



Processo nº 13768.720375/2012-10
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1301-004.855 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 08 de dezembro de 2020
Recorrente MECÂNICA DO TREVO PEÇAS E ACESSÓRIOS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. NÃO COMPROVAÇÃO DO EFETIVO EXERCÍCIO.

O fato de o contribuinte não ter exercido a atividade vedada (art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006), isto é, não haver a comprovação da efetiva execução de tal atividade, não justifica a anulação da exclusão do Simples Nacional, tendo-se a em vista a inclusão no sistema CNPJ de atividade econômica vedada à opção, conforme o disposto no art. 30 da LC 123/2006. Não se aplica a Súmula CARF nº 134, elaborada sob a vigência do Simples federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Acompanharam pelas conclusões os conselheiros Jose Eduardo Dornelas Souza, Lucas Esteves Borges e Bianca Felicia Rothschild. Não participou do julgamento a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, dada a participação e voto do Conselheiro Roberto Silva Junior, na reunião de agosto de 2020. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Jose Eduardo Dornelas Souza.

(documento assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Presidente

(documento assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior (sessão de setembro de 2020), Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Lucas Esteves Borges, Bianca Felicia Rothschild e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado por MECÂNICA DO TREVO PEÇAS E ACESSÓRIOS LTDA – EPP contra decisão da DRJ/SPO (fls. 48 a 52), que julgou improcedente a manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo (ADE), fl. 20, de Exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

A referida exclusão, com efeitos a partir de agosto de 2012, ocorreu em virtude da inclusão, entre as atividades desenvolvidas no CNPJ, de atividade econômica vedada à opção, na forma do disposto no art. 30, § 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

A DRJ/SPO ao analisar a manifestação de inconformidade, decidiu válida a exclusão com base no entendimento expresso com base no item 2.5 do “Perguntas e Respostas”, constante no Portal do Simples Nacional, no sentido de que, se o código CNAE constar no Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 18 de junho de 2007, e no Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, deve haver exclusão ainda que a empresa possa não ter exercido tal atividade.

Em sede de recurso voluntário, o sujeito passivo alega que, ao incluir o código nº 6810-2/02 da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) “aluguel de imóveis próprios”, não premeditou sua exclusão do Simples Nacional e tão pouco foi-lhe enviado aviso ao preencher o Documento Básico de Entrada – DBE (utilizado para alterações no CNPJ). Que imediatamente após ciência da exclusão efetuou alteração contratual (fls. 5), o que demonstra o desinteresse em exercer a atividade. Atribui a alteração contratual que originou a exclusão a intenção futura que, uma vez ciente que poderia causar exclusão, recuou e procedeu nova alteração do contrato social. Requer ao final a revogação do ADE em razão de erro na alteração contratual e imediatamente sanado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA, Relator.

1. Conhecimento

O sujeito passivo foi cientificado da Decisão de primeira instância em 04/07/2016, conforme Aviso de Recebimento (fls. 54), portanto o Recurso Voluntário apresentado em 02/08/2016, conforme Despacho de Encaminhamento (fls. 57) é **tempestivo**.

3. Mérito

A Recorrente reconhece a intenção da alteração contratual com objetivo de futuramente desenvolver a atividade 6810-2/02 da CNAE, “aluguel de imóveis próprios”, e que desconhecia a consequência de exclusão dessa alteração contratual, que não foi alertada pela RFB no momento do preenchimento/transmissão do DBE. Diante da consequência de exclusão, cuja ciência se teria dado apenas no recebimento do ADE, procedeu nova alteração contratual, visto que a atividade vedada não foi exercida e da ausência de interesse em face de não poder permanecer no Simples Nacional.

A fundamentação da decisão de primeira instância para julgar improcedente a manifestação de inconformidade se deu com base na pergunta nº 2.5 do então Perguntas e Respostas do Simples Nacional. Transcreve-se essa parte do voto de origem:

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. Se a atividade impeditiva constante do contrato estiver relacionada no Anexo VII da Resolução CGSN nº 94, de 2011, seu ingresso no Simples Nacional será permitido, desde que declare, no momento da opção, que exerce apenas atividades permitidas.

De outra parte, também **estará impedida de optar pelo Simples Nacional a pessoa jurídica que obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante, ainda que não prevista no contrato social** (Ver Pergunta 1.3). (g.n.)

O Perguntas e Respostas do Simples Nacional, atualizado em 04/06/2020, <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Arquivos/manual/PerguntaSN.pdf>, trata sobre o tema na pergunta nº 2.4., com a seguinte redação:

2.4. Se constar no cadastro da empresa no CNPJ alguma atividade impeditiva à opção pelo Simples Nacional, ainda que ela não venha a exercê-la, tal fato é motivo de impedimento à opção?

No cadastro, são informados os códigos CNAE das atividades exercidas pela empresa. E cada código CNAE corresponde a um elenco de atividades, sendo que algumas podem ser permitidas ao Simples Nacional e outras não (ver lista de atividades vedadas na Pergunta 2.2). Sendo assim:

1. Os códigos CNAE que se referem apenas a atividades permitidas não são listados na Resolução CGSN nº 140, de 2018. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa não estiver relacionado nos Anexos VI e VII da Resolução, o tipo de atividade não será impedimento para seu ingresso no Simples Nacional.

2. Os códigos CNAE que se referem apenas a atividades vedadas são listados no Anexo VI. **Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa estiver relacionado nesse Anexo, seu ingresso no Simples Nacional será vedado.**

3. Os códigos CNAE ambíguos, que abrangem concomitantemente atividades impeditivas e permitidas, são listados no Anexo VII. Por isso, se o código CNAE informado no cadastro da empresa estiver relacionado nesse Anexo, seu ingresso no Simples Nacional será condicionado a que a empresa declare, no momento da opção, que exerce apenas atividades permitidas.

Por fim, **caso a empresa exerça, em qualquer montante, uma atividade vedada abrangida por código CNAE não informado em seu cadastro, seu ingresso no Simples Nacional também é vedado.** (g.n.)

A vedação de opção para atividade de locação de imóveis próprios está prevista no art. 17, XV, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

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

(...)

XV - que **realize** atividade de locação de imóveis próprios, exceto quando se referir a prestação de serviços tributados pelo ISS. (g.n)

À época da exclusão, vigorava a Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, com a seguinte redação:

Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)

(...)

XXV - que **realize** atividade de locação de imóveis próprios, exceto quando se referir a prestação de serviços tributados pelo ISS; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XV)

Art. 73. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

(...)

c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXVI do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, inciso II) (Redação dada pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012).

1. **deverá ser comunicada até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência da situação de vedação;** (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, § 1º, inciso II)

2. produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 31, inciso II)

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;

(...) (g.n.)

Compreende-se que a exclusão do Simples Nacional se dê de forma automática quando o contribuinte promove alteração cadastral. Trata-se, evidentemente de medida simplificadora, conforme previsto no art. 30, § 3º, II da Lei Complementar nº 123, de 2006. Mas a consequência de tal alteração vêm prescrita de forma clara e literal na lei complementar:

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:

I - alteração de natureza jurídica para Sociedade Anônima, Sociedade Empresária em Comandita por Ações, Sociedade em Conta de Participação ou Estabelecimento, no Brasil, de Sociedade Estrangeira;

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

(...)

Vale ressaltar que a retificação das informações declaradas por iniciativa da própria declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde (§ 1º do art. 147 do Código Tributário Nacional).

Mas observo que não há a comprovação de erro de fato no caso, que ocorre quando há desajuste interno na estrutura do enunciado. Pelo contrário, o contribuinte agiu com a intenção declarada de alterar seu cadastro e exercer a atividade vedada. Houve erro de direito, quando há equívoco na valoração jurídica dos fatos e suas consequências. Ou seja, não há escusa que permita afastar a aplicação do dispositivo legal citado.

Adiono que não se aplica ao caso a Súmula CARF nº 134, elaborada sob a vigência do Simples federal.

Por essa razão, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário do sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA

Declaração de Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza

Manifestei intenção de apresentar declaração de voto, com o fim de registrar as razões de direito que me levaram a acompanhar o i. Relator pelas conclusões.

Nos termos do voto do Relator, tratando-se de exclusão do Simples Nacional, ocorre exclusão *automática* do referido regime de tributação simplificada, quando o contribuinte promove alteração cadastral que inclui atividade econômica vedada.

Penso que deva ser considerada a hipótese de erro material eventualmente incorrido pelo sujeito passivo que inseriu equivocamente atividade vedada em contrato (e/ou CNAE), e que efetivamente nunca a exerceu.

Logo, a exclusão não deve ser considerada *automática*, devendo sempre admitir questionamentos, por meio do procedimento descrito pelo Decreto 70.235/72, pois acaso evidenciado erro material incorrido e o não exercício, no plano material (e não apenas formal!!) de atividade vedada, as razões do apelo voluntário devem ser acolhidas.

Com as ressalvas necessárias, é de se aplicar o racional da Súmula 134 deste CARF, cujo verbete assim expressa:

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.

Porém, como não há nos autos qualquer elemento de prova, apto a evidenciar erro material de inclusão em contrato ou no CNAE de atividade vedada, a alegação do contribuinte torna-se genérica, por ser desprovida de prova. Nesse cenário, deve prevalecer a conclusão do Relator, que negou provimento ao recurso voluntário.

Desta forma, voto por acompanhar o Relator pelas conclusões, para negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza