

Acórdão: 23.614/23/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001708278-75
Impugnação: 40.010156315-59
Impugnante: CFC Viagens Ltda
IE: 056064068.00-39
Proc. S. Passivo: Tatiana Netto Miranda Faria
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional por restar configurado que o Impugnante realiza atividades econômicas impeditivas ao ingresso no regime de recolhimento do Simples Nacional, nos termos do art. 17, inciso VI da Lei Complementar 123/06 c/c art. 15, inciso XVI, §§ 4º e 5º e art. 8º, §§ 2º e 3º, inciso I, ambos da Resolução CGSN nº 140/18.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente PTA versa sobre a exclusão da Impugnante acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista que prestou serviços de transporte de passageiros interestaduais e intermunicipais, atividades econômicas impeditivas ao ingresso no regime de recolhimento do Simples Nacional, nos termos do art. 17, inciso VI da Lei Complementar 123/06 c/c art. 15, inciso XVI, §§ 4º e 5º e art. 8º, §§ 2º e 3º, inciso I, ambos da Resolução CGSN nº 140/18.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/34, anexa os documentos de fls. 35/98 e argumenta, em síntese, que:

- tem como atividade econômica o transporte rodoviário coletivo de passageiros, sob regime de fretamento intermunicipal e interestadual;

- a empresa fez a opção pelo o regime do Simples Nacional para diminuir os altos custos devido à pandemia da COVID 19, a que tem direito desde a entrada em vigor da Resolução CGSN nº 117/14, que alterou Resolução CGSN nº 94/11;

- apresenta o art. 15, inciso XVI, alínea “b”, item 2, da Resolução CGSN nº 94/11, para corroborar com o argumento de que sua atividade foi contemplada pela legislação tributária nacional;

- aponta o Decreto Estadual nº 48.121/21, que disciplina a autorização para prestação de serviço de transporte de passageiro, não aberto ao público, caracterizado como fretamento contínuo ou eventual, e a Lei Estadual nº 23.941/21, que estabelece

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

normas para a prestação de serviço de fretamento de veículo de transporte coletivo para viagem intermunicipal e metropolitana e dá outras providências, para afirmar que não há vedação à opção pelo Simples Nacional por parte da empresa autorizatória;

- alega a garantia do direito das empresas ao livre exercício de sua atividade profissional e à livre concorrência, com fundamento nos art. 5º, inciso XIII e art. 170, inciso IV da Constituição Federal, e, que o impedimento ao exercício de sua atividade traz consequências danosa e irreparáveis a sobrevivência da empresa;

- diz que foi deferido pedido de liminar e posteriormente confirmado por sentença (nº 5018332-49.2022.8.13.0024) para que o diretor geral do DER/MG se abstenha de exigir que a Impetrante (Elias Teixeira Guimarães -ME) não seja optante pelo regime do Simples Nacional para conceder a autorização do transporte fretado – ATF,

- diz que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a opção pelo Simples Nacional não é requisito para a concessão de autorização para a prestação de serviço fretado de transporte pelo DER/MG;

- argumenta que cumpre todos os requisitos legais e que está amparada por decisão judicial válida e, por isso, não pode ser excluída do simples nacional nem ser compelida a pagamento anterior à data do julgamento do processo de exclusão, sob pena de abuso de direito e enriquecimento ilícito do erário público.

Por todo o exposto, pede a improcedência do processo de exclusão da empresa do Simples Nacional e alternativamente que a data de apuração inicial para fins de exclusão seja a data da decisão final de exclusão da empresa.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 100/109.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Conforme relatado, trata o presente contencioso da exclusão do Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, uma vez que restou comprovado que o Autuado prestou serviços de transporte de passageiros interestaduais e intermunicipais, atividades econômicas impeditivas ao ingresso no regime de recolhimento do Simples Nacional, nos termos do art. 17, inciso VI da Lei Complementar 123/06 c/c art. 15, inciso XVI, §§ 4º e 5º e art. 8º, §§ 2º e 3º, inciso I, ambos da Resolução CGSN nº 140/18.

Aos 24/04/23, o Contribuinte é cientificado da exclusão do Simples Nacional, conforme AR (Aviso de Recebimento), às fls. 16.

A Constituição Federal estabelece que cabe à lei complementar definir um tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), em seu art. 146, inciso III, alínea “d”, parágrafo único. Assim, foi instituída a Lei Complementar nº 123/06 que estabelece normas gerais relativas às MEs

e às EPPs no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A competência para regulamentar o Simples Nacional é do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), que publicou a Resolução CGSN nº 140/18, em vigor desde 01/08/18.

A empresa optante pelo regime do Simples Nacional deve seguir o que está estabelecido na Lei Complementar nº 123/06, que veda a entrada no regime de prestadora de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros e faz exceções no caso de modalidade de transporte urbano ou metropolitano, ou se o serviço for realizado na forma de fretamento contínuo em área metropolitana ou microrregião, para transporte de estudantes ou trabalhadores.

Veja a legislação sobre o assunto:

Lei Complementar nº 123/06

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

(...)

VI - que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, exceto quando na modalidade fluvial ou quando possuir características de transporte urbano ou metropolitano ou realizar-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores;

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 8º Para fins de identificação de atividade cuja natureza impede o ingresso no Simples Nacional, serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pela ME ou pela EPP no CNPJ. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 1º O Anexo VI relaciona códigos da CNAE correspondentes a atividades impeditivas do ingresso no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 2º O Anexo VII relaciona códigos ambíguos da CNAE, ou seja, os que abrangem concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao ingresso no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

§ 3º A ME ou a EPP que exerça atividade econômica cujo código da CNAE seja considerado ambíguo poderá formalizar a opção de acordo com o art. 6º, desde que: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

I - exerça apenas atividade cuja opção seja permitida no Simples Nacional; e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - declare expressamente que não se enquadra nas vedações previstas no art. 15, nos termos do § 4º do art. 6º.

(...)

Art. 15. Não poderá recolher os tributos pelo Simples Nacional a pessoa jurídica ou entidade equiparada: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput):

(...)

XVI - que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, exceto: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso VI)

a) na modalidade fluvial; ou

b) nas demais modalidades, quando:

1. o serviço caracterizar transporte urbano ou metropolitano; ou

2. o serviço realizar-se na modalidade de fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores;

(...)

4º Enquadra-se na situação prevista no item 1 da alínea "b" do inciso XVI do caput o transporte intermunicipal ou interestadual que, cumulativamente: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 17, inciso VI)

I - for realizado entre Municípios limítrofes, ainda que de diferentes Estados, ou obedeça a trajetos que compreendam regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios, instituídas por legislação estadual, podendo, no caso de transporte metropolitano, ser intercalado por áreas rurais; e

II - caracterizar serviço público de transporte coletivo de passageiros entre Municípios, assim considerado aquele realizado por veículo com especificações apropriadas, acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e horários previamente estabelecidos, viagens intermitentes e preços fixados pelo Poder Público.

§ 5º Enquadra-se na situação prevista no item 2 da alínea "b" do inciso XVI do caput o transporte intermunicipal ou interestadual de estudantes ou trabalhadores que, cumulativamente: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 17, inciso VI)

I - for realizado sob a forma de fretamento contínuo, assim considerado aquele prestado a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pessoa física ou jurídica, mediante contrato escrito e emissão de documento fiscal, para a realização de um número determinado de viagens, com destino único e usuários definidos; e

II - obedecer a trajetos que compreendam regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, instituídas por legislação estadual.

(Grifou-se)

A atividade de transporte rodoviário coletivo de passageiros, sob regime de fretamento intermunicipal, interestadual e internacional (CNAE 4929/9-02) e a atividade de organização de excursões em veículos rodoviários próprios, intermunicipal, interestadual e internacional (CNAE 4929/9-04) integram o rol de atividades ambíguas, que abrangem concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional, como se constata no Anexo VII da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

A empresa que exerce atividade econômica cujo CNAE seja considerado ambíguo pode optar pelo regime do SN se exercer somente atividade permitida e desde que preste declaração nesse sentido, como exigido no art. 8º, § 3º da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

No caso de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, quando caracterizada modalidade de transporte urbano ou metropolitano, ou o serviço for realizado na forma de fretamento contínuo em área metropolitana ou microrregião, para transporte de estudantes ou trabalhadores, é possível o enquadramento no Simples Nacional, conforme prevê o art. 15, inciso XVI, alínea "b", item 2, da resolução mencionada, observadas, nessa hipótese, cumulativamente, as condições estabelecidas pelo § 5º do mesmo artigo.

A Impugnante tem como atividade econômica principal o CNAE 4929/9-02 - transporte rodoviário coletivo de passageiros, sob regime de fretamento, intermunicipal, interestadual e internacional, e como atividade secundária o CNAE 4929/9-04 - organização de excursões em veículos rodoviários próprios, intermunicipal, interestadual e internacional, sendo então necessária a averiguação acerca da exclusividade das prestações de serviço executadas pela empresa para saber se são passíveis de opção ao Simples Nacional.

Como já exposto, para configurar o transporte sob regime de fretamento contínuo, a Resolução CGSN nº 140/18 exige contrato escrito e emissão de documento fiscal para a realização de um número determinado de viagens, com destino único e usuários definidos. Entretanto, não foi trazido aos autos, pela Impugnante, qualquer documento que comprove o fretamento.

Ao contrário, como comprovado nos autos, a Impugnante prestou serviços de transporte interestaduais de passageiros para municípios que não são limítrofes, como pode ser observado nos documentos (DACTEs) anexados às fls. 05/15, que demonstram o início da prestação em um município mineiro e seu término em um

município de outro estado, desconfigurando a exclusividade das atividades excetuadas pela legislação.

A constatação de que a empresa não pode ser optante do regime do Simples Nacional por exercer atividade econômica vedada pela Lei Complementar nº 123/06 também é demonstrada no Mandado de Segurança (MS), acostado aos autos pela Impugnante às fls. 89/98.

O seu objeto foi a negativa por parte do Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem de Minas Gerais – DER/MG de renovar a autorização do transporte fretado - ATF com a justificativa de que a empresa não preenchia os requisitos para adoção do sistema de recolhimento pelo Simples Nacional.

É tão evidente que a empresa exerce atividade vedada pelo regime do Simples Nacional, que o DER/MG exigiu sua exclusão do regime como requisito para conceder a autorização. E foi sobre essa exigência que foram proferidas a liminar e a sentença dadas a favor da Impugnante, justamente pela falta de competência do DER/MG em impedir a concessão do ATF com fundamento na Lei Complementar nº 123/06.

Aliás, a sentença diz, às fls. 96, *ipsis litteris*: “A competência para verificar se a empresa preenche os requisitos para a adoção do sistema de recolhimento pelo Simples Nacional é da Administração Fazendária. Assim, não compete ao DER/MG impedir a concessão de Autorização de Transporte Fretado – ATF, com fundamento na Lei Complementar n. 123/2006”, o que consolida ainda mais a instauração do processo de exclusão do simples nacional pelo Fisco Estadual.

Assim, no que concerne ao início do processo de exclusão de ofício da Autuada do regime do Simples Nacional, impugnado pelo contribuinte, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista que o art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83, § 2º da Resolução CGSN nº 140/18 estabelecem a competência para exclusão de ofício da ME ou EPP do simples nacional, a seguir transcrito:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

CGSN nº 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das secretarias de fazenda, de tributação ou de finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Se não houver, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, condicionados os efeitos dessa exclusão à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 7º Ainda que a ME ou a EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se tiver débitos perante a Fazenda Pública Municipal, ausência de inscrição ou irregularidade no cadastro fiscal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional por esses motivos, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1º, todos do art. 84. (Lei

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Complementar n° 123, art. 29, §§ 3° e 5°; art. 33, § 4°)

§ 8° Ainda que a ME ou a EPP não tenha estabelecimento em sua circunscrição o Estado poderá excluí-la do Simples Nacional se ela estiver em débito perante a Fazenda Pública Estadual ou se não tiver inscrita no cadastro fiscal, quando exigível, ou se o cadastro estiver em situação irregular, observado o disposto nos incisos V e VI do caput e no § 1°, todos do art. 84. (Lei Complementar n° 123, art. 29, §§ 3° e 5°; art. 33, § 4°)

Registra-se que a previsão para a exclusão de ofício bem como seus efeitos estão nos art. 29, inciso I c/c art. 30, inciso II, ambos da Lei Complementar n° 123/06, regulamentado pelos art. 81, inciso I c/c art. 84, inciso I, da Resolução CGSN n° 140/18, *in verbis*:

Lei Complementar n° 123/06

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

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

(...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

Resolução CGSN n° 140/18

Art. 81. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP à RFB, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 30, inciso II)

1. deverá ser comunicada até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência da situação de vedação; e (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 30, § 1°, inciso II)

2. produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 31, inciso II)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 81, quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, inciso I; art. 31, incisos II, III, IV, V e § 2º)

(Grifou-se)

Dessa forma, verifica-se que o Termo de Exclusão observou todas as determinações constantes da legislação tributária de modo a garantir-lhe plena validade. Assim, não há de se falar em ilegalidade, violação de garantias constitucionais, enriquecimento ilícito ou abuso de direito, uma vez que o agente está restrito à vontade da lei.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Portanto, correta a exclusão de ofício da Impugnante do Simples Nacional na medida em que restou comprovada e confessada, conforme pedido de parcelamento, a prática reiterada da infração consistente na saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Revisora) e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 13 de dezembro de 2023.

Wertson Brasil de Souza
Relator

André Barros de Moura
Presidente

D

23.614/23/2ª