



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13794.720237/2017-10
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-002.750 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 9 de novembro de 2022
Recorrente ESTRELA SERVICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Nacional não deve resultar na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

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)

Fernando Beltcher da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fernando Beltcher da Silva (Presidente), José Roberto Adelino da Silva e Sidnei de Sousa Pereira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 06-65.527, da 7ª Turma da DRJ/CTA, que considerou improcedente a Manifestação de Inconformidade (MI), apresentada, pela ora recorrente, contra o Termo de Exclusão do Simples Nacional, em 20/07/2015, com efeitos a partir de 01/08/2015, devido à inclusão no seu contrato social de atividade econômica vedada (CNAE 8112-5-00 - Condomínios Prediais), nos termos do art. 28 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 ter incorrido em erro material, por parte do contador, na 3ª alteração contratual, na qual foi incluída o CNAE 8112-5/00, tal decisão não foi acatada pela RFB, motivo pelo qual a empresa apresenta a manifestação de inconformidade.

Em sua Manifestação de Inconformidade (MI), a ora recorrente em síntese, afirma que:

Cita o Despacho Decisório no qual o Auditor Fiscal dispôs que a reinclusão da empresa no Simples Nacional ficou prejudicada pela ausência de provas de ocorrência de erro material, no momento da alteração do contrato social e sem tal comprovação de erro inequívoco, a reinclusão no Simples Nacional a partir da exclusão equivaleria a descumprir o disposto no art. 16, §2º da LC n.º 123/06.

Explica que produziu todas as provas que estavam ao seu alcance, sendo qualquer exigência superior à documentação apresentada deve ser considerada como prova impossível e acarreta ônus excessivo ao contribuinte.

Informa que alteração contratual foi assinada em 2015 e só comunicada à Receita em 2017, o que, por si só, já demonstra que a empresa não estava exercendo a atividade impeditiva e nem que a empresa exercia a sua atividade. Afirma que quando ficou ciente do desenquadramento, devido ao erro material, protocolou em 5 dias nova alteração, visando evitar os prejuízos do equívoco cometido por seu contador. A inclusão deu-se somente no campo teórico, no campo material não teria ocorrido. Reitera que a alteração somente constou nos registros da RFB por cerca de 1 mês, quando foi protocolada a 4ª alteração.

Aduz que a RFB não possui qualquer mecanismo burocrático/tecnológico para impedir o cometimento desse tipo de erro material, como por exemplo, haver uma declaração de ciência do desenquadramento do Simples Nacional em razão de atividade impeditiva.

Em anexo traz os e-mails trocados com o contador, demonstrando cabalmente o erro material ocorrido, tendo em vista a preocupação da Manifestante com a eventual exclusão do Simples Nacional, comprovando que a inclusão da atividade foi um erro, em especial o e-mail datado de 02/02/2015 (DOC. 2).

"Prezado Ceslo, boa noite.

A sugestão do Arnaldo foi a mesma da sua, sobre colocar o capital a integralizar.

Com isso, acho que podemos aumentar o capital social dessa forma.

Favor minutar e me encaminhar com as seguintes alterações:

1) Meu retorno para administração da sociedade, permanecendo a minha mãe e ambos tendo poder isoladamente;

2) Inclusão das novas atividades no objeto da empresa, conforme relação que lhe passei na semana passada. Salvo as que influenciarem no enquadramento do Simples e ou aumentarem a carga tributária;"

Explica que se fosse vontade da Manifestante incluir aquela atividade e ser excluída do Simples, não estaria litigando em um processo administrativo para demonstrar o erro que pode comprometer a subsistência da mesma.

Ressalta que por erro do contador pode gerar a cobrança retroativa de impostos com base no regime do Lucro Presumido nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, o que representa um grande prejuízo financeiro, o que pode levar a sua quebra, inclusive, com a demissão de funcionários e uma perda da arrecadação pela própria RFB. Salaria que todos os valores orçados aos clientes sempre tiveram como base a tributação pelo Simples e caso ela tiver que pagar a diferença de tributação com base no lucro presumido a empresa fecha as portas, deixando mais de 60 famílias

desamparadas. Apresenta exemplo da tributação a que estará sujeita caso tenha que pagar os tributos fora do regime do Simples Nacional.

Aduz que a decisão pela não reinclusão da empresa no Simples Nacional foi padrão e não levou em conta as peculiaridades do caso, o que precisa ser analisado para não gerar uma decisão contraproducente para o contribuinte e para o país

Da Omissão - Irretroatividade do Desenquadramento

Entende que a decisão proferida pela Fiscalização quanto ao pedido de irretroatividade do desenquadramento desde 2015 foi omissa, somente houve a manifestação de que nos sistemas informatizados da RFB, constata-se que a exclusão do contribuinte do simples nacional ocorreu em 20/07/2017, pelo fato motivador ocorrido em 20/07/2017 e com efeito em 01/08/2017.

Alega que conforme fls. 234, ao contrário do informado na decisão, o efeito do desenquadramento é datado de 31/07/2015 o que, pelas razões amplamente expostas, não deveria ocorrer, pois a comunicação à RFB somente foi feita em 19/04/2017, quando o cartão do CNPJ passou a incluir a atividade impeditiva do Simples Nacional. Pede que seja sanada tal omissão e que seja declarado somente o desenquadramento a partir de 19/04/2017, caso não seja atendido o pedido principal.

Segundo a DRJ exclusão teve como fundamento legal o art. 28 da Lei Complementar n.º 123/06 e os art. 8º e 74 da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN n.º 94/2011.

De acordo com o art. 28 da LC n.º 123/06, a exclusão do Simples Nacional será feita de ofício (ou mediante comunicação das empresas optantes) quando a empresa incluir uma atividade econômica vedada, em seu contrato social, tal fato equivale à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional.

Assim, quando a empresa incluiu a atividade código CNAE 8112-5-00 - Condomínios Prediais - em seu contrato social, na data de 20/07/2015, tal alteração contratual fez com que se operasse a sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a partir de 01/08/2015. A alteração contratual posterior não altera a exclusão por falta de previsão legal e que o fato de não ter desempenhado a atividade, consoante as notas fiscais anexadas, não é motivo para a sua reinclusão.

Quanto ao pedido de que seja considerado para fins de seu desenquadramento do Simples Nacional a data comunicação da alteração contratual feita à RFB em 19/04/2017, e não a data em que houve a alteração em seu contrato social ocorrida em 20/07/2015, entende que a análise de atividade vedada deve ser feita por meio do contrato social, tendo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação.

Por último, argumenta que a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, não abrange a possibilidade de a Fazenda proceder lançamentos.

Não ficou claro qual a data da ciência do acórdão, porém, este data de 26/02/2019 e a recorrente apresentou o Recurso Voluntário (RV) em 20/03/2019 (fl. 281).

Em seu RV, a recorrente reitera o erro cometido pelo contador e que, ao tomar ciência, solicitou a exclusão da atividade impeditiva apenas 5 dias após ter tomado conhecimento.

Aduz que:

Porém, em regra, o reenquadramento do Simples Nacional só poderá no novo exercício (2018), constando a sociedade com regime de Lucro Presumido de Agosto de 2015 à Dezembro de 2018, acarretando ônus à Recorrente que pode gerar, inclusive, o encerramento de suas atividades.

Como a comunicação da 3ª Alteração Contratual só foi deferida em Abril de 2017, não constava no cartão do CNPJ da sociedade essa atividade (Fls. 24), pelo que não existia sequer a possibilidade da mesma ser exercida.

Anexou notas fiscais e guias de pagamento do DAS, no período de agosto de 2015 a maio de 2017, para provar que nunca exerceu a atividade.

Argumenta que nova alteração contratual, que excluiu a atividade impeditiva, não visou alterar um fato consolidado, mas, justamente, desfazer o equívoco, demonstrando com a celeridade com que foi feita, que na 3ª alteração contratual houve apenas um erro.

Resumidamente:

Verifica-se, portanto, que a atividade Condomínios Prediais é incompatível com a atividade já prestada pela Recorrente.

A Recorrente produziu todas as provas que estavam ao seu alcance no presente processo administrativo, sendo qualquer exigência superior à documentação apresentada considerada como prova impossível e acarreta ônus excessivo ao contribuinte.

A inclusão de atividade impeditiva somente se deu no campo teórico, no campo dos “papéis”, no campo material/fático ela não ocorreu, sendo certo que a mesma não foi exercida ou, sequer foi pretendido o seu exercício. Reitera-se, ela somente constou nos registros da RFB por cerca de 1 (um) mês, quando foi protocolada a 4ª Alteração Contratual.

Cita a doutrina para afirmar que o agente deve buscar, em outras palavras, a verdade material, cita o art. 2º, da Lei 9.784/99 e alega novamente que:

O efeito do desenquadramento é datado de 31/07/2015, o que, pelas razões amplamente expostas, não deveria ocorrer, pois a comunicação à RFB somente foi feita em 19/04/2017, quando o cartão do CNPJ passou a incluir a atividade impeditiva do Simples Nacional.

Afirma que teria um prejuízo não teria como ser repassado para os clientes e apresenta uma simulação dos seus custos e que a crise que se enfrenta que não seria razoável que a empresa fosse punida com ônus maiores do que pode suportar.

Conclui:

Por todo o exposto, requer a ora Recorrente que o presente Recurso Voluntário seja conhecido e provido por este Eg. CARF, para determinar o a) Reenquadramento no Simples Nacional desde julho 2015; e, caso esse não seja o entendimento, b) Desenquadramento do Simples somente a partir de 24/04/2017, data de comunicação da RFB, sendo considerada a irretroatividade de tal ato.

Outrossim, a Recorrente protesta por todos os meios de prova admitidos, mormente pela produção de prova documental complementar, bem como a realização de diligência fiscal, caso considerada necessária para a formação de convencimento sobre a matéria versada nestes autos.

É o relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 1001-002.750 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13794.720237/2017-10

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator.

Embora não se tenha uma prova concreta da data do conhecimento do acórdão, considerarei o recurso voluntário como tempestivo, face ao já comentado no relatório. Como atende aos demais requisitos, determinados pelo Decreto 70.235/72, dele eu conheço.

Inicialmente, cabe esclarecer que somente os argumentos legais serão levados em consideração, pois, não cabe a este órgão interpretar as normas tendo em conta outros aspectos como economia, dificuldades de mercado etc.

Entendo ter ocorrido de fato um erro material pelo sujeito passivo que inseriu equivocadamente atividade vedada em contrato (e/ou CNAE), e que efetivamente nunca a exerceu.

Logo, a exclusão não deveria ser considerada automática, devendo-se 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 de atividade vedada, as razões do apelo voluntário devem ser acolhidas.

Com as ressalvas necessárias, entendo que se deva aplicar o racional da Súmula 134 deste CARF, cujo verbete assim expressa:

Súmula CARF n.º 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.

Verifica-se que há nos autos elementos de prova, aptos a evidenciar erro material de inclusão em contrato (ou no CNAE) de atividade vedada, face às notas fiscais anexadas que demonstram que a atividade vedada não foi exercida, conforme reconheceu a própria DRJ.

Não há nos autos a comprovação do exercício da atividade vedada pela legislação e, por outro lado, verifica-se que a atividade não beneficiada permaneceu por pouquíssimo tempo no contrato social da recorrente, o que indica que, realmente, ocorreu um equívoco quando da sua inclusão.

A proximidade das datas de ciência da decisão (ADE) e a alteração contratual demonstram que a recorrente, de fato, não pretendia exercer aquela atividade e, de fato, não a exerceu.

Temos algumas decisões neste CARF neste mesmo sentido, como por exemplo cito o acórdão 1401-005.112, da 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 10 de dezembro de 2020.

Assim, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva

