



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12448.720100/2012-28
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-002.148 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 15 de julho de 2021
Recorrente JF RIO INDÚSTRIA E SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. NÃO COMPROVAÇÃO.

Conforme Súmula Carf nº 134, aplicada analogicamente ao Simples Nacional, para a exclusão de empresa do regime simplificado não basta a mera percepção de atividade vedada formalmente incluída no contrato social da empresa, sendo necessário que se demonstre o seu efetivo exercício para a exclusão da contribuinte no Simples Nacional. No caso, não restou comprovado que a empresa exercia a atividade de consultoria.

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)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral e Lucas Issa Halah.

Relatório

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

O presente processo teve início com o Memorando 076, de 21/12/2011, da Equipe de Assuntos Previdenciários/DIORT/DRF-RJI (fls.03/04), instruído com Informação Fiscal,

Contrato Social e Contratos de Prestação de Serviços, referentes à interessada (fls.05/70), solicitando a verificação da ocorrência da hipótese de vedação à opção pelo SIMPLES.

No referido Memorando consta que:

1. a interessada impetrara Mandado de Segurança, com pedido de liminar, para compelir a autoridade coatora (Delegado da Receita Federal do Brasil - Rio de Janeiro) a efetuar a imediata análise de processos administrativos relativos a pedidos de restituição de retenção de 11%, para os períodos de 01 a 12/2004, 01 a 11/2005 e 01 a 12/2006;
2. a decisão proferida pelo juiz encarregado foi de que a autoridade impetrada procedesse a análise dos processos, no prazo de 30 (trinta) dias; e
3. na primeira análise dos processos de restituição, constatou-se que a interessada estava incluída no Simples, o que acarretou o encaminhamento, desse memorando, ao órgão competente, para que fosse verificada a ocorrência da hipótese de vedação à opção pelo Simples, a fim de possibilitar a conclusão dos referidos processos, tendo em vista a real situação da interessada.

Assim, em atenção a esse Memorando, a Equipe do Simples-Eqsimples/DIORT-DRF/RJI emitiu a Informação Fiscal de fl.79, complementada pela Representação Fiscal de fl.02, cuja conclusão foi a de que a interessada exerceu e exerce atividades vedadas à opção tanto pelo Simples Federal quanto pelo Simples Nacional.

Em consequência, foram emitidos os Atos Declaratórios Executivos DRF/RJI nºs 03 e 04, de 03/01/2012 para:

1. Ato Declaratório nº 03- excluir a interessada do **Simples Federal**, a partir de 01/01/2002, pelo exercício de atividades econômicas vedadas: consultoria, projetos e instalação de esquadrias de alumínio e locação de mão de obra (Fundamentação legal à fl.80);
2. Ato Declaratório nº 04- excluir a interessada do **Simples Nacional**, a partir de 01/07/2007, pelo exercício de atividades econômicas vedadas: consultoria e locação de mão de obra (Fundamentação legal à fl.81);

Cientificada dos referidos atos, em 11/01/2012 (fl.82), a interessada protocoliza, em 02/02/2012 (fls.85/98), sua manifestação de inconformidade, instruída com os documentos de fls.99/659, alegando, em síntese, o que segue:

Dos Fatos

- a) em decorrência de valores pagos em duplicidade, no período de 2004 a 2007, requisitou em processo administrativo a resposta ao direito de repetição de indébito, o qual foi postergado por mais de quatro anos, obrigando a interposição de mandado de segurança (Processo nº 2011.51.01.018028-6) para a impugnada cumprir as funções esperadas; e
- b) coincidentemente, durante o período de resposta sobre tais pedidos administrativos, por decisão da liminar deferida no mandado de segurança citado, a Receita decretou a exclusão da pessoa jurídica do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte (SIMPLES), com efeitos desde janeiro de 2002.

Da preliminar de nulidade - Ausência de fundamentação

- a) os atos em lide descrevem o motivo referente à exclusão como sendo o suposto exercício de atividades econômicas vedadas, sem fundamentar, em momento algum, as razões de fato e de direito que motivaram tais atos, como por exemplo: documento e/ou declaração que teria embasado tal conclusão;
- b) houve, portanto, na expedição dos mencionados atos, violação de preceitos da Constituição Federal (art.5º, LV, e art.93, IX); e
- c) cabe, neste caso, a devida anulação das decisões de que se trata por falta de atendimento aos preceitos constitucionais de fundamentação para a devida transparência e contraditório.

Do Mérito

I- Quanto à Atividade Econômica Informada como Vedada

- a) a atividade econômica informada na decisão de **exclusão é: Consultoria**, projetos e instalação de esquadrias de alumínio e locação de mão de obra;
- b) já a atividade econômica prevista no contrato social é: Fabricação, consultoria, projetos e instalação de esquadrias de alumínio;
- c) a locação de mão de obra não é prevista em seu contrato social, em cartão de CNPJ e em sua inscrição municipal; e, sobretudo, jamais foi realizada pela JF RIO Indústria e Serviços Ltda.

Finalizando este tópico, a interessada requer que seja a decisão anulada, nos termos expostos, para excluir da análise e julgamento a equivocada informação de locação de mão de obra.

II- Da Realidade da Atividade Econômica Exercida e não Vedada

- a) é certo que o **contrato social prevê** como objeto social a fabricação, **consultoria**, projetos e instalação de esquadrias, como já informado;
- b) contudo, **a realidade profissional da sociedade é de fabricação e instalação de esquadrias de alumínio**, como a própria Receita Federal pode confirmar em todas as notas fiscais emitidas (da 1º. nota até a última emitida - em anexo), ou seja, jamais emitiu nota ou prestou serviços referentes apenas a consultoria;
- c) a previsão de consultoria é eventual e acessória às necessidades de informação técnica específica ao contrato de serviço para o devido cumprimento da atividade realmente exercida, que neste sentido não gera exclusão do SIMPLES, conforme Anexo I - Códigos previstos na CNAE impeditivos ao SIMPLES NACIONAL - Resolução CGSN nº 005 de 30/05/2007;
- d) a certeza da alegação de que a **consultoria é técnica, específica ao cumprimento da fabricação e instalação é a própria inscrição municipal, em anexo; e**
- e) a realidade aduzida pode ser ratificada pelo próprio Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, que está no próprio sistema da Receita Federal, no qual é informado o Código e a Descrição da atividade econômica principal:

CNAE

CNPJ - 03.429.066/0001-90 Código - 25.12-8-00

Descrição da **atividade econômica principal**: Fabricação de esquadrias de metal

Descrição da **atividade econômica secundária**: Não informada

- f) fica, portanto, demonstrado que não exerce qualquer atividade principal ou secundária, que seja impeditiva ao SIMPLES.

III- Da Opção do Simples e do Reconhecimento e Ratificação pela Própria Receita

a) a RFB por duas vezes analisou as documentações e as atividades exercidas, ratificando em todos os atos sua legalidade e continuidade:

1º) durante o processo de parcelamento do SIMPLES Federal e continuidade da sociedade junto ao SIMPLES Nacional em 2005/2006 - foram juntados e analisados todos os documentos; e

2º) depois em 20/06/2007 durante a apresentação e análise preliminar dos processos administrativos interpostos para pedido de restituição - conforme se vê por carimbos da próprio RFB em diversas notas fiscais em anexo, como por exemplo nas notas nºs 422/546 em anexo; e

b) agora, mais de 05 (cinco) anos depois, a RFB age contraditoriamente aos próprios atos que fez, quebrando as expectativas e seguranças gerados nos atos jurídicos perfeitos e concluídos.

IV- Da Decadência, Prescrição e Efeitos Retroativos da Decisão

- a) caso sejam superadas as razões de fato e de direito que certificam a anulação e cancelamento da decisão, cabe que seja desde já observada e declarada a decadência de eventual direito e discussões aos 05 (cinco) anos anteriores a data da decisão e o respeito aos limites e aos efeitos retroativos da decisão decretada;
- b) segundo a posição firmada no STJ, não há que se falar de decadência no caso de tributos declarados, pois a própria declaração do débito, pelo contribuinte, pode ser considerada a constituição do débito, e os dez anos defendidos pela Fazenda viram apenas cinco; e
- c) assim, se "o débito declarado pelo contribuinte somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, é desse momento que se inicia o prazo prescricional para que a fisco cobre a dívida", afirmou a ministra Eliana Calmon em pronunciamento sobre o tema.

Em sessão de 13 de junho de 2013 (e-fls. 664) a DRJ julgou parcialmente procedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002, 2007

NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

É infundada a arguição de nulidade dos Atos Declaratórios Executivos de Exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional, por violação ao contraditório e à ampla defesa, se os dispositivos legais que os fundamentaram encontram-se neles descritos e a manifestação de inconformidade é apresentada com desenvoltura suficiente para atacar todos os aspectos dos atos.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PERÍODOS ALCANÇADOS PELA DECADÊNCIA.

Excluem-se do Ato Declaratório de Exclusão do Simples os períodos já alcançados pela decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o lançamento do crédito tributário sob outra forma de apuração.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE ECONÔMICA. INSTALAÇÃO DE ESQUADRIAS DE ALUMÍNIO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.

A falta de fundamentação da exclusão relativa à atividade de instalação de esquadrias de alumínio acarreta o afastamento dessa atividade como motivação para a exclusão do regime simplificado.

ATIVIDADE IMPEDITIVA PREVISTA NO CONTRATO SOCIAL. ATIVIDADE NÃO EXERCIDA. COMPROVAÇÃO.

Conforme orientação da RFB, torna-se possível a permanência da pessoa jurídica no Simples Federal, se ficar comprovado o não exercício de atividade impeditiva prevista no seu contrato social.

LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXERCÍCIO NÃO COMPROVADO.

Não restando comprovado o exercício da atividade de locação de mão de obra, essa atividade não pode ser motivadora da exclusão do Simples.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

ATIVIDADES RELACIONADAS NO CONTRATO SOCIAL. CÓDIGO CNAE INDICADO NO CNPJ.

A declaração das atividades fins no contrato social deve ser tomada como caracterizadora de uma empresa, prevalecendo sobre o código CNAE indicado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

OPÇÃO PELO SIMPLES. ATIVIDADE IMPEDITIVA PREVISTA NO CONTRATO SOCIAL.

Se a atividade impeditiva prevista do contrato social da pessoa jurídica estiver relacionada no Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 2007, ou no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011, **seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que, por hipótese, tal atividade não seja exercida pela pessoa jurídica.**

**CONSULTORIA DE ESQUADRIAS DE ALUMÍNIO.
ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO.**

A consultoria de esquadrias de alumínio é atividade vedada ao **Simples Nacional**, constituindo-se o seu exercício ou a sua indicação no contrato social em motivo de exclusão da pessoa jurídica desse regime tributário.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE. EFEITOS.

A exclusão de ofício produzirá efeitos a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, quando for constatado que, por ocasião do ingresso no Simples Nacional, a pessoa jurídica já incorria nas hipóteses de vedação relacionadas pela legislação.

LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXERCÍCIO NÃO COMPROVADO.

Não estando relacionada no contrato social da pessoa jurídica a atividade de locação de mão de obra e não restando comprovado o seu exercício, essa atividade não pode ser motivadora da exclusão do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Sem Crédito em Litígio

Os julgadores decidiram por cancelar o ato administrativo de exclusão do **Simples federal** mas **manter a exclusão do Simples Nacional** após rejeitar o único argumento da recorrente não acolhido: de que o serviço de consultoria em esquadrias não é atividade impeditiva:

“Em face desses dados, **entendo que a atividade em análise - consultoria de esquadrias de alumínio** – classifica-se no código CNAE 7119-7/99, que diz respeito a ATIVIDADES TÉCNICAS RELACIONADAS À ENGENHARIA E ARQUITETURA NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE. Esse código encontra-se relacionado tanto no Anexo I da Resolução CGSN nº 06/2007, como no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011, os quais, como já mencionado, relacionam os códigos previstos na CNAE impeditivos ao Simples Nacional.”

Ciente da decisão de primeira instância, o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário em 09/08/2013 (e-fls. 687), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito, pedindo a reforma do Acórdão e que seja mantida sua permanência no Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DO MÉRITO

A decisão de primeiro grau deu parcial provimento ao recurso afastando a exclusão do Simples federal.

Resta controverso no presentes autos apenas a exclusão da empresa do Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006) pelo exercício de atividade de “**consultoria de esquadrias de alumínio**”.

O Acórdão da DRJ aborda a exclusão do Simples Nacional a partir da e-fls. 678 e esclarece que a exclusão foi fundamentada pelo artigo 17, XIII da LC 126/2003:

LEI COMPLEMENTAR Nº 126/2006

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional

a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

XIII - que realize atividade de **consultoria**;

E entendo que houve erro na interpretação da palavra “consultoria” constante do contrato social da empresa. Parece-nos bem claro que a palavra “consultoria” não tem o significado que foi dado pelas autoridades fiscais.

Tanto a Fiscalização quanto a DRJ não esclarecem o que entendem sobre o termo “**consultoria de esquadrias de alumínio**”. Aparentemente, o único motivo para a exclusão é a simples presença da palavra “consultoria” no contrato social, sem que houvesse a preocupação com o real significado ou o uso que esta palavra **tem nas atividades da recorrente**.

Aliás, tal significado sequer foi expresso nos documentos que fundamentaram a exclusão da recorrente. Há apenas a menção de referência ao fato de que consta a palavra

“consultoria” no contrato social e que, por outro lado, na LC 123/2006 esta palavra também pode ser encontrada como hipótese de exclusão.

Vejamos.

Na Informação fiscal de e-fls. 79 vemos uma observação sobre a palavra consultoria no contrato social, fazendo em seguida menção apenas à legislação do **Simples federal**. Observe-se que há apenas menção à legislação do **Simples Federal**:

Por meio do Contrato Social e Alteração Contratual, ambos em anexo, verificamos que constam do Objeto Social as atividades de consultoria, projetos e instalação de esquadrias de alumínio, que são vedadas à opção pelo Simples Federal pelo artigo 9º, incisos XIII e V da Lei nº 9.317, de 05/12/1996.

Na e-fls. 81 temos o Ato declaratório de exclusão do Simples Nacional fazendo referência ao **artigo 17, XIII da LC 123/2006**:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de exercer as seguintes atividades econômicas vedadas: consultoria e locação de mão de obra, conforme disposto no art. 17, incisos XII e XIII da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e alterações posteriores e na alínea "a" do inciso II do art. 3º, combinada com o inciso XI do art. 5º, ambos da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, e alterações posteriores; bem como na alínea "c" do inciso II do art. 73, combinada com o art. 75, ambos da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011.

Na página seguinte consta a prova da ciência da recorrente de sua exclusão. Ou seja, todos os fundamentos de fato e de direito utilizados pela autoridade fiscal para a exclusão da recorrente do **Simples Nacional**, motivada pelo exercício de “consultoria”, consta nos trechos copiados acima.

Melhor explicando: os fundamentos para a exclusão da recorrente do **Simples Nacional** estão apenas no ato declaratório de e-fls. 81, pois a Informação Fiscal de e-fls. 79 não faz qualquer referência à exclusão do Simples Nacional.

E voltando à palavra ‘consultoria’, vemos que de fato, consta no contrato social o objeto social de “fabricação, consultoria, projetos e instalação de esquadrias de alumínio”:

CLÁUSULA TERCEIRA- OBJETO SOCIAL

A sociedade terá por objeto a : FABRICAÇÃO, CONSULTORIA, PROJETOS E INSTALAÇÃO DE ESQUADRIAS DE ALUMÍNIO.

Entendo, considerando o contexto da frase e a atividade da recorrente, que é intuitivo que a palavra “consultoria”, tal como consta na frase “*fabricação, consultoria, projetos e instalação de esquadrias de alumínio*” está relacionada à atividade de comercialização e instalação de esquadrias de alumínio e não uma específica atividade de consultoria.

Aliás, pergunto: como poderia a recorrente exercer essa “consultoria” no significado da LC 123/2006? O que esta empresa faz é fabricar esquadrias de alumínio. O

projeto, a instalação e até mesmo a sua “consultoria” são apenas etapas da sua atividade principal.

Entende este relator, inclusive por ser Administrador por formação, que a consultoria prevista na LC 123/2006, além de ser uma atividade exclusiva do profissional de Administração, é um serviço em que o consultor atua como um agente de mudanças nos processos de seu cliente.

O consultor é um conselheiro que empresta sua experiência profissional, sua habilidade em resolver problemas e seu olhar de quem está fora da realidade da empresa e, por isto, menos influenciado pelos problemas internos da organização. Daí, inclusive, uso da palavra consultoria, porque o cliente faz uma “consulta” ao especialista.

Achar que todo aquele que se autodenomina “consultor” é um profissional de consultoria apenas por utilizar este nome é acreditar que vendedores em lojas, vendedores de planos de saúde ou de produtos de perfumaria por catálogo e até em lojas de cápsulas de café *espresso* em shoppings são consultores (realizando assim consultorias) apenas porque são assim denominados. Obviamente, são vendedores.

E o Acórdão recorrido parece concordar com esse entendimento ao reconhecer na e-fls. 680 que o termo “consultoria de esquadrias de alumínio” estaria relacionado à :”

“ATIVIDADES TÉCNICAS RELACIONADAS À ENGENHARIA E ARQUITETURA NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE. Esse código encontra-se relacionado tanto no Anexo I da Resolução CGSN nº 06/2007, como no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94/2011, os quais, como já mencionado, relacionam os códigos previstos na CNAE impeditivos ao Simples Nacional”.

Observe-se que houve mudança no fundamento jurídico para a exclusão do Simples Nacional. Se antes, no ADE, a recorrente foi excluída por exercer “consultoria”, prevista no artigo 17, inciso XIII da LC 123/2006, o Acórdão manteve a exclusão, nas agora porque a atividade da recorrente seria uma atividade técnica relacionada à engenharia.

O motivo da exclusão alterou-se, sendo primeiramente por exercer consultoria, e depois, por exercer atividade de engenharia. Trata-se de alteração de critério jurídico inadmissível num processo que respeite o contraditório e a ampla defesa. Ademais, sequer há qualquer menção da palavra engenharia no trabalho de fiscalização.

No entanto, entendo não ser o caso de anulação do Acórdão recorrido pois o artigo 59 do decreto 70.235/1972 prevê que *“quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”*, pois vejo que não restou provado pela Fiscalização que a recorrente exerce a atividade de consultoria prevista na legislação referida, o que inclusive fez a DRJ mudar o fundamento da exclusão, motivo pelo qual voto pelo provimento do Recurso Voluntário.

A Súmula 134 deste Conselho firmou entendimento de que a exclusão de empresa do Simples Federal deve ser motivada por procedimento de fiscalização que comprove o efetivo exercício da atividade vedada:

“Súmula CARF 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.”

Entendo que este entendimento se aplica também por analogia ao Simples Nacional, principalmente no caso aqui analisado, em que se utilizou uma palavra (consultoria) fora do contexto da atividade real da empresa para dar um significado condizente com uma hipótese de exclusão na LC 123/2006.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator