



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.721226/2018-40
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.119 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2020
Recorrente PATRIMONIO COMERCIO E LOCAÇÃO DE MAQUINAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/02/2018

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONTESTAÇÃO DE ALEGAÇÕES DE DEFESA. INOVAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não é nula, por inovação, a decisão de primeira instância que apresenta argumentos contrários às alegações de defesa suscitadas pelo contribuinte.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/02/2018

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA INCLUÍDA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA POR COMUNICAÇÃO. PROVA EM CONTRÁRIO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. ADMISSIBILIDADE

O fato de o contribuinte comunicar que exerce atividade vedada, conforme código de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), constitui um elemento de prova por ele próprio construído em seu desfavor, sendo, porém, plenamente admissível que ocorram equívocos na referida comunicação, de modo que possa haver a revisão da exclusão automática, mediante a apresentação de provas cabais por parte do contribuinte.

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA INCLUÍDA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA POR COMUNICAÇÃO. ATIVIDADES EFETIVAMENTE DESEMPENHADAS. ÔNUS DA PROVA AO CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE PROVAS. MANUTENÇÃO DA EXCLUSÃO.

Em analogia com o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em decorrência do exercício de atividade vedada, no caso da exclusão por comunicação realizada pelo contribuinte, a impossibilidade de recolhimento dos tributos pelo regime beneficiado não decorre de uma constatação do Fisco, mas de uma informação prestada pelo próprio contribuinte, de modo que recai sobre este o ônus de comprovar as atividades efetivamente desempenhadas. Na ausência da referida comprovação, deve-se manter a exclusão do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão n.º 02-90.462, de 27 de fevereiro de 2019, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo (fls. 56/62).

O presente processo se originou de Pedido de reinclusão no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), apresentado pela Recorrente, em 26 de março de 2018 (fl. 2). No referido documento, afirma que foi, indevidamente, excluída do referido Regime, a partir de 1º de fevereiro de 2018, em decorrência de haver registrado alteração contratual em 24 de janeiro de 2018 na qual, por erro de digitação, inseriu o código Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) 78.20-5-00 em seu cadastro. Afirma que o referido CNAE não faz parte de sua atividade, tendo promovido a sua exclusão e a retificação do cadastro. Pugna, assim, que se torne sem efeito a sua exclusão do Simples Nacional por comunicação obrigatória do contribuinte.

Por meio do Despacho Decisório de fl. 23, amparado no Relatório de fls. 20/22, a autoridade administrativa indeferiu o pedido em questão, tendo em vista a inexistência de “previsão legal para o cancelamento da exclusão comunicada nos termos acima, ou para reinclusão com data retroativa”.

Cientificada do referido ato, a Recorrente apresentou a Impugnação de fls. 32/35, na qual reitera as alegações contidas no Pedido de Inclusão, esclarecendo o código CNAE que julga apropriado para as atividades por ela desenvolvidas, e fundamentando a possibilidade de deferimento do seu pleito na existência de mero erro formal.

Na decisão de primeira instância, destacou-se, inicialmente, a aplicação do rito previsto no Decreto n.º 70.235, de 1972, aos pedidos semelhantes ao formulado nos presentes autos, conforme esclarecido na Solução de Consulta Interna n.º 6, de 2017.

Em relação ao mérito da controvérsia, contudo, os julgadores entenderam que o erro de fato suscitado pela Recorrente não estava comprovado. Pelo contrário, o seu contrato social prevê a atividade de “fornecimento de mão de obra para construção civil”, a qual se amoldaria à vedação à opção pelo Simples Nacional constante do art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123, de 2006. Por fim, a decisão rejeitou a alegação de que a referida atividade se enquadraria no código CNAE 43.99-1-00.

A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra.

Após a ciência, a Recorrente apresentou o Recurso Voluntário de fls. 68/70, em que, mais uma vez, reitera os argumentos já apresentados, afirmando, ainda, que os julgadores de primeira instância teriam reconhecido o erro de fato cometido na alteração cadastral, mas se desviado da razão original para a exclusão do Simples Nacional. A decisão, então, conteria inovação; e se pautaria pelas atividades constantes do Contrato Social, as quais não estariam, necessariamente, vinculadas ao código CNAE e às atividades efetivamente praticadas.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via eletrônica, em 18 de março de 2019 (fl. 65), tendo apresentado seu Recurso Voluntário, em 17 de abril daquele ano (fl. 66), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado pelo responsável legal pela pessoa jurídica.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 2º, inciso V, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

2 DA NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO

Embora a Recorrente não invoque, expressamente, a nulidade da decisão recorrida, aponta, na sua peça recursal, a existência de “inovação quanto aos motivos de exclusão, distorcendo a motivação do ato fiscalizatório”.

A existência de inovação poderia configurar prejuízo à defesa da Recorrente, de modo a implicar a nulidade do Acórdão de primeira instância, com base no art. 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Ocorre que, facilmente, constata-se que inexistente qualquer inovação por parte dos julgadores *a quo*.

A suposta inovação é assim descrita pela Recorrente:

Porém, ao tentar respaldar o indeferimento do pedido de reinclusão, o órgão julgador desviou-se do real motivo de desenquadramento e exclusão ocorrido – que foi a inserção indevida do CNAE por erro formal de digitação-, passando a alegar e afirmar que o objeto social descrito no contrato social da empresa elenca atividade vedada ao Simples Nacional.

Ora, foi a Recorrente, na sua Impugnação, quem apontou que à atividade “FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO CIVIL”, constante do seu contrato social, corresponderia o código CNAE 43.99-1-00, referente a atividade não vedada ao Simples Nacional.

Na decisão recorrida, tão somente, é contraposto o referido argumento.

Afasto, portanto, a existência de qualquer inovação ou nulidade na decisão recorrida.

3 DO MÉRITO

A controvérsia posta nos autos diz respeito à alegação da Recorrente de que se equivocou, ao promover, em 24 de janeiro de 2018, alteração cadastral perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), de modo que incluiu a atividade secundária de “Locação de mão-de-obra temporária”, correspondente ao código CNAE 78.20-5-00, cujo desempenho é vedado aos optantes pelo Simples Nacional, levando à sua exclusão por comunicação, na forma do art. 30, §3º, *caput* e inciso II, da Lei Complementar n.º 123, de 2006. *In verbis*:

Art. 30

(...)

§3ºA 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;

A Recorrente sustenta que não desempenha a referida atividade, a qual já teria sido retirada das suas informações cadastrais, de modo que deveria ser tornada sem efeito a citada exclusão. Afirma, ainda, como já exposto, que a atividade “FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO CIVIL”, constante do seu contrato social, corresponderia o código CNAE 43.99-1-00 (“EXECUÇÃO DE TRABALHOS DE PEDREIRO PARA OBRA DE ALVENARIA”).

Na decisão recorrida, porém, como relatado, entende-se que não está comprovado o erro de fato alegado e que a atividade acima citada, constante do contrato social da Recorrente, implica a impossibilidade de opção pelo Simples Nacional e não corresponde ao código CNAE por ela apontado.

Antes de se iniciar a análise, é importante que se realize uma distinção. O caso sob apreciação não guarda relação direta com a 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.

O posicionamento consolidado no referido enunciado (destinado ao Simples Federal, mas de aplicação analógica ao Simples Nacional) diz respeito à hipótese de **exclusão de ofício** do contribuinte, pelo desempenho de atividade vedada. O que restou consagrada foi a impossibilidade de que a autoridade fiscal promova a exclusão do contribuinte do Regime tão somente pelo fato de o seu ato constitutivo prever o exercício de atividade vedada. Evidenciou-se, portanto, a necessidade de que o efetivo exercício da referida atividade seja comprovado por meio de provas colhidas pela fiscalização.

O caso sob análise, por outro lado, guarda correlação com o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em decorrência do exercício de atividade vedada (analogia, inclusive, que justifica a competência para o julgamento do Recurso). Tanto no caso da opção, quanto no caso da **exclusão por comunicação realizada pelo contribuinte**, a impossibilidade de recolhimento dos tributos pelo regime beneficiado não decorre de uma constatação do Fisco, mas de uma informação prestada pelo próprio contribuinte.

Deste modo, o ônus da prova é diverso na hipótese de **exclusão de ofício** (ônus do Fisco de comprovar o exercício da atividade vedada) e do indeferimento da opção ou da **exclusão por comunicação** (ônus do contribuinte de comprovar as atividades efetivamente desempenhadas).

O fato de o contribuinte comunicar que exerce atividade vedada, conforme código de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), constitui um elemento de prova por ele próprio construído em seu desfavor. É plenamente admissível, contudo, que (como alegado no caso sob análise) ocorram equívocos na referida comunicação, de modo que possa haver a revisão do indeferimento ou da exclusão automáticos, mediante a apresentação de provas cabais por parte do contribuinte.

Nesta linha, manifestou-se a Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio da Solução de Consulta n.º 66, de 30 de dezembro de 2013:

10. O fato de o sistema informatizado da RFB vedar a opção pelo Simples Nacional, na hipótese de constar CNAE impeditivo vinculado ao CNPJ da ME ou EPP (nesse caso, o CNAE 4929-9/02 e o CNAE 4929-9/04), constitui dado importante a ser considerado, todavia é a natureza da atividade efetivamente exercida pela empresa, confrontada com as vedações e permissões estabelecidas em lei que devem determinar a possibilidade ou não de sua opção pelo Simples Nacional.

No mesmo sentido, a decisão desta Turma Julgadora no Acórdão n.º 13020-004.594, de 14 de julho de 2020, de relatoria da Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, do qual este Conselheiro foi o redator do voto vencedor:

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA INCLUÍDA NO OBJETO SOCIAL. EXCLUSÃO AUTOMÁTICA POR COMUNICAÇÃO. PROVA EM CONTRÁRIO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. ADMISSIBILIDADE

Em analogia com o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, em decorrência do exercício de atividade vedada, no caso da exclusão por comunicação realizada pelo contribuinte, a impossibilidade de recolhimento dos tributos pelo regime beneficiado não decorre de uma constatação do Fisco, mas de uma informação prestada pelo próprio contribuinte, de modo que recai sobre este o ônus de comprovar as atividades efetivamente desempenhadas.

O fato de o contribuinte comunicar que exerce atividade vedada, conforme código de Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), constitui um elemento de prova por ele próprio construída em seu desfavor, sendo, porém, plenamente admissível que ocorram equívocos na referida comunicação, de modo que possa haver a revisão da exclusão automática, mediante a apresentação de provas cabais por parte do contribuinte.

Deve-se examinar, portanto, nos presentes autos, se as provas apresentadas pela Recorrente comprovam que as atividades por ela efetivamente exercidas não incluem os serviços de cessão ou locação de mão-de-obra, vedada aos optantes pelo Simples Nacional, na forma do art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123, de 2006:

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

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

Pois bem. O contrato social da recorrente elenca o seguinte objeto social:

A sociedade passa a ter o seguinte objeto: COMÉRCIO VAREJISTA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO CIVIL; LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO CIVIL; FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO CIVIL; MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE MÁQUINAS MOTRIZES NÃO-ELÉTRICAS; MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE MÁQUINAS, APARELHOS E MATERIAIS ELÉTRICOS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE; CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS; OBRAS DE ALVENARIA.

Observe-se que há atividades de comércio, prestação de serviços de engenharia e manutenção e, também, locação de máquinas e equipamentos. Há que se concordar com a decisão recorrida no sentido de que a atividade de FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA

PARA CONSTRUÇÃO CIVIL” é melhor enquadrada no código CNAE 78.20-5-00, do que no 43.99-1-00, conforme detalhamento a seguir (obtido no site cnae.ibge.gov.br):

Seção:	E CONSTRUÇÃO
Divisão:	43 SERVIÇOS ESPECIALIZADOS PARA CONSTRUÇÃO
Grupo:	43.9 Outros serviços especializados para construção
Classe:	43.99-1 Serviços especializados para construção não especificados anteriormente
Subclasse:	4399-1/01 Administração de obras
	4399-1/02 Montagem e desmontagem de andaimes e outras estruturas temporárias
	4399-1/03 Obras de alvenaria
	4399-1/04 Serviços de operação e fornecimento de equipamentos para transporte e elevação de cargas e pessoas para uso em obras
	4399-1/05 Perfuração e construção de poços de água
	4399-1/99 Serviços especializados para construção não especificados anteriormente

Seção:	N ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS E SERVIÇOS COMPLEMENTARES
Divisão:	78 SELEÇÃO, AGENCIAMENTO E LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA
Grupo:	78.2 Locação de mão-de-obra temporária
Classe:	78.20-5 Locação de mão-de-obra temporária
Subclasse:	7820-5/00 Locação de mão de obra temporária

Fornecer mão-de-obra para construção civil não significa executar serviços de construção, mas locar mão de obra para a referida atividade.

Acertada, portanto, a fundamentação adotada pelos julgadores de primeira instância.

De outra parte, a Recorrente não traz aos autos qualquer elemento de prova no sentido de comprovar, efetivamente, quais os serviços por ela desempenhados (notas fiscais, livros contábeis, contratos de prestação de serviço, por exemplo).

Assim, a previsão da atividade correspondente à locação de mão-de-obra no seu contrato social, somada à declaração da Recorrente na alteração cadastral promovida por ela perante o CNPJ é contraposta meramente por suas afirmativas.

Conforme destacado acima, era ônus da Recorrente a comprovação das atividades por ela desenvolvidas, de modo a afastar a sua declaração no sentido de desempenhar atividade vedada ao Simples Nacional. Na ausência da referida comprovação, deve-se manter a exclusão por comunicação, na forma prevista pela legislação.

4 CONCLUSÃO

Isto posto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo