



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18470.722237/2013-05
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-005.237 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 11 de novembro de 2020
Recorrente A Q PEREIRA SANEAMENTO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

TERMO DE OPÇÃO INDEFERIDO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATIVIDADE VEDADA. ÔNUS PROBATÓRIO.

A indicação, no cadastro CNPJ, de código CNAE correspondente a atividade vedada no âmbito do SIMPLES é fator impeditivo ao ingresso da empresa no regime, incumbindo ao contribuinte pleiteante o ônus de provar, por meios hábeis, eventual erro na informação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencida a Conselheira Livia De Carli Germano, que lhe deu provimento parcial com retorno dos autos à DRJ de origem e os Conselheiros Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Luis Henrique Marotti Toselli, que lhe deram provimento. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

VIVIANE VIDAL WAGNER - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira, Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-005.237 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 18470.722237/2013-05

Relatório

Trata-se de apreciar recurso especial de divergência interposto pelo contribuinte, em face do acórdão n.º **1001-000.419** (efls. 113 a 117), de 08/03/2018, que negou provimento ao recurso voluntário, de forma unânime, nos termos da seguinte ementa:

ASSUNTO INDEFERIMENTO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO 2013

A existência de atividade econômica vedada, no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas CNPJ é fator impeditivo à opção pelo Simples Nacional, consoante artigo 8º, da Resolução CGSN 94/2011.

Em seu recurso especial à CSRF, o contribuinte suscita divergência acerca da seguinte matéria: indeferimento da opção pelo SIMPLES em razão de atividade vedada – suficiência da previsão da atividade no contrato social ou necessidade de prova do efetivo exercício da atividade impeditiva. Indicou como paradigmas os acórdãos n.º 1301-000.735 e n.º 1803-001.226, com as seguintes ementas:

Acórdão n.º 1301-000.735

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2009

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O comparecimento da recorrente aos autos vem sanar o vício cometido pelo ato que formalizou a ciência da decisão de primeiro grau.

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. PROVA

Não havendo nos autos elementos que comprovem que a pessoa jurídica incorreu nas situações relacionadas como impeditivas do tratamento tributário diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, há que se reconhecer sua opção pelo Simples Nacional.

Acórdão n.º 1803-001.226

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

Ano calendário: 2007

ATIVIDADE VEDADA. PROVA. Constando no contrato social a atividade de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais e sendo informada ao CNPJ pelo próprio contribuinte para opção do CNAE não veda a adesão ao Simples Nacional.

Incumbe ao Fisco proceder à prova cabal do exercício de atividade vedada a adesão ao sistema. Na ausência de tal prova, e diante da afirmação da própria interessada de que a

atividade econômica em questão não corresponde à atividade principal da empresa, não pode ser reputada como correta a decisão que não permitiu sua adesão ao Simples Nacional.

Em síntese, o recorrente aduz que:

- o acórdão merece reforma porque a empresa não se enquadra no impedimento legal do artigo 17, inciso XI, da LC nº 123/2006;

- jamais exerceu a atividade vedada, de código 3900-05/00, tendo esta atividade constado de seu cadastro CNPJ e sido posteriormente retirada;

- a fim de se privilegiar o princípio da Verdade Real, devem ser consideradas, para fins de vedação à opção pelo Simples Nacional, as atividades de fato exercidas pela pessoa jurídica; e

- o *mens legis* da LC 123/2006 é assegurar a desburocratização e facilitação do desenvolvimento das micro e pequenas empresas; impedir que uma empresa que se enquadra em todos os requisitos do Simples Nacional de aderir ao sistema de simplificação tributária, por constar de seu contrato social uma atividade subsidiária e que nunca foi exercida, é ir diametralmente contra o objetivo da referida Lei.

Conclui pedindo a reforma do acórdão recorrido e o reconhecimento do direito de ter deferida sua opção pelo Simples Nacional.

O Presidente da Câmara competente deu seguimento ao recurso, conforme despacho de admissibilidade. Cientificada do recurso especial do contribuinte e do despacho que lhe deu seguimento, a Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN) informou que não apresentaria contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira VIVIANE VIDAL WAGNER, Relatora

Conhecimento

Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF.

Em juízo de cognição sumária, o Presidente da Câmara recorrida concluiu que restou caracterizada a divergência de interpretação suscitada. Sem contrarrazões.

Em relação ao primeiro paradigma, não há maiores observações quanto à comprovação da divergência, haja vista que se trata de situação em tudo similar a dos presentes autos, onde se decidiu, contudo, nos termos da seguinte ementa:

Acórdão nº 1301-000.735

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. PROVA

Não havendo nos autos elementos que comprovem que a pessoa jurídica incorreu nas situações relacionadas como impeditivas do tratamento tributário diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, há que se reconhecer sua opção pelo Simples Nacional.

Veja-se que a decisão de primeira instância naqueles autos, reproduzida no relatório do acórdão trazido como paradigma, corrobora a constatação de similitude:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

OPÇÃO PELO SIMPLES. ATIVIDADE IMPEDITIVA RELACIONADA NO CONTRATO SOCIAL.

Se a atividade impeditiva constante do contrato social estiver relacionada no Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 2007, seu ingresso no Simples Nacional será vedado, ainda que, por hipótese, tal atividade não seja exercida pela pessoa jurídica.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Eventual questionamento poderia ser suscitado quanto à admissibilidade em relação ao segundo paradigma, observando-se somente a ementa, abaixo transcrita:

Acórdão nº 1803-001.226

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

Ano calendário: 2007

ATIVIDADE VEDADA. PROVA. Constando no contrato social a atividade de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais e sendo informada ao CNPJ pelo próprio contribuinte para opção do CNAE não veda a adesão ao Simples Nacional.

Incumbe ao Fisco proceder à prova cabal do exercício de atividade vedada a adesão ao sistema. Na ausência de tal prova, e diante da afirmação da própria interessada de que a atividade econômica em questão não corresponde à atividade principal da empresa, não pode ser reputada como correta a decisão que não permitiu sua adesão ao Simples Nacional.

Todavia, também diante da decisão de primeira instância naqueles autos, reproduzida no relatório do acórdão trazido como paradigma, resta corroborada a constatação de similitude:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

CNAE. CONCOMITÂNCIA DE ATIVIDADE IMPEDITIVA E PERMITIDA. DECLARAÇÃO.

Nas situações em que o CNAE abrange concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional, não é permitida a inclusão de contribuinte caso este não emita declaração de que exerce tão somente atividades permitidas no Simples Nacional. Manifestação de Inconformidade Improcedente Sem Crédito em Litígio.

Como visto, tratam-se todos os casos de indeferimento de opção pelo Simples Nacional em razão de previsão, no contrato social ou no CNAE, de atividade vedada, tendo o recorrido explicitado que, se houver a previsão de atividade impeditiva, mesmo que não a exerça, a empresa estará impedida de optar pelo Simples Nacional e os paradigmas considerado, em síntese, que *“se não há nos autos prova de que o contribuinte exerce de fato a atividade que veda sua opção pelo Simples, a mera previsão dessa atividade impeditiva no contrato social não é motivo que obsta seu enquadramento no Simples”*.

Assim, por entender preenchidos os requisitos regimentais, ratifico o despacho de admissibilidade e conhecimento do recurso especial interposto pelo contribuinte.

Mérito

Transcrevem-se trechos relevantes do recurso em julgamento:

Originalmente, no Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, foi negado à demandante o enquadramento no referido sistema de tributação simplificada por duas razões, quais sejam:

- A suposta existência de débitos fiscais sem exigibilidade suspensa;
- O suposto exercício de atividade vedada pela legislação vigente;

Tendo sido completamente elucidada a questão relativa aos supostos débitos fiscais, restando incontroversa a inexistência de quaisquer débitos sem exigibilidade suspensa, **o único óbice à Opção pelo Simples passou a ser o suposto exercício de atividade vedada.**

(...) **apesar de, à época do pedido de Opção pelo Simples Nacional, constar do contrato social da ora Recorrente atividade vedada** pela legislação para o referido enquadramento, **essa atividade (código 3900-05/00) jamais foi exercida**, estando no contrato social apenas **de forma subsidiária para caso de eventual realização**, o que, repita-se, jamais ocorreu.

(...)

(...) **o acórdão ora recorrido** negou provimento ao pedido autoral de obter deferimento em sua Opção pelo Simples Nacional, **tendo como fundamento constar, à época do pedido de enquadramento, do contrato social da ora recorrida atividade vedada pela legislação vigente.**

Imperioso faz-se ressaltar que [em] 21/04/2014 foi realizada a devida alteração contratual, retirando a atividade vedada (código 3900-05/00) do objeto da sociedade empresária e que **nunca houve dilação comprobatória, em qualquer nível ou grau, por parte do Fisco, para demonstrar que a Recorrente de fato exercia tal atividade.** Ao contrário, conforme aduzido e demonstrado pela ora Recorrente, tal atividade **jamais foi exercida.**

Dessa forma, **o acórdão nº 1001-000.419, objeto do presente Recurso Especial, teve como fundamentação para indeferimento da Opção pelo Simples Nacional exclusivamente o texto do contrato social da Recorrente.**

(...)

Conforme se depreende do [1º paradigma] **faz-se necessário, para o indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, de prova juntada aos autos relativa ao exercício de atividade vedada.**

Neste mesmo sentido, o [segundo paradigma] consagrou ser necessário **que o Fisco prove de forma cabal o exercício de atividade vedada por parte da pessoa jurídica para indeferir seu enquadramento no Simples Nacional.** (grifou-se)

O texto recursal sugere que a discussão seja quanto a se a previsão no contrato social de atividade vedada no âmbito do SIMPLES já constitui, por si só, impedimento para o ingresso na sistemática (entendimento atribuído ao acórdão recorrido), ou se deve a Administração Tributária buscar provas de que a atividade impeditiva foi efetivamente exercida, antes de indeferir a opção pelo regime simplificado (tese defendida pelo recorrente).

O recorrente afirma que o acórdão recorrido negou provimento ao recurso voluntário *“tendo como fundamento constar, à época do pedido de enquadramento, do contrato social da ora recorrida atividade vedada pela legislação vigente”*; mais adiante, reafirma que o acórdão *“teve como fundamentação (...) exclusivamente o texto do contrato social da Recorrente”*.

Na origem, o recorrente apresentou Termo de Opção pelo SIMPLES Nacional para o ano-base 2013, com efeitos a partir de 01/01/2013 (caso deferida a opção). O Termo de Indeferimento de Opção (efls. 05) indicou dois fatores impeditivos, um dos quais superado no curso do contencioso, pelo que permanece em discussão apenas um impedimento: a atividade vedada no âmbito do SIMPLES.

O Termo de Indeferimento identifica como impedimento a atividade então registrada, pela própria empresa, no Cadastro CNPJ, correspondente ao código CNAE 3900-5/00: “Descontaminação e outros serviços de gestão de resíduos”, indicando como fundamento legal o art. 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123/2006.

A seguir, destacam-se trechos do relatório e do voto condutor do acórdão recorrido que bem representam os fundamentos que orientaram a conclusão do Colegiado *a quo*.

O relatório do acórdão recorrido reproduziu a decisão de primeira instância, nestes termos:

10. (...) o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN) dispôs que a forma de ingresso no regime especial deve se dar pela Internet, até o último dia útil do mês de janeiro, de acordo com o art. 7º da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007:

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-

calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e observado o disposto no § 3º do art. 21.

§ 1º-A Enquanto não vencido o prazo para solicitação da opção o contribuinte poderá: *(Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)*

I - regularizar eventuais pendências impeditivas ao ingresso no Simples Nacional, sujeitando-se ao indeferimento da opção caso não as regularize até o término desse prazo; *(Incluído pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009)*

(...)

Com relação à atividade vedada, **embora tenha mencionado que solicitou a exclusão da referida atividade**, o sujeito passivo **não apresentou a comprovação de que procedeu a alteração na Junta Comercial, no prazo limite, que para o caso sob análise seria 31/01/2013**, que foi **um dos motivos para o indeferimento de sua opção**, não cumprindo assim, o que determina o inciso I, do § 1ºA, d o art. 7º da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, acima transcrito. (grifou-se)

O voto condutor do acórdão recorrido pronunciou-se nestes termos:

(...) resta analisar a questão da atividade econômica vedada 39005/00.

Alega a recorrente que:

No que tange ao apontamento do Fisco de atividade vedada – 3900-5/00¹ - a recorrente apresentou sua defesa no sentido de que se tratava apenas de mera atividade secundária cadastrada perante a Receita Federal do Brasil - RFB:

Reafirma que: *a atividade vedada não foi sequer exercida pela recorrente. Esta atividade apenas constou de seu cadastro perante ao fisco.*

Apresentou uma declaração assinada pelo técnico responsável pela sua contabilidade onde: *declara que a recorrente somente atividades relacionadas a esgoto, excetuando a gestão de redes.*

Argumenta que procedeu a alteração do seu contrato social para excluir a atividade vedada, **porém, isto ocorreu em 21/01/2014, portanto após o prazo para a regularização de pendências apontadas no Termo de Indeferimento (31/01/2013).**

Argumenta que: *não houve diligência para demonstrar a ocorrência do exercício da atividade vedada pela recorrente perante os registros contábeis, notas fiscais emitidas e documentos afins.*

E continua

O entendimento firmado perante o CARF é no sentido de que não se pode exigir do contribuinte prova negativa, senão vejamos:

Cabe ao fisco fazer prova de que o contribuinte exerce atividade vedada, uma vez que não há previsão legal de presunção em favor da autoridade fazendária.

(...)

De acordo com a lei Complementar 123, art. 17, inciso XI (onde a atividade da recorrente foi enquadrada):

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

(...)

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

Nestes casos, **a este relator, parece que, objetivamente, bastaria que a ME ou EPP declarasse a sua vontade ou disposição para prestar os serviços vedados**, na medida em que a lei trata de ME ou EPP **que tenha por finalidade**.(grifei)

Prestar ou não os serviços não seria um requisito para negar a opção pelo /simples Nacional, consoante veremos a seguir.

O artigo 16, da LC 123/2006, deu poderes ao Comitê Gestor, para estabelecer a forma para ser realizada a opção pelo Simples Nacional, como segue:

(...)

O Comitê Gestor editou a Resolução CGSN 94/2011, na qual, no seu artigo 8º, parágrafo 1º, estabeleceu:

(...)

No anexo VI, da referida Resolução, estão listados os códigos previstos na CNAE impeditivos ao Simples Nacional, no qual foi listado a subclasse CNA 2.0 39005/00 Descontaminação e outros serviços de gestão de resíduos, o mesmo que gerou o indeferimento da opção pelo Simples Nacional pela recorrente.

Consequentemente, está correta a decisão da DRJ. Os acórdãos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, favoráveis a outros contribuintes, citados pela recorrente, não obrigam as demais turmas, posto que não houve a publicação de nenhuma súmula, além do que referem-se a situações diferentes da que envolve a da recorrente.

Portanto, nego provimento ao recurso (...). (grifou-se)

Os excertos acima reproduzidos evidenciam que o acórdão recorrido negou provimento ao recurso voluntário com base nos seguintes fundamentos:

(i) a empresa pleiteou ingresso no regime para o ano-base 2013, com efeitos a partir de 01/01/2013 (caso deferida a opção), e a legislação aplicável previa prazo para regularização de pendências impeditivas até a data-limite de 31/01/2013; no caso, a pendência relacionada à atividade vedada não foi regularizada naquele prazo; a alteração contratual referida no recurso voluntário ocorreu apenas em 2014;

(ii) a atividade correspondente ao código CNAE 3900-5/00, que ocasionou o indeferimento da opção pelo SIMPLES, constava como atividade impeditiva no anexo VI da Resolução nº 94/2011 do Comitê Gestor do Simples Nacional; e

(iii) o art. 17, inciso XI, da LC 123/2006 (enquadramento legal apontado no Termo de Indeferimento de Opção) fala em empresas que tenham por finalidade a prestação de serviços ali especificados, logo irrelevante se tais serviços são efetivamente prestados; basta

(para efeito de impedimento à opção pelo SIMPLES) a declaração de vontade ou disposição de prestá-los.

Contra essa decisão, em seu recurso especial o contribuinte sustenta, em síntese, que:

- a) nunca exerceu a atividade impeditiva;
- b) a dita atividade estava prevista no contrato social apenas com vistas a possível desempenho futuro;
- c) o contrato social foi alterado em 21/04/2014, quando a atividade em questão teria deixado de figurar no objeto social da empresa; e
- d) a Administração Tributária não poderia negar o ingresso da empresa no regime sem provar que esta de fato exercia a atividade vedada.

Veja-se que o recorrente sustenta que, no caso concreto – de opção pelo ingresso no regime simplificado – caberia à Administração Tributária o ônus da prova de que a empresa efetivamente exercia a atividade impeditiva e apresentou paradigmas nesse sentido, emanados de turmas da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

Em que pese os paradigmas, como visto, terem traçado essa linha de interpretação, esta C. 1ª Turma da CSRF vinha adotando outra direção.

Analisando-se diversas decisões desta C.1ª Turma da CSRF nos últimos anos sobre o tema, percebeu-se que elas manifestaram entendimentos distintos conforme o caso fosse de inclusão no regime simplificado (como no presente processo) ou de exclusão do regime (de empresa que antes gozava do benefício).

Em se tratando de **exclusão** do SIMPLES, ou seja, quando a Administração Tributária exclui do regime empresa antes beneficiada pela tributação simplificada, consolidou-se o entendimento de que o ônus da prova recai sobre a Administração Tributária. Nesse contexto, a simples previsão contratual de atividade vedada não justificaria a exclusão da empresa do regime simplificado, devendo a autoridade fiscal provar que esta efetivamente exerceu a atividade impeditiva.

De outro prisma, tratando-se de pedido de **inclusão** no SIMPLES – como no caso ora apreciado – firmou-se o entendimento de que o ônus probatório recai sobre quem pleiteia. Assim o fato de o contrato prever atividade social vedada ao regime justifica o indeferimento do pedido, a não ser que o contribuinte comprove, por documentos hábeis, que não exerce a dita atividade impeditiva.

Neste sentido, veja-se trecho do voto condutor do acórdão nº 9101-003.724, da lavra do i. Conselheiro Flávio Franco Corrêa:

Reitere-se que não se está a examinar a juridicidade de ato de exclusão do Simples, mas da legalidade do ato administrativo **que não lhe permitiu ingressar no regime. Tratando-se, pois, de ato de adesão retroativa, impõe-se averiguar se o pleiteante reunia os requisitos legais autorizativos ao ingresso na data pretérita por ele estabelecida.**

Obviamente, **o tema aqui em lume diz respeito aos pressupostos legais a direito adquirido à entrada, e não ao cumprimento das disposições legais que deferem a permanência no regime ao qual já se havia ingressado.** (...) (Grifou-se)

Pertinentes, ainda, as considerações da i. Conselheira Cristiane Silva Costa no voto condutor do acórdão nº 9101-003.668, tratando também de pedido de inclusão retroativa no regime simplificado:

O pedido de inclusão retroativa no Simples Federal foi indeferido pela unidade de origem **porque constaria no contrato social do contribuinte as atividades de representação e importação** (...)

(...)

A Turma *a quo* decidiu negar provimento ao recurso voluntário, **por entender que caberia ao contribuinte comprovar quais atividades efetivamente exerceria, diante das atividades previstas em seu contrato social:**

(...)

Em razões do seu recurso especial, sustenta o contribuinte recorrente que o acórdão recorrido deveria ser reformado, pois *“o simples fato de constar no contrato social atividade que no entender do Fisco é vedada não constitui, por si só, impedimento à permanência no Simples”* (trecho do recurso especial).

Em inúmeros precedentes desta Turma da CSRF, manifestei-me sobre a insuficiência de descrição genérica em contrato social para a prova de exercício de atividade vedada quanto à **exclusão** do Simples.

Ocorre que tratando-se de pedido de inclusão retroativa no Simples, o entendimento é distinto. Assim, entendo que não merece reparos o acórdão recorrido, quando reconhece que o contribuinte deveria ter apresentado provas (como notas fiscais sequenciais, ou livros contábeis) que demonstrassem a atividade que efetivamente exerce, dentre as descritas genericamente em seu contrato social.

(...)

Assim, **nego provimento ao recurso especial do contribuinte quanto à descrição genérica em contrato social e ônus da prova.**

(...)

(...) reitero que o processo originou-se por pedido de inclusão retroativa no Simples e, **exatamente por isso, não se aplica a assentada jurisprudência desta Turma a respeito da necessidade de aprofundamento de fiscalização – pela Receita Federal – para a exclusão do Simples.** (grifou-se)

Dessa jurisprudência se extrai o entendimento de que o ônus da prova dependerá da situação específica em julgamento, se é de inclusão no SIMPLES ou se é de exclusão do regime, cabendo, naquele caso, ao contribuinte comprovar o atendimento aos requisitos legais de ingresso.

Nesse sentido, o enunciado da Súmula CARF nº 134, aprovado em 3 de setembro de 2019, vincula os membros do Colegiado no que se refere ao procedimento de exclusão do SIMPLES Federal:

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

Diante dos fundamentos acima, esta relatora se convenceu que não dera a melhor interpretação a caso semelhante em decisão manifestada no recente **Acórdão 9101-005.059**, julgado na sessão de 5 de agosto de 2020, que acabou por equiparar tanto no conhecimento recursal quanto no mérito, as situações de exclusão e inclusão no regime simplificado, aplicando o racional da Súmula CARF nº 134 para fins de definição do ônus de provar o efetivo exercício da atividade impeditiva em caso de Simples Nacional. Referido julgado teve a seguinte ementa:

Acórdão 9101-005.059

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

SIMPLES. CADASTRO DE ATIVIDADE VEDADA.

Diante da ausência de prova da efetiva execução da atividade vedada, corroborada pela alteração tempestiva no contrato social e posterior inclusão no Simples, não deve prevalecer o indeferimento fundamentado na previsão em parte dos cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros André Mendes Moura, Edeli Pereira Bessa e Caio César Nader Quintela. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros André Mendes Moura e Edeli Pereira Bessa, que lhe negaram provimento.

Diante dos fundamentos acima, retifico nesta oportunidade meu entendimento anterior, por considerar que o melhor entendimento é o que vinha prevalecendo nesta C. Câmara Superior no sentido de que a previsão contratual de atividade vedada é suficiente para a negativa de inclusão no SIMPLES, na ausência de prova de erro.

Tratando-se, *in casu*, de indeferimento de pedido de inclusão no regime, recai sobre o contribuinte o ônus de provar o não-exercício efetivo da atividade vedada, em caso de erro na informação dada pelo próprio no Cadastro CNPJ. Isso porque, no processo administrativo, deve caber ao interessado o ônus da prova em relação aos fatos que lhe interessam.

Como o contribuinte não alegou erro, mas apenas que se tratava de atividade secundária e não exercida, considera-se correto o voto condutor do acórdão recorrido ao consignar que:

Nestes casos, a este relator, parece que, objetivamente, bastaria que a ME ou EPP declarasse a sua vontade ou disposição para prestar os serviços vedados, na medida em que a lei trata de ME ou EPP que tenha por finalidade.(grifei)
Prestar ou não os serviços não seria um requisito para negar a opção pelo /simples Nacional, consoante veremos a seguir.

Assim, não merece reparos a decisão recorrida.

Conclusão

Pelas razões expostas, voto por conhecer do recurso especial do contribuinte e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

VIVIANE VIDAL WAGNER

Declaração de Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli

Divergi da I. Relatora para dar provimento ao recurso especial interposto pela contribuinte nestes autos com base nas razões abaixo sumarizadas.

Conforme relatado, trata-se de indeferimento do pedido de inclusão do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/01/2013, tendo em vista a existência, no cadastro do CNPJ, do código CNAE 3900-05/00 (“*descontaminação e outros serviços de gestão de resíduos*”), código este que impediria a tributação pelo regime simplificado, nos termos do Anexo VI da Resolução nº 94/2011 do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Segundo a decisão da DRJ e o Acórdão ora recorrido, a pendência em questão apenas teria sido regularizada em momento posterior ao prazo legal (31/01/2013), mais precisamente em 21/01/2014, quando da alteração da redação de seu objeto no Contrato Social.

De uma análise mais atenta dos autos, porém, percebe-se que a atividade contemplada no referido código Cnae 3900-05/00, qual seja, “gestão de resíduos”, nunca constou no objeto social previsto no Contrato Social (cf. fls. 11/21 e 55/77), sendo que a alteração tomada como referência diz respeito, na verdade, à transformação da empresa em Sociedade Empresária Limitada, que foi promovida em face das disposições trazidas pelo Novo Código Civil (cf. fls. 11).

Registrada a ressalva, merece atenção o fato de que a contribuinte, de acordo com o extrato de fls. 08, solicitou a exclusão daquele Cnae impeditivo, no seu CNPJ, em 01/02/2013 – dentro, portanto, do prazo para responder o indeferimento do pleito.

Esse pedido de correção do cadastro foi atendido, conforme comprovam, respectivamente, o quadro CNPJ de antes da alteração (fl. 91) e o quadro CNPJ retificado (fl. 9).

Além disso, há declaração expressa do contador (fl. 89), afirmando que a empresa, no ano de 2013, auferiu apenas receitas provenientes de serviços de esgoto, excesso gestão de redes, atividade esta classificada no CNAE Principal de nº 37.02.9-00. Embora esta declaração seja um ato unilateral, não vislumbro nenhuma razão para desconsidera-la.

Lembre-se, aqui, que a prova do erro que deve ser construída pelo contribuinte (prova de que não prestou outros serviço) corresponde à dita prova negativa ou diabólica - cuja dificuldade, para não dizer impossibilidade, resta pacificada no meio jurídico - , mas mesmo assim esta prova foi produzida por meios factíveis e consistentes.

Diante, então, deste contexto probatório, e tendo em vista que a contribuinte imediatamente excluiu a atividade vedada do seu cadastro, sendo que esta atividade nunca constou do seu Contrato Social, considero que o fundamento do indeferimento não se sustenta, razão pela qual dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli