



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.723871/2017-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1201-004.701 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de fevereiro de 2021
Recorrente RICK ROSIN PROMOTION LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. CONTRATO SOCIAL. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO. NECESSIDADE. ÔNUS DO FISCO.

A exclusão do Simples Nacional não pode pautar-se exclusivamente na inclusão da atividade vedada no contrato social. Afinal, o fato de tal atividade constar do objeto social da pessoa jurídica não significa, de forma taxativa, que foi exercida. A *contrário sensu*, pode ocorrer de a atividade vedada não constar do objeto social e ser exercida, o que corretamente ensejaria a exclusão do Simples. Há de prevalecer, portanto, a verdade, a realidade dos fatos e não somente o aspecto formal.

Inteligência da Súmula Carf nº 134 que, embora refira-se ao Simples Federal, o racional é aplicável também ao Simples Nacional.

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)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Alexandre Evaristo Pinto, Jeferson Teodorovicz e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1201-004.701 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 13971.723871/2017-16

Relatório

RICK ROSIN PROMOTION LTDA - ME, já qualificada nos autos, interpôs recurso voluntário em face do Acórdão 06-62.383, de 26 de abril de 2018, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Curitiba/PR que, por unanimidade de votos, negou provimento à manifestação de inconformidade.

2. Trata-se de pedido de reinclusão no Simples Nacional em razão de o contribuinte ter sido excluído com efeito a partir de 01/07/2008, por incluir em seu objeto social atividade econômica vedada – participação societária (CNAE 6462-0/00 – holdings de instituições não financeiras) –, conforme 2ª alteração contratual de 27/06/2008 registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (JUCESC), nos termos do Despacho decisório DRF/BLU/SAORT n.º 366/2017 LMMV, de 03/11/2017 (e-fls. 52).

3. Em sede de manifestação de inconformidade, conforme r. decisão recorrida, o contribuinte alegou, em síntese, que nunca participou de outra empresa; sua participação restringe-se a entidades de apoio empresarial – associativismo – com vistas a reduzir custos; e tão logo tomou ciência da inclusão indevida corrigiu o equívoco mediante a 4ª alteração contratual:

Alega que não exerceu a atividade vedada, pois não tem participação em outras empresas.

Esclarece que exerce atividade industrial no segmento de confecções de peças do vestuário - CNAE 14.12-6/01.

Aduz que, como outras empresas, buscou o associativismo para reduzir custos e alavancar seu crescimento. Nesse sentido, equivocadamente incluiu o CNAE 6462-0/00 (participação como sócia em outras empresas) no rol de suas atividades.

Argumenta que a vedação estabelecida no inciso VIII do art.15 é para empresa que participe do capital de outra pessoa jurídica e essa possibilidade nunca foi exercida pelo contribuinte conforme declaração anexa que pode ser verificada pelos dados no CNPJ - quadro de participações - e pelas demonstrações contábeis que seguem anexas.

Reafirma que nunca participou de outras empresas, estando restrita sua participação apenas para entidades de apoio empresarial (AMPE Brusque).

Esclarece que assim que tomou ciência da inclusão indevida de CNAE vedado no sistema CNPJ da RFB, promoveu a 4ª Alteração Contratual para corrigir seu equívoco (anexa).

Aduz que o CARF já se manifestou pelo cancelamento de exclusão do Simples Nacional baseado apenas no fato de constar nos atos constitutivos uma atividade vedada, quando desacompanhada de provas do exercício dessa atividade impeditiva.

4. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples, sob o fundamento de que “*nos termos do citado artigo 74 da Resolução CGSN n.º 94, de 29/11/2011, a inclusão da atividade vedada promovida pela empresa equivaleu à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional*” (e-fls. 99).

5. Cientificado da decisão de primeira instância em 04/06/2018, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 03/07/2018, em que reitera os argumentos aviados em primeira instância e acrescenta o que segue:

- i) a LC 123, de 2006 dispõe que a causa de exclusão é o efetivo exercício da atividade vedada, e não o mero registro; o que está alinhado ao art. 17, §1º do mesmo mandamento legal;
- ii) o art. 74 da RCGSN n.º 94, de 2011, ao tratar de matéria não prevista em lei hierarquicamente superior não se coaduna com os preceitos da Constituição, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (CRFB/88, art. 2);
- iii) não obstante tenha descumprido requisito formal, tão logo constatou o erro, não mediu esforços para corrigi-lo, daí porque a medida de exclusão, *ultima ratio*, não se mostrou proporcional e razoável;
- iv) por fim requer seja dado provimento ao recurso voluntário para manter a recorrente no regime simplificado de tributação.

6. É o relatório.

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

7. O recurso voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade razão pela qual dele conheço. Passo à análise.

8. Cinge-se a controvérsia a verificar a higidez da exclusão do contribuinte do Simples Nacional em decorrência de atividade vedada.

9. Inicialmente, quanto à violação de questões constitucionais, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 26-A do Decreto 70.235, de 1972, “*no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”. Tal posicionamento está em conformidade com a Súmula CARF n.º 2, que caminha na mesma trilha:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão n.º 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão n.º 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão n.º 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão n.º 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão n.º 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão n.º 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão n.º 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão n.º 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão n.º 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão n.º 204-00115, de 17/05/2005.

10. O contribuinte foi excluído do Simples Nacional em 03/11/2017, com efeito retroativo a 01/07/2008, por incluir na 2ª alteração contratual de 27/06/2008 atividade econômica vedada – participação societária – correspondente ao CNAE 6462-0/00 – holdings de instituições não financeiras.

11. A base legal para tal exclusão consta do art. 3º, VII da LC 123/2006 que impede a pessoa jurídica *que **participe** do capital de outra pessoa jurídica* de beneficiar-se do regime simplificado:

Art. 3º [...] § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

[...]

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; (Grifo nosso)

12. De igual forma, também não pode beneficiar-se do Simples Nacional a ME ou EPP que exerça atividade vedada elencada no art. 17 da LC 123/2006. Observe-se que o impedimento à opção pelo regime simplificado refere-se à pessoa jurídica que ***explore atividade vedada, preste o serviço vedado, exerça a atividade vedada, realize a atividade vedada, dedique-se à atividade vedada.*** Enfim, conforme consta do §1º do referido art. 17, as vedações referem-se ao ***exercício*** das atividades vedadas. Veja-se:

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

I - **que explore atividade** de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, [...]

VI - **que preste serviço de** transporte intermunicipal e interestadual de passageiros;

VII - **que seja geradora**, transmissora, distribuidora ou comercializadora de energia elétrica;

VIII - **que exerça atividade** de importação ou fabricação de automóveis e motocicletas;

IX - **que exerça atividade de** importação de combustíveis;

X - **que exerça atividade de** produção ou venda no atacado de:

a) cigarros, cigarrilhas, charutos, [...]

b) bebidas a seguir descritas [...]:

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

XIV - **que se dedique ao loteamento e à incorporação de imóveis.**

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

§ 1º As vedações **relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo** não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no **caput** deste artigo. (Grifo nosso)

13. Por outro lado, nos termos do art. 30 e 31 da LC 123/2006 (art. 74 da Resolução CGSN n.º 94, de 2011), a exclusão do Simples Nacional pode ocorrer de forma opcional ou obrigatória. No caso de exclusão obrigatória a ME ou EPP deve comunicar o fato à Receita Federal - na forma estabelecida pelo Comitê Gestor - até o último dia útil do mês subsequente àquele em que **ocorrida a situação de vedação**, observando-se que a alteração de dados no CNPJ para fins de inclusão de atividade econômica vedada a esse regime equivale à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional. Veja-se:

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

[...]

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

I - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro;

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

[...]

§ 2º A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor.

§ 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; (Grifo nosso)

14. *In casu*, ao promover a alteração contratual e incluir atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional elencada no Anexo VI da Resolução 94 do CGSN – participações societárias (CNAE 6462-0/00 – holdings de instituições não financeiras) –, conforme alteração contratual registrada na JUCESC em 27/06/2008, nos termos do r. acórdão recorrido, o contribuinte comunicou à Receita Federal sua exclusão do Simples Nacional, cujos efeitos foram a partir de **01/07/2008**, conforme legislação citada acima.

No caso, como explicado no Despacho Decisório de fls.49 a 52, a exclusão foi motivada pela atualização das informações no cadastro CNPJ promovidas pela 2ª Alteração Contratual, registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina - JUCESC em 27/06/2008 (data que corresponde ao fato motivador da exclusão, conforme tela do Portal do Simples Nacional). **Nessa alteração contratual, o objeto social passou a compreender, dentre outras atividades, participações societárias - CNAE vedado 6462-0/00.**

Assim, nos termos do citado artigo 74 da Resolução CGSN n.º 94, de 29/11/2011, a inclusão da atividade vedada promovida pela empresa equivaleu à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional e produziu seus efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação, nos termos da alínea "c" do art.73 da mesma Resolução do CGSN (e-fls. 99). (Grifo nosso)

15. O contribuinte, por sua vez, sustenta que “*para o desenvolvimento de suas atividades, [...] e assim como vários outros do mesmo segmento, buscam no ASSOCIATIVISMO uma forma de reduzir custos, trocar experiências na busca de soluções empresariais e também alavancar o crescimento de suas vendas, através da participação em eventos e feiras do setor, notadamente as realizadas no Vale do Itajaí realizadas pela AMPE de Brusque nacionalmente conhecidas e reconhecidas como PRONEGÓCIO*”.

16. Afirma ainda que “*de fato, nunca exerceu a atividade vedada, tanto que [...] tão logo constatado o erro, foi de pronto sanado, o que, infelizmente, culminou na sua exclusão do regime simplificado*”.

17. Compulsando os autos, verifica-se o pagamento de mensalidades/anuidades para a Associação das Micro e Pequenas Empresas de Brusque e Região (AmpeBr) no ano-calendário 2015 (e-fls. 94). Verifica-se ainda que o contribuinte anexou o balanço patrimonial referente aos anos calendário 2012 a 2016 e não consta o registro de participação societária.

18. A meu ver, uma medida tão pesada como a exclusão do Simples Nacional não pode pautar-se exclusivamente, como no caso em análise, na inclusão da atividade vedada no contrato social. Afinal, o fato de tal atividade constar do objeto social da pessoa jurídica não significa, de forma taxativa, que foi exercida. A *contrário sensu*, pode ocorrer de a atividade vedada não constar do objeto social e ser exercida, o que corretamente ensejaria a exclusão do Simples. Há de prevalecer, portanto, a verdade, a realidade dos fatos e não somente o aspecto formal.

19. Ademais, conforme demonstrado acima, a essência do impedimento ao regime simplificado é o *exercício* de atividade vedada. Por conseguinte, a simples existência, no contrato social de atividade vedada ao Simples Nacional não pode fundamentar a exclusão do contribuinte, faz-se necessário que o Fisco comprove o exercício de tal atividade. Trata-se de ônus probatório do Fisco.

20. Tal posicionamento alinha-se à inteligência da Súmula Carf nº 134 que, embora se refira ao Simples Federal, o racional é aplicável ao caso em análise.

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.

Acórdãos Precedentes: 9101-003.387, 9101-003.487, 9101-002.576, 1101-000.931, 1102-000.932, 1803-000.860 e 302-39.756

21. Nesse mesmo sentido, vem se posicionando este Carf:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/08/2012

ATIVIDADE ECONÔMICA CONSTANTE EM CONTRATO SOCIAL MAS NÃO DESEMPENHADA PELO CONTRIBUINTE. INTERMEDIACÃO DE NEGÓCIOS NÃO COMPROVADA. DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL. REINCLUSÃO NO SIMPLES NACIONAL.

Constatado que embora conste no contrato social da empresa o desempenho de atividade vedada, a atividade efetivamente desenvolvida era de cunho comercial, impõe-se a reinclusão do contribuinte no Simples Nacional.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a compor o presente julgado. (Acórdão Carf nº 1301-002.753, de 22/01/2018)

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. PROVA. CONTRATO SOCIAL.

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Nacional não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que sejam colhidas evidências da efetiva execução de tal atividade, ressalvada determinação expressa na legislação.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. O Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa votou pelas conclusões. (Acórdão Carf n.º 1201-004.286, de 15/10/2020)

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2015

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. ATIVIDADE VEDADA. INCLUSÃO NO CONTRATO SOCIAL

A simples inclusão de atividade vedada no contrato social não é argumento suficiente para a exclusão do SIMPLES. Aplicação dos fundamentos da Súmula CARF n.º 134: “A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao SIMPLES NACIONAL não pode resultar no indeferimento de pedido de inclusão retroativa”.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para determinar a reinclusão da Contribuinte no SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos a 30/09/2015. (Acórdão Carf n.º 1401-005.098, de 10/12/2020)

22. Embora a atividade vedada tenha sido excluída somente na 4ª alteração contratual realizada em 28/08/2017 (arquivamento na JUCESC em 31/08/2017) (e-fls. 35-41), há mais de nove anos após sua inclusão, o fato é que não consta nenhuma prova do exercício dessa atividade por parte do Fisco, a não ser o contrato social. Nesses termos não há como prosperar a exclusão do Simples Nacional.

Conclusão

23. Ante o exposto, conheço do recurso voluntário e, no mérito, dou-lhe provimento para reincluir o contribuinte no Simples Nacional desde 01/07/2008, data de sua exclusão.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior