



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13807.726045/2013-05
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1003-000.090 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**
Sessão de 07 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente STARTRONICS COMÉRCIO DE COMPONENTES ELETRÔNICOS,
INFORMÁTICA E SERVIÇOS EM INFORMÁTICA LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. ALTERAÇÃO NO CNPJ. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. ATIVIDADE VEDADA.

Atividade vedada constante no contrato social desde sua constituição identificado quando da alteração do contrato social. Ausência de comprovação mínima de que não exerce a atividade vedada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

(assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de exame do recurso voluntário em face do Acórdão nº 16-75.790, de 30.01.2017, da 9ª Turma DRJ/SPO, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente.

A Recorrente protocolizou, em 24/09/2013, petição requerendo a reversão de comunicação de exclusão do Simples Nacional efetuada em virtude de alteração de atividade econômica no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ. Aduz que, por exigência da Junta Comercial, efetuou o desenquadramento da condição de empresa de pequeno porte para a concretização do registro e que, quando tentou emitir o Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS relativo ao mês de maio de 2013, mediante utilização do aplicativo PGDAS, não conseguiu, tendo identificado que a expedição havia sido bloqueada por estar desenquadrada do regime por opção do contribuinte. Contudo, a mesma declara não ter efetuado a opção de desenquadramento.

O Despacho Decisório (fls. 23 a 26) indeferiu o pedido de reversão da comunicação de exclusão do Simples Nacional, visto que restou identificado ter havido, em 30/04/2013, alteração contratual e, conseqüentemente, a comunicação obrigatória em razão de inclusão no CNPJ de atividade vedada, qual seja, CNAE 7490-1/04 - Atividade de Intermediação e Agenciamento de Serviços e Negócios em Geral, exceto Imobiliários.

A Recorrente apresentou manifestação de inconformidade, esclarecendo, dentre outros argumentos, que não efetuou alteração do objeto social da empresa e que a atividade supostamente vedada já estava prevista no contrato, não tendo sido incluída com a alteração contratual ocorrida em 30/04/2013, estando, por conseguinte, equivocada a fundamentação do Despacho Decisório

A 9ª Turma da DRJ/SPO decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, cuja a ementa segue abaixo:

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2013
SIMPLES NACIONAL. ALTERAÇÃO NO CNPJ. EXCLUSÃO.**

A alteração de dados no CNPJ, para inclusão de atividade vedada à opção pelo Simples Nacional, equivale à comunicação obrigatória de exclusão desse regime.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Sem Crédito em Litígio

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou recurso voluntário requerendo no qual defende:

(i) A recorrente iniciou suas atividades em 10/11/2008, obtendo o enquadramento no Simples Nacional. Na data de 30/04/2013, a mesma realizou a alteração nos seus atos constitutivos modificando apenas a composição de seu quadro societário e endereço, e adicionando ao objeto social a atividade de "Comércio de Varejista de componentes eletrônicos";

(ii) A atividade de "intermediação de negócios, exceto imobiliários" não foi incluída quando da alteração contratual, visto que essa atividade já constava nos atos constitutivos do contribuinte desde o enquadramento no Simples Nacional, sendo certo que a

previsão da atividade no contrato social não implica no fato de que o contribuinte exerceu tal atividade;

(iii) Informa que não exerce nem nunca exerceu a atividade vedada, tanto que no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica a atividade vedada não está relacionada dentre as atividades exercidas pela Recorrente e que a simples previsão no contrato social não indica ser a atividade desenvolvida pela empresa;

(iv) Que em razão da alteração contratual de 30/04/2013 a Junta Comercial exigiu o desenquadramento da condição de empresa de pequeno porte para a concretização do registro e que, por não ter outra opção, a Recorrente atendeu a ordem. Quando tentou emitir o Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS, relativo ao mês de maio de 2013, mediante utilização do aplicativo PGDAS, não o conseguiu, tendo identificado que a expedição havia sido bloqueada por estar desenquadrada do regime por opção do contribuinte;

(v) Que houve erro praticado pelo julgador ao considerar expressamente em sua argumentação que a Recorrente promoveu a alteração de seu CNPJ para incluir atividade vedada no Sistema Simples Nacional;

(vi) Que cabe ao Fisco fazer a prova de que o contribuinte exerceu ou exerce as atividades consideradas vedadas, sendo impossível exigir prova negativa do contribuinte;

(vii) Que os serviços prestados não reclamam necessariamente a atuação de um profissional legalmente habilitado ou especializado, não possuem similaridade nem podem ser equiparadas aos serviços profissionais prestados por engenheiros, nem se enquadram na categoria dos "assemelhados", conforme previsto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96;

(viii) Preliminarmente, aduz que a fundamentação descrita no despacho decisório motivadora da exclusão do contribuinte do Simples não existe, pois esse não fez inclusão da atividade mencionada e que o julgamento sob o argumento diverso daquele que se discute nos autos sem que seja conferido ao contribuinte o direito ao devido processo legal e a ampla defesa, torna nulo o julgamento, uma vez que não foi conferido ao contribuinte a oportunidade para manifestar-se sobre essa motivação;

(ix) Que os efeitos da exclusão realizada por opção do contribuinte somente poderiam ocorrer a partir do exercício de 2014 e não imediatamente, como ocorreu no presente caso;

(x) Por fim, requereu provimento ao Recurso Voluntário para reformar integralmente o r. despacho decisório, a fim de que a Recorrente seja autorizada a permanecer no sistema de tributação pelo Simples Nacional.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Bárbara Santos Guedes, Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo, visto que atende o prazo regulamentar estabelecido pelo Decreto 70.235/1972, art. 33. Portanto, o mesmo atende aos requisitos de admissibilidade, pelo que, conheço do recurso.

Inicialmente, importante esclarecer que a exclusão da Recorrente do Simples Nacional ocorreu em 30/04/2013, ocasião na qual a empresa efetuou a alteração do seu contrato social. E, em 01/01/2014, a mesma foi reenquadrada no referido sistema. Logo, a presente análise corresponde a reinclusão ou não da Recorrente no período de 30/04/2013 a 31/12/2013.

PRELIMINARMENTE:

Quanto ao requerimento preliminar de cerceamento de defesa por ausência de motivação no Despacho Decisório, visto não ter a empresa efetuado a inclusão da atividade de intermediação de negócios, exceto imobiliários na alteração contratual que motivou sua exclusão do Simples Nacional, não merece prosperar.

O Despacho Decisório precisa ser motivado e deverá sempre ser vinculado. A Lei 9.784/99, em seu art. 2º, esclarece:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Quanto à motivação, o artigo 50 do mesmo dispositivo legal, determina o que se segue:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

§ 1ª A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

A motivação dos fundamentos que justificam uma decisão do administrador público é fundamental para dar legitimidade e legalidade ao ato da Administração Pública e, conseqüentemente, para possibilitar o efetivo exercício do direito de defesa do contribuinte.

A motivação é princípio de direito administrativo e consiste na exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o Despacho Decisório apresenta clara motivação, fundamentando adequadamente os fatos e fundamentos que levaram a autoridade fiscal à conclusão da necessidade de exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

A alteração de dados no CNPJ ocorreu em razão da solicitação pela Recorrente de alteração no seu contrato social. Nesse momento, a Secretaria da Receita Federal recebe informação do contribuinte quanto às alterações e, na hipótese de ser identificada atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional, o sistema irá relacionar os códigos CNAE impeditivos e excluir do mesmo.

Outrossim, o cerceamento de defesa não ocorreu, visto que o processo administrativo se instaurou a partir do Despacho Decisório, do qual a Recorrente tomou ciência e pode apresentar Manifestação de Inconformidade e, posteriormente, Recurso Voluntário.

Tanto é que a mesma efetuou sua defesa de maneira satisfatória e contrapondo os fundamentos do Despacho Decisório.

Diante disso, não acolho a preliminar apresentada pela Recorrente.

DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA

No Recurso voluntário, a Recorrente, no tópico "Diligências", requer a apresentação de notas fiscais e outros documentos que corroborem sua defesa, colocando-se à disposição para apresentá-los. Contudo, deveria a Recorrente ter apresentado os documentos que julgava importantes para solução da lide no momento da apresentação da manifestação de inconformidade.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal. Logo, o momento da apresentação da prova, sua ausência na instauração da fase litigiosa e o ônus probatório de quem alega os fatos constitutivos de seu direito possuem regramentos nos artigos 14 a 17, do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito federal, e do artigo 373, da Lei nº 13.115/2015

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

[...]

Art. 16. A impugnação mencionará:

; III os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Assim, no caso em tela, o efeito legal da omissão do Sujeito Passivo em trazer na manifestação de inconformidade e/ou antes da decisão de primeiro grau todos os documentos hábeis a comprovar suas alegações, é a preclusão, impossibilidade de o fazer em outro momento.

Existe entendimento de que, ainda na fase de recurso voluntário, novos documentos podem ser apreciados, desde que protocolados dentro do prazo de recurso, porém a Recorrente não colacionou documentos de comprovação relacionados, quais seja, as notas fiscais ou quaisquer outros documentos contábeis.

Em razão do exposto, por ter precluído o direito a juntar novas provas nos presentes autos, nego o requerimento de diligências.

DO MÉRITO

O cerne da questão é se a Recorrente exerce ou não atividade considerada vedada constante em seu contrato social.

Primeiramente, a Recorrente tenta enquadrar a questão dos autos no fato de que os serviços prestados não reclamam necessariamente a atuação de um profissional legalmente habilitado ou especializado, não possuem similaridade nem podem ser equiparadas aos serviços profissionais prestados por engenheiros, nem se enquadram na categoria dos "assemelhados", conforme previsto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

Contudo, tal fato não corresponde à realidade. A atividade de "Intermediação e Agenciamento de Serviços e Negócios em Geral, exceto Imobiliários" é atividade vedada, visto que o CNAE 7490-1/04 compreende as atividades de corretagem, intermediação, mediação de negócios ou serviços em geral, sem especificação definida, promovendo a integração entre profissionais e empresas. Estando expressamente vedado pelo Simples Nacional, conforme se verifica através da Resolução CGSN nº 6, de 18 de junho de 2007, que destaca:

O COMITÊ GESTOR DE TRIBUTAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (CGSN) no uso da atribuição que lhe confere a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Decreto nº 6.038, de 7 de fevereiro de 2007, o Regimento Interno aprovado pela Resolução CGSN nº 1, de 19 de março de 2007, e tendo em vista o disposto na Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, resolve:

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ para verificar se as microempresas (ME) e as empresas de pequeno porte (EPP) atendem aos requisitos pertinentes,

conforme previsto no art. 9º da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007.

Art. 2o O Anexo I relaciona os códigos de atividades econômicas previstos na CNAE impositivos ao Simples Nacional.

Anexo I

Subclasse CNAE 2.0 - Denominação

0162-8/01-Serviço de inseminação artificial em animais

(...)

7490-1/01-Serviços de tradução, interpretação e similares

7490-1/03-Serviços de agronomia e de consultoria às atividades agrícolas e pecuárias

7490-1/04-Atividades de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, exceto imobiliários

7490-1/05-Agenciamento de profissionais para atividades esportivas, culturais e artísticas

(...)

Assim, não prospera a alegação da Recorrente de que não precisa de profissional habilitado ou não pode ser considerada assemelhada, pois a descrição das atividades desse CNAE se confundem ao de corretagem e representação comercial, visto que todos exercem atividade de intermediação de negócios e são pagos através de comissão.

A Recorrente defende em seu recurso voluntário que, embora conste no seu contrato social - desde a constituição - atividade considerada vedada, a mesma não a exerce nem nunca exerceu. Para comprovar tal argumento, colaciona registro municipal no qual não consta a citada atividade no cadastro da empresa perante o município, como também junta CNPJ na qual a atividade também não aparece dentre as atividades secundárias.

Contudo, ainda que não apareçam nos respectivos registros a existência de tal atividade desde a constituição, é fato confessado pela Recorrente que a referida atividade está inserida no contrato social da empresa.

Quanto a alegação de que não exerce a atividade, os documentos trazidos aos autos mostram-se insuficientes para uma comprovação inequívoca. A Recorrente poderia ter colacionado notais fiscais do período ou outros documentos contábeis, bem como contratos com clientes, etc., porém não o fez. Limitou-se a apenas declarar em suas peças de defesa no decorrer do processo que não exercia a atividade.

Entende-se, no entanto, que não é o caso de se estar exigindo da contribuinte prova negativa de exercício de atividade vedada e, portanto, impossível, mas uma questão de adequação formal para aptidão à opção por um regime tributário diferenciado. O ônus da prova de exercício de atividade vedada, base da jurisprudência colacionada, seria do Fisco, de forma justa e viável, apenas nos casos em que a contribuinte, minimamente, comprove através de documentos hábeis as suas alegações.

Quanto ao ônus da prova, vejamos a legislação pertinente:

DECRETO Nº 70.235, DE 1972 PAF

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]III os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

[...]LEI Nº 9.784, DE 1998 Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

LEI Nº 5.869, DE 1973 CPF Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

Nesse compasso, inexistente no processo a demonstração de que a Recorrente não exerce a atividade constante do contrato social apresentado (Intermediação e Agenciamento de Serviços e Negócios em Geral, exceto Imobiliários), fundamento para a sua exclusão do Simples Nacional.

A Recorrente defende que, em 2008, teve a opção pelo Simples Nacional deferida, sem que qualquer impedimento fosse identificado no sistema. Porém, tal fato não a exime do dever de cumprir a norma. Se a mesma não exerce a atividade, deveria tê-la excluído do seu contrato social.

A simples pesquisa do CNAE demonstra o impedimento da atividade de Intermediação e Agenciamento de Serviços e Negócios em Geral, exceto Imobiliários estar enquadrado no Simples Nacional (Anexo VI da Resolução CGSN nº 94, de 29.11.2011). Assim, a rigor, a empresa sequer poderia ter sido enquadrada e a ausência de fiscalização adequada não retira o dever do contribuinte de obedecer ao regramento para ser beneficiado pela sistemática do Simples.

Quanto aos efeitos da exclusão, por se tratar de exclusão automática do sistema em razão de alteração contratual na qual foi identificada atividade vedada pela legislação, assiste razão o despacho decisório e, por concordar com os termos do acórdão da DRJ, reproduzo abaixo:

(...) 12. Ressalte-se que a inclusão de atividade vedada no CNPJ equivale à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional, a teor do disposto no art. 30, §3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, produzindo efeitos a partir do mês subsequente, nos termos do art. 31, II, do mesmo texto legal:

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

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou III - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário de

início de atividade, o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º do art. 3º;

IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.

(...)§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. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;" (g.n.)

13. Neste sentido, a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/2011, assim estabelece:

Art. 8º Serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se a ME ou EPP atende aos requisitos pertinentes. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º O Anexo VI relaciona os códigos da CNAE impeditivos ao Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

(...)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;

(...)Parágrafo único. A exclusão de que trata o caput produzirá efeitos: (Redação dada pela Resolução CGSN nº 111, de 11 de dezembro de 2013)

I - a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação, nas hipóteses previstas nos incisos I a V do caput; e (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 31, inciso II); (Incluído pela Resolução CGSN nº 111, de 11 de dezembro de 2013)

Pelos artigos acima destacados, vê-se que está correta a aplicação dos efeitos da exclusão para o caso em análise.

Processo nº 13807.726045/2013-05
Acórdão n.º **1003-000.090**

S1-C0T3
Fl. 11

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes