de inconformidade a interessada (atual recorrente) alega que o excesso de receitas, consideradas as duas PJs, só teria ocorrido em outubro de 2008, não cabendo a exclusão desde janeiro desse ano. Já, no recurso voluntário, aduz que a receita seria de R\$ 309.418,00, abaixo do limite para a exclusão. Também, alega ter havido erros na apuração da receita nos meses de março, julho, novembro e dezembro, de 2008, e que, se considerados os valores corretos, não teria sido atingido o limite. Não foi trazido nenhum documento junto com o recurso voluntário, nem tampouco foi informado em que se consubstancia o erro: na receita da recorrente, da outra PJ (Martins Informática Ltda.) ou na soma dessas duas receitas.

No que tange ao valor da receita de R\$ 309.418,00, essa alegação foi veiculada no recurso em contestação ao contido na decisão de piso que considerou não parecer "crível e nem razoável que uma empresa, **com receita bruta anual superior ao próprio limite para opção pelo Simples Nacional**, não formalize um único contrato sequer de prestação de serviços, não definindo cláusulas tais como valor, forma de pagamento, prazo de validade, penalidades para as hipóteses de descumprimento ou atraso de pagamento, ou mesmo definição das atividades a serem desenvolvidas, onde e por quantos funcionários." (Destaque acrescido)

Dessa forma, verifica-se que não houve nenhuma contestação ao fato de que os sócios participavam do capital social e da administração de duas PJs optantes pelo Simples Nacional, mas que a receita da recorrente, de forma isolada, não superava o limite para opção.

Relativamente aos erros de soma, além da alegação, nenhuma prova trouxe a recorrente. Comparando-se a tabela constante tanto na Representação para Exclusão do Simples Nacional (fls. 53 e 54), quanto na manifestação de inconformidade (fl. 59), com o livro Razão (fls. 39 e 40), não se vê qualquer erro cometido na soma das receitas da recorrente nesses meses. Quanto às receitas da Martins Informática Ltda., somente consta na tabela da Representação. No entanto, como já relatado, a alegação não indicou, com detalhes, em que consistia esse erro.

Não há dúvidas, pois, quanto ao auferimento de receitas em valor que excedeu o limite para a manutenção da contribuinte no Simples Nacional em 2008. No entanto, o excesso ocorreu somente em outubro e, conforme a legislação (artigo 3º, § 6º, da Lei Complementar nº 123/2006), a exclusão não poderia ter efeitos retroativos, como bem observou o auditor fiscal autor da representação conforme se vê na fl. 8:

*Como foi demonstrado os sócios Edson Martins e principalmente e sócia Liana Pertile participam e administram ambas as pessoas jurídicas, situação esta que obriga a soma das receitas das empresas envolvidas, extrapolando a limite para empresa de pequeno porte na época da opção.*

*Cumpre salientar também que as empresas operam no mesmo endereço, rua Carlos Trein Filho nº 254.*

*Na situação acima descrita a exclusão terá seus efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva de acordo com o §6º do Art. 3º da LC 123.*

O segundo motivo de exclusão mencionado no ato declaratório foi que a recorrente desenvolve atividade que veda a opção pelo Simples Nacional (prestação de serviços com cessão de mão de obra).

Quanto a isso, a recorrente alega que as decisões da Administração Federal deram-se "de forma primária, sem suporte jurídico e sem nenhuma prova documental, que a atividade econômica da recorrente é cessão de mão de obra, atividade, contudo, que nem sequer consta de seus atos constitutivos, o que teria sido constatado mediante informações verbais com os representantes da empresa". Observa-se que a contribuinte, ora recorrente, foi intimada a apresentar os contratos de prestação de serviços que, entretanto, não foram entregues. Na impugnação, foi informado que os contratos teriam sido firmados de forma verbal, motivo da não-apresentação, não podendo, por esse motivo, ser presumida a forma da prestação de serviço, que se dá por meio de empreitada global, conforme é aduzido no recurso voluntário.

Em todos os contratos sociais acostados aos autos (fls. 11 a 29), o objeto social da sociedade é:

***Segunda:*** *A sociedade tem por objetivos sociais a comercialização e assistência técnica de equipamentos e suprimentos de informática, prestação de serviços de digitação de dados e de pesquisas de mercado.*

Consta da Representação Fiscal para a exclusão do Simples Nacional (fl. 8):

*4.4 - A atividade econômica da pessoa jurídica é a prestação de serviços com cessão de mão obra. A prestação de serviços está prevista em seu contrato social e foi constatada mediante informações verbais com representantes da empresa. Considerando que a empresa não apresentou contratos de prestação de serviços e notas fiscais de serviço, conforme item 4.4 a seguir, que demonstre a execução de outra atividade além da cessão de mão obra elegemos esta atividade como a principal executada pela pessoa jurídica. A cessão de mão de obra é atividade vedada para opção pelo SIMPLES NACIONAL, conforme item XII do Art. 17da LC nº 123. (Destaques acrescidos)*

Compulsando-se os autos, não se encontra nenhuma declaração prestada por sócios/representantes da empresa reduzida a termo.

Muito embora a alegação de que os contratos de prestação de serviços tenham sido firmados de forma verbal não seja de todo concebível e, ainda, a fé pública de que goza o agente da Administração, no caso o Auditor-Fiscal da Receita Federal, não há prova cabal de que a prestação de serviços tenha ocorrido por meio de cessão de mão-de-obra.

Dessa forma, esse motivo deve ser afastado para fins da exclusão da recorrente do Simples.

Por fim, o último motivo mencionado no ADE de exclusão é o embaraço à fiscalização.

Na Representação Fiscal para a exclusão do Simples Nacional (fl. 9) assim se manifesta o Auditor-Fiscal:

*4.5 - No curso da ação fiscal, foi solicitado através do Termo de Intimação Fiscal nº 001, lavrado e com ciência em 10/05/2012, reiterado e ratificado através do Termo de Intimação Fiscal nº 002, lavrado e com ciência em 24/05/2012, a apresentação dos contratos de prestação de serviço, firmados com as empresas tomadoras de seus serviços e as respectivas notas fiscais emitidas pelos serviços prestados com aqueles tomadores. Foi negado à fiscalização a apresentação da documentação solicitada o que dificultou a apuração das receitas auferidas pelo sujeito passivo, a análise das retenções e compensações efetuadas. Este comportamento motiva a exclusão do Simples Nacional conforme determina o artigo nº 29 item II a seguir:*

Mais uma vez, salienta-se que a alegação de que os contratos de prestação de serviços tenham sido firmados de forma verbal não seja de todo aceitável, motivo alegado para a não apresentação deles, não foram entregues, também, as notas fiscais de prestação de serviços. Quanto a estas últimas, a recorrente estava obrigada a emitir e, por consequência, não poderia se omitir da apresentação após ser regularmente intimada.

Caracterizado está o embaraço à fiscalização, nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei Complementar nº123/2006, vigente à época dos fatos:

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

[...]

*II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;*

Pelo exposto, verifica-se que dois dos motivos ensejadores da exclusão da contribuinte do Simples Nacional, conforme o ADE, são pertinentes. Resta, pois, a análise quanto aos efeitos da exclusão.

No caso do embaraço à fiscalização, o próprio Auditor-Fiscal na Representação assim menciona:

No caso descrito no item 4.4 acima a exclusão terá seus efeitos a partir do próprio mês em que incorridas como segue Art. 29 § 1º a seguir:

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

*§ 1ª Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.*

O embaraço deu-se quando da negativa da apresentação dos documentos. A contribuinte teve ciência quanto ao termo pelo qual foi intimada a apresentá-los (fls. 37 e 38) em 24 de maio de 2012. O prazo para a apresentação foi de cinco dias. Em face disso, a exclusão só poderia surtir efeitos em 1º de maio de 2012.

Quanto à participação dos sócios no capital social ou da administração de outra pessoa jurídica, também optante pelo Simples Nacional, como visto, não houve nenhuma contestação, quer em sede de manifestação de inconformidade, quer de recurso voluntário. Também, relativamente às receitas auferidas por ambas as PJs, ficou demonstrado que, em outubro de 2008, houve ultrapassagem do limite então vigente para a permanência da pessoa jurídica no regime diferenciado.

A Lei Complementar nº 123/2006 vigente à época dos fatos dispunha:

*Art. 3º [...]*

*§ 4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:*

[...]

*III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei*

*Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;*

*[...]*

*V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo.*

*[...]*

*§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte **incorrer** em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º, **será** excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que **incorrida** a situação impeditiva. (Destques acrescidos)*

As vedações previstas no § 4º supratranscrito impedem, de imediato, a opção de qualquer pessoa jurídica no regime diferenciado estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006.

Contudo, a norma do § 6º, também transcrito acima, é no sentido de que, quando aquela pessoa jurídica, que já esteja enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, incorrer, posteriormente, em alguma das situações previstas, ela será excluída do tratamento diferenciado. E, no caso dos incisos III e V do artigo 4º da lei em tela, o incorrer pode ser tanto no sentido de sócio ou administrador que passe a fazer parte do quadro societário de outra pessoa jurídica ou a administrar essa outra PJ, cuja soma das receitas já tenha ultrapassado o limite estabelecido na data do ato, ou ainda que as receitas das duas ou mais PJs de que faça parte o mesmo sócio ou administrador ultrapassem, no futuro, o limite previsto, essa última hipótese a que ocorreu no presente caso.

Em face disso, a exclusão surte seus efeitos desde novembro de 2008.

### **Conclusão.**

Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE provimento parcial, estabelecendo que a exclusão da recorrente do Simples Nacional tenha efeitos desde 1º de novembro de 2008.

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar

Processo nº 11080.727479/2012-41  
Acórdão nº **1201-002.575**

**S1-C2T1**  
Fl. 6

---