



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.721596/2014-03
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.594 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de julho de 2020
Recorrente TARSO SANTOS PHILIPPI - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

MATÉRIAS NÃO CONTESTADAS NA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. PRECLUSÃO.

Consideram-se preclusas as matérias que não foram expressamente contestadas na manifestação de inconformidade.

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA INCLUÍDA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA POR COMUNICAÇÃO. PROVA EM CONTRÁRIO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. ADMISSIBILIDADE

Em analogia com o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em decorrência do exercício de atividade vedada, no caso da exclusão por comunicação realizada pelo contribuinte, a impossibilidade de recolhimento dos tributos pelo regime beneficiado não decorre de uma constatação do Fisco, mas de uma informação prestada pelo próprio contribuinte, de modo que recai sobre este o ônus de comprovar as atividades efetivamente desempenhadas.

O fato de o contribuinte comunicar que exerce atividade vedada, conforme código de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), constitui um elemento de prova por ele próprio construída em seu desfavor, sendo, porém, plenamente admissível que ocorram equívocos na referida comunicação, de modo que possa haver a revisão da exclusão automática, mediante a apresentação de provas cabais por parte do contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário e na parte conhecida, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencida a Conselheira Andréia Lucia Machado Mourão (relatora). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo.

Assinado Digitalmente
Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente

Assinado Digitalmente

Andréia Lúcia Machado Mourão – Relatora

Assinado Digitalmente

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, André Severo Chaves (Suplente Convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de solicitação de reinclusão no Simples Nacional, interposta pela recorrente em face de decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Brasília (DF), mediante o Acórdão nº 03-75.171, de 31 de maio de 2017 (fls. 189 a 192), objetivando a reforma do referido julgado.

No referido acórdão foi relatado que:

No presente caso, ao identificar a inclusão de atividade vedada no cadastro CNPJ, os sistemas da RFB operacionalizaram automaticamente a exclusão.

(...)

É de relevo apontar que a própria contribuinte reconhece que atualizou o seu cadastro CNPJ com a inclusão da atividade vedada que motivou sua exclusão.

Finalmente, com os elementos contidos nos autos, em especial o Despacho proferido pela DRF de origem e preparo do processo, o qual utiliza-se como razão de decidir, verifica-se que a contribuinte não procedeu ao pedido de opção pelo Simples Nacional nos termos da legislação de regência.

Diante disso, foi mantido o Despacho Decisório, que determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional, com efeitos a partir de **01/04/2014**. A ementa da decisão encontra-se transcrita a seguir:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

SIMPLES NACIONAL – OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL - IMPROCEDÊNCIA

A opção pelo regime do Simples Nacional só é válida quando realizada na forma e nos prazos estabelecidos na legislação de regência.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificado do Acórdão da DRJ Brasília em 20/06/2017, o sujeito passivo apresentou **Recurso Voluntário** em 18/07/2017, com as suas razões de defesa.

A contribuinte esclarece:

I - Os Fatos

A empresa atua no ramo de comércio varejista de mercadorias de agropecuária desde a sua constituição, realizada em 15/04/2003, com CNAE 4789-0/04 e ingressou no SIMPLES Nacional em 01/07/2007.

Desde então, vem cumprindo de forma regular com todas as obrigações relacionadas ao modelo de tributação, tanto nas obrigações acessórias como na adimplência da obrigação principal, resultando inclusive na emissão de Certidões Negativas regulares e participação em processos licitatórios.

Ao realizar uma alteração no seu requerimento de empresário incluiu a atividade secundária de "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VETERINÁRIOS" - CNAE: 4763-6/04, sem perceber que se tratava de atividade impeditiva à manutenção do seu enquadramento no SIMPLES Nacional.

É importante ressaltar, que mesmo acrescentando tal atividade, o que demonstra a intenção de implementá-la, a empresa nunca a desenvolveu, o que fica facilmente comprovado nos registros contábeis, onde não consta nenhum evento relacionado a receita de prestação de serviços.

Além disso, o desenvolvimento da atividade de serviços veterinários está diretamente vinculada a contratação de funcionário ou prestador de serviço autônomo habilitado junto ao Conselho da categoria, tanto para executar o serviço em nome da empresa, como para ser seu responsável técnico, no entanto, a empresa nunca contratou funcionário ou celebrou contrato com profissional da área.

Em razão dos fatos descritos, a Receita Federal realizou a exclusão da empresa do SIMPLES Nacional em 31/03/2014, sem qualquer aviso prévio ou notificação, fato constatado apenas no momento em que pendências fiscais começaram a aparecer no cadastro do contribuinte.

II - O Direito

II.1 - PRELIMINAR

O que precisa ser avaliado com cautela, é se houve o exercício de atividade impeditiva e o registro de receita correspondente, já que o artigo 17 da Lei Complementar 123 de 2006, quando relaciona as atividades impeditivas à opção do SIMPLES Nacional, sempre se refere ao exercício ou a exploração da atividade, conforme segue:

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

1 - que explore atividade de prestação ...

VIII - que exerça atividade de ...

IX - que exerça atividade de ...

X - que exerça atividade de ...

Em que pese o previsto no inciso II do parágrafo 3º do artigo 30 da Lei Complementar 123 de 2006:

Art. 30. A exclusão do SIMPLES Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

39 A alteração de dados do CNPJ, informada pela ME ou EPP à Secretaria da Receita Federal do Brasil, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do SIMPLES Nacional nas seguintes hipóteses:

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;

O artigo em questão trata da vontade do contribuinte de promover sua exclusão do SIMPLES Nacional ao fazer a alteração do seu cadastro no CNPJ, no entanto, é de extrema importância ressaltar, que se essa fosse a intenção do contribuinte, o mesmo não teria mantido de forma regular as obrigações acessórias e a adimplência da obrigação principal, o que demonstra claramente que não houve a intenção de comunicar ou promover sua exclusão do SIMPLES Nacional.

No intuito de demonstrar seu direito, apresenta documentos.

Para demonstrar de forma inequívoca os fatos relacionados e confirmar as alegações de direito, seguem em anexo os seguintes documentos:

1. Balanço Patrimonial e DRE dos exercícios de 2014 e 2015 demonstrando que não há receita de serviços.
2. Cópia do livro de registro de empregados e GFIP do período de janeiro/2013 a abril/2014, onde não consta nenhum funcionário ou prestador de serviço na função de veterinário.
3. Extrato dos pagamentos do SIMPLES Nacional do período de Abril/2014 a dezembro/2015 demonstrando que a empresa manteve a regularidade nos pagamentos no período excluído do SIMPLES Nacional.

Ao final, requer:

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do ato de exclusão do SIMPLES Nacional ocorrido em 31/03/2014, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, o reenquadramento no Simples Nacional para o período de 01/04/2014 a 31/12/2015.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, Relatora.

Conhecimento.

O sujeito passivo foi cientificado em 20/06/2017, do Acórdão nº 03-75.171 – 4ª turma da DRJ/BSB de 31 de maio de 2017, tendo apresentado seu Recurso Voluntário em 18/07/2017, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, de modo que o recurso é tempestivo.

O Recurso é assinado pelo sócio-administrador Tarso Santos Philippi, em conformidade com os documentos constantes nos autos.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme arts. 2º, incisos I, II e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Contudo, no Recurso Voluntário houve inovação no tocante a um dos pedidos formulados, por meio do qual a interessada pleiteia que a inclusão no Simples Nacional se limite ao período compreendido entre 01/04/2014 a 31/12/2015.

Sobre o tema da inovação, veja-se o que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o Processo Administrativo Fiscal - PAF:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Portanto, por determinação legal, não podem ser conhecidas as matérias não expressamente contestadas na manifestação de inconformidade (ou impugnação).

Esse entendimento alinha-se à jurisprudência do CARF, conforme ementas a seguir:

RECURSO VOLUNTÁRIO MANEJADO. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO CONTESTADA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Não se conhece de recurso cujo objeto envolve matéria preclusa, não contestada na instância *a quo*. (processo nº 17883.000077/200698, Acórdão nº 1301-003.880 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 14 de maio de 2019)

MATÉRIAS NÃO VEICULADAS NA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO.

Consideram-se preclusas as matérias que não foram expressamente veiculadas na impugnação. (processo nº 13004.000168/2005-40, Acórdão nº 1302-004.162 – 1ª Seção de Julgamento – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 13 de novembro de 2019)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE RECURSAL (ART. 17 DO DECRETO N.º 70.235/72).

Nos termos do art. 17 do Decreto n.º 70.235/72 (PAF), consideram-se não impugnadas as questões não contestadas expressamente pelo contribuinte.

RECURSO VOLUNTÁRIO. ARGUMENTOS NÃO TRATADOS NA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de apelo à segunda instância, quando o recurso não se opõe à matéria tratada no acórdão da DRJ. (processo nº 16327.915187/2009-41, Acórdão nº 1401-004.379 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara – 1ª Turma Ordinária, Sessão de 17 de junho de 2020)

Assim, não conheço do pedido que pleiteia a limitação do período para reinclusão da empresa no Simples Nacional.

Isto posto, **conheço parcialmente** do Recurso Voluntário.

Mérito.

No presente caso, ao identificar a inclusão de atividade econômica vedada no Cadastro CNPJ, os sistemas das RFB operacionalizaram automaticamente a exclusão da contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/04/2014.

A empresa teve o seu requerimento de reinclusão no Simples Nacional negado pelo Despacho Decisório de fls. 173 a 176. Esta decisão foi mantida pelo Acórdão da 4ª turma da DRJ Brasília.

Seguem trechos extraídos do Despacho Decisório com a descrição da lide e a motivação do indeferimento do requerimento, adotados como razão de decidir do Acórdão da DRJ Brasília:

O reclamante contesta a exclusão do Simples Nacional (a partir de 01/04/2014) alegando que não auferiu receita com esta atividade e que não possui profissional qualificado para este exercício em seu quadro funcional.

Em consulta às alterações contratuais da pessoa jurídica, verifica-se que a exclusão foi motivada pela atualização das informações no cadastro CNPJ promovida pela Alteração (fls. 06/07), registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em **31/03/2014** (data que corresponde ao fato motivador da exclusão, conforme tela do Portal do

Simples Nacional acima). Nessa alteração contratual, o objeto social compreendia, dentre outras atividades, a *prestação de serviços veterinários*.

(...)

Apesar de a atividade ter sido excluída do objeto social da empresa na seguinte alteração contratual (fls. 09/10), é necessário observar que, para fins de exclusão, basta a existência de uma atividade vedada, ainda que exercida paralelamente a outras permitidas ou, ainda, o simples registro no contrato social. Essa é a orientação sobre o assunto contida no “Perguntas e Respostas” disponível no Portal do Simples Nacional:

❏ **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.

(...)

Para o ano calendário 2015 não consta registro de opção pelo Simples Nacional tempestiva no Portal do Simples Nacional. Há registros de solicitações realizadas fora do prazo:

Histórico das Tentativas de Solicitação de Opção pelo Simples Nacional para Empresas Constituídas Fora do Prazo

Data/Hora de Registro	CNPJ	Endereço IP
15/09/2015 16:39	05606682000102	200.175.61.220
17/06/2015 15:50	05606682000102	200.175.61.220

No recurso interposto, a recorrente reitera os argumentos trazidos no “Requerimento de Reinclusão no Simples Nacional” e na “Manifestação de Inconformidade” apresentada. Enfatiza que o art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, trataria da “*vontade do contribuinte de promover sua exclusão do Simples Nacional*”, o que não teria ocorrido no caso em concreto, conforme trecho a seguir:

O artigo em questão trata da vontade do contribuinte de promover sua exclusão do SIMPLES Nacional ao fazer a alteração do seu cadastro no CNPJ, no entanto, é de extrema importância ressaltar, que se essa fosse a intenção do contribuinte, o mesmo não teria mantido de forma regular as obrigações acessórias e a adimplência da obrigação principal, o que demonstra claramente que não houve a intenção de comunicar ou promover sua exclusão do SIMPLES Nacional.

Esses argumentos foram fundamentadamente afastados pela DRJ Brasília. Em atenção ao disposto no §3º do art. 57 do RICARF, e por concordar com seu teor, adoto as razões exaradas pela decisão da DRJ ora combatida, complementando-as ao final:

(...)

Em relação à exclusão do regime do Simples Nacional por meio de comunicação obrigatória tem-se a LC 123/2006 que assim aduz:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á: (...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

(...)

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

(...)

§ 3º 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 nas seguintes hipóteses:

(....)

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;

(....)

A operacionalização dessa comunicação obrigatória está definida na Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, em seu art. 74, parágrafo único.

Art. 74. A alteração de dados no CNPJ, informada pela ME ou EPP à RFB, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, § 3º)

(....)

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;

(....)

Ou seja, a inclusão de atividade econômica vedada no cadastro do CNPJ da empresa equivale a uma comunicação da empresa requerendo sua exclusão daquele regime de tributação e se processa de forma automática.

No presente caso, ao identificar a inclusão de atividade vedada no cadastro CNPJ, os sistemas da RFB operacionalizaram automaticamente a exclusão.

Acerca dos procedimentos para se efetuar a opção de ingresso ao Simples Nacional, tem-se, no campo infralegal, a Resolução CGSN nº 94/2011:

DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

Art. 6º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 5º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 2º)

§ 2º Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

I - regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo;

II - efetuar o cancelamento da solicitação de opção, salvo se o pedido já houver sido deferido.

A opção pelo Simples Nacional se dá unicamente por meio do Portal do Simples Nacional na internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário e deve ser realizada até o último dia útil do mês de Janeiro do ano em que pretende ingressar no Simples Nacional.

Na legislação de regência da matéria, não há nenhuma base que sustente tal interpretação, ao contrário, o procedimento para ingresso é exaustivamente detalhado na LC 123/06 e nas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional.

O tratamento diferenciado às Micro e Pequenas Empresas é descrito na LC 123/06, entretanto, para que possa se fazer jus aos benefícios do Regime Tributário Simplificado, a empresa necessita, antes, atender aos requisitos e formalidades pré-estabelecidos, o que não ocorreu no presente caso.

É de relevo apontar que a própria contribuinte reconhece que atualizou o seu cadastro CNPJ com a inclusão da atividade vedada que motivou sua exclusão.

Finalmente, com os elementos contidos nos autos, em especial o Despacho proferido pela DRF de origem e preparo do processo, o qual utiliza-se como razão de decidir, verifica-se que a contribuinte não procedeu ao pedido de opção pelo Simples Nacional nos termos da legislação de regência.

Assim sendo, verifica-se que não tendo sido formalizada a opção na forma e prazos legais, por absoluta falta de amparo legal, torna-se impossível acatar aos pedidos formulados na manifestação de inconformidade.

No Recurso Voluntário, a contribuinte apresenta documentos - “Balanço Patrimonial e DRE dos exercícios 2014 e 2015”, “Cópia dos livros de registro de empregados” e “GFIP do período de janeiro/2013 e abril/2014” no intuito de demonstrar que não teria exercido a atividade vedada no período.

Cabe registrar que o entendimento do CARF sobre a mera existência de atividade vedada como motivo de exclusão do **Simples Federal** foi manifestado na Súmula CARF nº 134, transcrita a seguir. No entanto, deve ser observado que o presente caso trata do Simples Nacional e que a citada súmula se refere expressamente ao Simples Federal, instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, regime diverso do objeto dos presentes autos.

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.

Analizados os documentos apresentados, verifica-se que estes não são hábeis a comprovar que a interessada não teria exercido a atividade após a modificação de seu contrato social.

No caso da GFIP (fls. 232 a 387), os registros trazidos referem-se às competências de janeiro/2013 a abril/2014. Como a alteração foi registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em **31/03/2014**, somente a declaração referente à competência abril/2014 poderia ser acatada como prova das alegações.

Destaca-se que na GFIP de abril/2014 (fl. 387), consta que o CNAE preponderante da empresa é o de nº 4789004, que se trata da atividade econômica que originariamente constava no contrato social da empresa, conforme tela a seguir:

SC FLORIANOPOLIS DRF

Fl. 387

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO - MTE
GFIP - SEFIP 8.40 (22/03/2012) TABELAS 33.0 (14/01/2014)

MINISTÉRIO DA FAZENDA - MF

DATA: 25/04/2014
HORA: 08:44:09
PÁG: 0005/0005

RESUMO DAS INFORMAÇÕES À PREVIDÊNCIA SOCIAL CONSTANTES NO ARQUIVO SEFIP EMPRESA

EMPRESA: TARSO SANTOS PHILIPPI ME	Nº DE CONTROLE: 0xFeNatWLFc0000-6	Nº ARQUIVO: Mrs1VYc28LG0000-0
COMP: 04/2014 COD REC: 115 COD GPS: 2003	FPAS: 515 OUTRAS ENT: SIMPLES: 2 RAT: 0,0	INSCRIÇÃO: 05.606.682/0001-02
TOMADOR/OBRA:		FAP: 1,00 RAT AJUSTADO: 0,00
LOGRADOURO: FRANCISCO TOLENTINO 670	BAIRRO: CENTRO	INSCRIÇÃO:
CIDADE: FLORIANOPOLIS	TELEFONE: 0048 3222 7700	CNAE PREPONDERANTE 4789004
UF: SC	CEP: 88010-200	CNAE: 4789004

Deve ser considerado, contudo, que esta informação, por si só, não é suficiente para comprovar que a interessada não teria exercido a atividade econômica que motivou a exclusão do Simples Nacional neste período.

Quanto às cópias do Balanço Patrimonial e da DRE dos exercícios 2014 e 2015, nos termos dos artigos 26 e 27 do Decreto nº 7.574/2011, a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do sujeito passivo. Contudo, deve estar embasada em documentos hábeis, segundo sua natureza, como notas fiscais de serviço e extratos bancário, o que não ocorreu no caso concreto.

Art.26. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do sujeito passivo dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 9º, § 1º)

Parágrafo único. Cabe à autoridade fiscal a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no caput (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 2º).

Art.27. O disposto no parágrafo único do art. 26 não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao sujeito passivo o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 9º, § 3º).

Destaca-se que o ônus da prova recai sobre a contribuinte interessada, que deve trazer aos autos elementos que não deixem nenhuma dúvida quanto ao fato questionado. A respeito do tema, dispõe o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), em seu art. 373:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Portanto, na presente situação, somente pela análise dos documentos apresentados pela contribuinte, não é possível firmar convicção sobre o tipo de receita efetivamente auferido pela empresa ou determinar a real natureza dos serviços prestados pelos funcionários ou pela empresa.

Salienta-se, por oportuno, que o objeto social deverá indicar com precisão e clareza as atividades a serem desenvolvidas pela sociedade e decorre sempre do acordo de vontades dos sócios da sociedade.

Adicionalmente, neste caso, deve ser levado em conta que foi um ato da própria contribuinte que levou à exclusão do Simples Nacional. Apesar de ter alegado que não teria exercido a atividade vedada, a inclusão desta atividade em seu contrato social, por sua própria iniciativa, leva a inferir que havia, ao menos, esta intenção.

Portanto, deve ser mantida a manutenção da exclusão da empresa do Simples Nacional.

Conclusão

Diante do exposto, VOTO por **negar provimento** ao Recurso Voluntário, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.

Assinado Digitalmente

ANDRÉIA LÚCIA MACHADO MOURÃO

Fl. 10 do Acórdão n.º 1302-004.594 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11516.721596/2014-03

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Redator designado

Em que pese o bem fundamentado voto da Conselheira Relatora, dele divergi, parcialmente, no que fui acompanhado pela maioria dos meus pares, conforme fundamentos a seguir expostos.

I. DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO RECURSO

Na primeira ocasião que o presente processo veio a julgamento, posicionei-me pela ausência de competência do CARF para o julgamento do recurso apresentado quanto ao indeferimento de pedido de reinclusão de contribuinte excluído do Simples Nacional em razão de comunicação obrigatória.

O referido posicionamento decorreu da observância literal do art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, conjugado com o art. 30, §3º, *caput* e inciso II, da mesma Norma. *In verbis*:

Art. 30

(...)

§3º 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 nas seguintes hipóteses:

(...)

II-inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;

Art.39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Estando previsto o contencioso administrativo apenas para os casos de indeferimento da opção e exclusão de ofício, entendi que o julgamento do recurso apresentado nos presentes autos, para a exclusão por comunicação, deveria seguir o rito da Lei nº 9.784, de 1999. Tal posicionamento já foi adotado no CARF, a exemplo do Acórdão nº 1001-000.232, de 06 de dezembro de 2017, da relatoria do Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

Valendo-me do pedido de vista formulado, pude aprofundar-me em relação à matéria, de modo que me convenci de que a irresignação do contribuinte em relação à exclusão decorrente de seu ato perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica configura um pedido de reinclusão a merecer tratamento equivalente à solicitação de opção, de modo que o seu indeferimento instaura um litígio e o seu recurso pode ser recepcionado como uma impugnação contra o indeferimento da opção, de modo a atrair a aplicação do rito previsto no Decreto nº 70.235, de 1972.

Tal posição, inclusive, encontra-se pacificada, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme o teor da Solução de Consulta Interna nº 6 – Cosit, de 3 de abril de 2017, cuja ementa dispõe:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ementa: SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO MEDIANTE COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA. PETIÇÃO PELO CANCELAMENTO DA EXCLUSÃO. PEDIDO DE REINCLUSÃO. EQUIVALÊNCIA. INDEFERIMENTO. RECURSO. COMPETÊNCIA. RITO.

Compete às delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil, sob o rito do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), a apreciação de recurso em face de decisão da autoridade fiscal local da RFB que indefira pleito de reinclusão do Simples Nacional decorrente de exclusão por comunicação obrigatória (art. 74 da Resolução CGSN nº 94, de 2011).

Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39.

Cabe registrar, por fim, que recursos semelhantes já foram julgados por colegiados do CARF, sem explícita manifestação quanto à competência, conforme Acórdão nº 1201-001.386, de 2 de março de 2016 (Relatora Conselheira Ester Marques Lins de Sousa), 1301-002.753, de 22 de fevereiro de 2018 (Relator Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto), 1001-000.698, de 07 de agosto de 2018 (Relator Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni), 1003-000.090, de 07 de agosto de 2018 (Relatora Conselheira Bárbara Santos Guedes) e 1001-001.572, de 5 de dezembro de 2019 (Relator Conselheiro José Roberto Adelino da Silva).

Neste sentido, alterando o posicionamento anterior, reconheço a competência do CARF para o julgamento do Recurso Voluntário interposto nos presentes autos, acompanhando a Relatora quanto ao conhecimento parcial (exclusão da matérias alcançadas pela preclusão processual).

II. DA EXCLUSÃO DECORRENTE DA INCLUSÃO

A controvérsia posta nos autos diz respeito à alegação da Recorrente de que se equivocou, ao promover alteração cadastral perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), de modo que incluiu a atividade secundária de “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VETERINÁRIOS” – CNAE: 4763-6/04, sem perceber que se tratava de atividade impeditiva à manutenção do seu enquadramento no SIMPLES Nacional”. Conforme a sua defesa, jamais desenvolveu a referida atividade, conforme comprovariam os documentos contábeis e fiscais que apresenta.

Pontua que o relevante no caso é a avaliação do efetivo exercício da atividade impeditiva e a sua intenção manifesta de permanecer no SIMPLES NACIONAL, comprovada pela continuidade de apresentação de obrigações acessórias e recolhimento dos tributos na forma prevista naquele Regime.

Antes de se iniciar a análise, é importante que se realize uma distinção. O caso sob apreciação não guarda relação direta com a 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.

O posicionamento consolidado no referido enunciado (destinado ao Simples Federal, mas de aplicação analógica ao Simples Nacional) diz respeito à hipótese de **exclusão de ofício** do contribuinte, pelo desempenho de atividade vedada. O que restou consagrada foi a impossibilidade de que a autoridade fiscal promova a exclusão do contribuinte do Regime tão somente pelo fato de o seu ato constitutivo prever o exercício de atividade vedada. Evidenciou-se, portanto, a necessidade de que o efetivo exercício da referida atividade seja comprovado por meio de provas colhidas pela fiscalização.

O caso sob análise, por outro lado, guarda correlação com o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em decorrência do exercício de atividade vedada (analogia já realizada, quando do exame da competência para julgamento do Recurso). Tanto no caso da opção, quanto no caso da **exclusão por comunicação realizada pelo contribuinte**, a impossibilidade de recolhimento dos tributos pelo regime beneficiado não decorre de uma constatação do Fisco, mas de uma informação prestada pelo próprio contribuinte.

Deste modo, o ônus da prova é diverso na hipótese de **exclusão de ofício** (ônus do Fisco de comprovar o exercício da atividade vedada) e do indeferimento da opção ou da **exclusão por comunicação** (ônus do contribuinte de comprovar as atividades efetivamente desempenhadas).

O fato de o contribuinte comunicar que exerce atividade vedada, conforme código de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), constitui um elemento de prova por ele próprio construída em seu desfavor. É plenamente admissível, contudo, que (como alegado no caso sob análise) ocorram equívocos na referida comunicação, de modo que possa haver a revisão do indeferimento ou da exclusão automáticos, mediante a apresentação de provas cabais por parte do contribuinte.

Nesta linha, manifestou-se a Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio da Solução de Consulta nº 66, de 30 de dezembro de 2013:

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.

Deve-se examinar, portanto, nos presentes autos, se as provas apresentadas pela Recorrente comprovam que as atividades por ela efetivamente exercidas não incluem os serviços veterinários.

Pois bem. Conforme se observa do Comprovante de fl. 5, a Recorrente foi constituída em 10/04/2003, e a alteração nos seus atos constitutivos que implicou a sua exclusão do Simples Nacional foi por ela registrada perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 31/03/2014 (fls. 6/7).

Com o Requerimento de Reinclusão, apresentado em 05/06/2014 (fl. 2), a Recorrente junta aos autos:

- (i) folhas do seu Registro de Empregados (fls. 11/20), por meio das quais se observa que todos os referidos trabalhadores foram contratados para atividades relacionadas à venda;
- (ii) informações prestadas por meio do Sistema Empresa de Recolhimentos do FGTS e Informações à Previdência Social (SEFIP) relativas às competências de janeiro de 2013 a abril de 2014 (fls. 21/140), nas quais, mais uma vez, constata-se apenas informações relacionadas a operações de venda;
- (iii) extratos do Simples Nacional relativos aos períodos de janeiro de 2013 a abril de 2014 (fls. 141/172), em que constam, exclusivamente, receitas de revenda de mercadorias. O detalhe é que os extratos do Simples Nacional relativos aos períodos de março de 2014 e abril de 2014 (juntamente com o

referente a janeiro de 2013) são os únicos que decorreram de uma apuração retificadora.

Como bem apontado pela Conselheira Relatora, os documentos apresentados não são prova irrefutável de que as atividades desenvolvidas pela Recorrente não passaram a incluir, após a alteração nos atos constitutivos, a prestação de serviços veterinários. Isto porque, tendo sido a referida alteração promovida em 31/03/2014, os dados relevantes à necessária comprovação são exatamente aqueles correspondentes ao período posterior a tal data. E, em relação a tal período, a Recorrente apresenta apenas o extrato do Simples Nacional relativo a abril de 2014 e os dados apresentados ao SEFIP, quanto à referida competência. Ainda que estes últimos documentos se adequem à tese da Recorrente, seria essencial a verificação dos dados relativos aos períodos de apuração posteriores do ano de 2014, posto que o exercício da atividade pode não ter-se iniciado imediatamente após a alteração contratual.

Com o Recurso Voluntário, a Recorrente apresenta novos elementos de prova: Balanços Patrimoniais e Demonstrações do Resultado do Exercício relativos aos anos de 2014 e 2015 (fls. 213/228). Nos documentos em questão, não há registro de receitas oriundas da prestação de serviços, o que corrobora a tese da Recorrente de que não teria praticado a referida atividade. Ainda que sejam válidas as considerações feitas pela Conselheira Relatora no sentido de que os registros efetuados nas referidas demonstrações devem estar corroborados pelos documentos que os dão suporte, considero que, no caso sob análise, não há razão para se ter dúvidas quanto ao conteúdo dos documentos apresentados (como costuma ocorrer nos processos administrativos que tratam da retificação de dados prestados em declarações fiscais).

O único elemento de prova contrário à defesa da Recorrente, é uma manifestação de vontade de prestação dos serviços contida na alteração do seu ato constitutivo, atribuída a erro de fato pela Recorrente e desfeita por meio da nova alteração registrada perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, em 21/05/2014 (fls. 9/10).

Isto posto, pedindo vênica para discordar da Relatora, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo