



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.722798/2018-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.501 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 14 de julho de 2021
Recorrente SET DISTRIBUIÇÃO, COMERCIO E SERVICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

EXCLUSÃO AUTOMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. ERRO ESCUSÁVEL.

Havendo a demonstração de ter a contribuinte cometido equívoco na sua alteração contratual, que implicou em sua exclusão por opção do Simples Nacional, bem como de não existir provas do exercício da atividade vedada deve a mesma ser reinquadrada no Simples Nacional retroativamente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Carlos Alberto Benatti Marcon e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 06-66.032, de 15 de abril de 2019, da 7ª Turma da DRJ/CTA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

Por economia processual e por entender suficientes as informações constantes no Relatório do r. acórdão, passo a transcrevê-lo abaixo:

A empresa acima qualificada foi excluída do Simples Nacional em 02/07/2018, com efeitos a partir de 01/08/2018, devido a inclusão no seu contrato social de atividade econômica vedada (CNAE 4636-2/02), nos termos da letra 'a' do inciso XX do art.

15 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 c/c com o art. 74, inciso II da Resolução CGSN nº 94/2011.

A manifestante apresentou defesa na qual solicita a reinclusão no Simples Nacional, sob alegação de o CNAE 4636-2/02 - Comércio de cigarros, cigarrilhas e charutos, nunca ter sido exercido pela empresa, tratando-se na verdade de um equívoco cometido na 1ª alteração em seu Contrato Social em 02/07/2018, o qual, foi prontamente corrigido por ocasião da 2ª alteração em 22/08/2018.

Esclarece que no intuito de comprovar que nunca realizou a atividade motivadora da exclusão, em anexo, segue a integralidade das Notas Fiscais de Entrada e Saída emitidas durante o período havido entre as alterações contratuais, as quais atestam a aquisição e posterior venda apenas de produtos tecnológicos e destinados a automóveis, nada envolvendo comércio atacadista de artigos de tabacaria.

Entende que não se revela aplicável a vedação vigente à época, uma vez que se exige o exercício da atividade ali prevista, não subsistindo qualquer motivo para a sua exclusão.

Explica que a Lei Complementar nº 123/06, institui tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado às empresas do Simples Nacional, sendo que o tratamento perpetrado nestes autos não se coaduna com o tratamento ofertado pelas disposições legais e nem com os objetivos da lei, atribuindo uma penalidade que extrapola os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Aduz que também não foi respeitado o princípio da verdade material que pressupõe a exata correspondência entre a atividade do Fisco e a realidade dos fatos, possuindo a autoridade administrativa o dever de agir na busca da verdade material havida nos autos de que não exerceu a atividade vedada. Apresenta jurisprudência administrativa e judicial, neste sentido.

Explica que a empresa é formada por dois sócios e caso não seja acatada sua reinclusão ao Simples Nacional, possivelmente não conseguirá suportar o encargo financeiro provocado pela sua tributação pelo Lucro Presumido.

Por fim, requer a reinclusão no Simples Nacional e que seja atribuído o efeito suspensivo a esta impugnação administrativa na forma do art. 151, inciso III do CTN, permitindo com isso a geração das guias mensais de recolhimento do Simples Nacional, bem como o envio de informações por meio do e-social.

A 7ª Turma da DRJ/CTA julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a não inclusão da contribuinte do Simples Nacional, sob o fundamento de que a alteração de dados no CNPJ, informada pela empresa à RFB, com a inclusão de atividade econômica vedada à opção ao Simples Nacional, equivale à comunicação obrigatória de exclusão desse regime de tributação.

A contribuinte explica que foi excluída do Simples Nacional em virtude de alteração em seu Contrato Social, ocasionada pela inclusão do CNAE 4636-2/02, que abrange a atividade de comércio atacadista de cigarros, cigarrilhas e charutos, a qual seria incompatível com o referido regime.

Aponta que a Lei Complementar nº 123/2006 no art. 17, inciso X, alínea “a”, veda apenas o efetivo exercício da atividade vedada, contudo a Recorrente não chegou a exercer a atividade. Informa que, na 1ª alteração contratual, registrada em 02/07/2018, por equívoco, foi

incluída a atividade considerada vedada, contudo, identificado o erro, a Recorrente providenciou a retirada da atividade através da 2ª alteração contratual, registrada no dia 22/08/2018.

Aduz que, para fins de comprovar que a atividade motivadora da sua exclusão nunca foi efetivamente exercida, a Contribuinte procedeu à juntada da integralidade das Notas Fiscais de Entrada e de Saída emitidas durante o período entre as alterações contratuais, qual seja, entre 02.07.2018 a 22.08.2018, as quais atestam a aquisição e a posterior venda apenas de produtos tecnológicos e destinados a automóveis, relacionada ao seu objeto social, nada envolvendo a atividade de comércio atacadista de cigarros, cigarrilhas e charutos.

Colaciona jurisprudência demonstrando que o mero erro de fato no tocante ao preenchimento do CNAE não tem o condão de ensejar a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, visto não ter ocorrido o efetivo exercício da atividade e tenha efetuado a alteração contratual correspondente, ambos os requisitos foram atendidos no caso concreto.

Ao final requereu:

Diante de todo o exposto, requer-se o recebimento, o processamento e o acolhimento do presente Recurso Voluntário, com vistas à reforma integral da decisão recorrida, com vistas a cancelar a exclusão automática da Recorrente do âmbito do Simples Nacional, afastando-se os efeitos da exclusão a partir de 01/08/2018, com a consequente manutenção retroativa da empresa na sistemática especial, nos termos da fundamentação supra mencionada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bárbara Santos Guedes, Relator.

O recurso é tempestivo e cumpre com os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento e passo a apreciar.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal)¹.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

Verificada a ocorrência em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o indeferimento da opção é formalizado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente para excluir a empresa do Simples Nacional.

No caso dos autos, a Recorrente peticionou porque foi identificado que estava excluída do Simples Nacional. O motivo da exclusão foi automático, em razão da alteração contratual que incluiu uma atividade vedada – atividade de comércio atacadista de cigarros, cigarrilhas e charutos.

A Autoridade administrativa e a DRJ entenderam que, em razão da alteração contratual, que introduziu a atividade vedada, a empresa deve ser automaticamente excluída do Simples, com fulcro no inciso II, do art. 74, da Resolução CGSN nº 94/2011. No mesmo sentido dispõe o artigo 82 e parágrafo único da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, que expressamente revogou a Resolução CGSN nº 94/2011 a partir de 01/08/2018.

A Recorrente, por sua vez, defende que cometeu um equívoco quando realizou a alteração contratual nº 01 (em 02/07/2018), incluindo uma atividade impeditiva de ingresso no Simples Nacional, e providenciou, tão logo identificado o erro, a alteração contratual nº 02 (em 22/08/2018) para excluir a atividade impeditiva. Afirmou que durante todo o período, não praticou a atividade nem adquiriu os produtos para venda.

Diante disso, o objeto do processo é identificar se a empresa Recorrente praticou a atividade vedada que foi incluída na sua alteração contratual.

A Jurisprudência do CARF possui entendimento de que a mera presença em contrato de atividade vedada pelos regimes simplificados de arrecadação não bastam para justificar seu indeferimento. Nesse sentido, é o Acórdão abaixo:

Assunto: Simples Nacional

Data do fato gerador: 01/08/2012

ATIVIDADE ECONÔMICA CONSTANTE EM CONTRATO SOCIAL MAS NÃO DESEMPENHADA PELO CONTRIBUINTE. INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS NÃO COMPROVADA. DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL. REINCLUSÃO NO SIMPLES NACIONAL.

Constatado que embora conste no contrato social da empresa o desempenho de atividade vedada, a atividade efetivamente desenvolvida era de cunho comercial, impõe-se a reinclusão do contribuinte no Simples Nacional.

(Acórdão nº 1301002.753, 1ª Turma da 3ª Câmara, da 1ª Seção do CARF. Relator Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Data da publicação 04/04/2018).

Diante disso, verifica-se que as autoridades administrativas de primeiro grau mantiveram seu entendimento em razão unicamente da alteração contratual promovida pela Recorrente, sem que fosse indicado quaisquer atos ou fatos que demonstrassem a efetiva realização da atividade vedada.

A Recorrente, por sua vez, na intenção de demonstrar que cometera apenas um erro escusável com a 1ª alteração do contrato social da empresa, juntou aos autos notas fiscais de entradas e saídas do período entre 02.07.2018 a 22.08.2018 (e-fls. 124 a 357), as quais atestam a aquisição e a posterior venda apenas de produtos tecnológicos e destinados a automóveis (atividades permitidas pelo Simples Nacional).

A Recorrente, repita-se, afirma que não praticou a atividade e, corroborando com a informação de que cometera um erro na alteração contratual nº 01 (e-fls. 16 a 21), providenciou a exclusão da atividade através da alteração contratual nº 02 (e-fls. 06 a 11). Vê-se, por esses documentos, que a alteração contratual nº 01 foi registrada em 02/07/2018, a qual incluía a atividade impeditiva, e a alteração contratual nº 02, registrada em 22/08/2018, efetuou a exclusão da atividade impeditiva. Portanto, verifica-se que a alteração contratual foi realizada em um curto espaço de tempo, em menos de dois meses.

O erro escusável cometido pela Recorrente na alteração do contrato social da empresa não pode ser suficiente para excluir a mesma em razão de opção (exclusão automática), visto que essa não foi a intenção da contribuinte.

Nesse sentido e a manifestação do CARF sobre a matéria, conforme decisões abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano - calendário: 2011 SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA MEDIANTE ALTERAÇÃO CADASTRAL. ERRO ESCUSÁVEL.

Em caso de erro escusável no processamento de alteração cadastral que implicou exclusão por opção do Simples Nacional e do fato de não haver provas do exercício da atividade vedada (art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006), deve ser cancelado o ato de exclusão. (Acórdão 1402-005.269. Sessão de 10 de dezembro de 2020. Relator Conselheiro Evandro Correa Dias).

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano - calendário: 2016 EXCLUSÃO DO SIMPLES. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. ATIVIDADE IMPEDITIVA. ERRO ESCUSÁVEL.

Cancela - se a exclusão do Simples Nacional quando as evidências revelam que o contribuinte incorreu em erro absolutamente escusável na alteração contratual que inseriu atividade impeditiva. (Acórdão 1302-004.800. Sessão de 16 de setembro de 2020. Relator Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio).

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano - calendário: 2012 SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE INCLUÍDA NO ATO CONSTITUTIVO DA EMPRESA, SEM QUE TENHA SIDO EMPENHADA. REGIME DE TRIBUTAÇÃO PELO SIMPLES MANTIDO.

Constatada a não realização da atividade vedada, adequada a manutenção da empresa contribuinte no regime de tributação pelo SIMPLES NACIONAL, à luz da Súmula CARF nº 134. (Acórdão 1001-002.413. Sessão de 21 de maio de 2021. Relator Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros).

Em razão das provas constantes no processo, entendo que assiste razão à empresa Recorrente, estando demonstrado ter havido erro escusável na inclusão de CNAE impeditivo à sua manutenção no Simples Nacional.

Isto posto, voto em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes