



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10120.003317/2002-65
Recurso nº : 128.864
Acórdão nº : 303-32.126
Sessão de : 16 de junho de 2005
Recorrente(s) : JARBAS CLEMENTE DE OLIVEIRA
Recorrida : DRJ/BRASÍLIA/DF

SIMPLES – INCLUSÃO RETROATIVA – Comprovada a intenção do contribuinte em aderir ao sistema, por meio de recolhimento de tributos em Darf-Simples e apresentação de Declarações Anuais Simplificadas, a opção há que ser retificada de ofício, nos termos do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16/02.

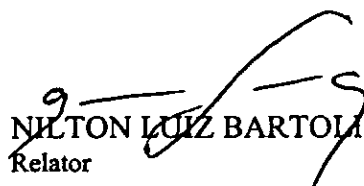
SIMPLES – OPÇÃO – A norma excludente de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, quanto ao exercício de uma das atividades econômicas relacionadas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317/96, ou atividade assemelhada a uma delas, ou, ainda, qualquer atividade para qual seu exercício haja exigência legal de habilitação profissional, tem seu limite de interpretação. Ao se verificar que a semelhança não se dá por completo, há que ser considerada válida a opção do contribuinte.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em: 16 JAN 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa e Tarásio Campelo Borges.

Processo nº : 10120.003317/2002-65
Acórdão nº : 303-32.126

RELATÓRIO

em por objeto o presente processo, pedido de inclusão retroativa no Simples, da empresa Jarbas Clemente de Oliveira, a partir de 01/01/1997, em razão de não ter sido processado o seu Termo de Opção, conforme informação do requerimento de fls. 01.

Com base no Parecer DRF/GOI/Sacat nº 193 de fls. 77/78, a DRF-Goiânia, através do Despacho Decisório de fls. 79, indeferiu o pedido de inclusão no Simples.

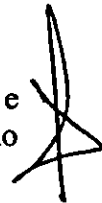
Devidamente intimada do teor do Despacho Decisório, a Requerente apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 82/83, aduzindo, em suma, que:

- I. desde os anos calendários de 1997 a 2001 efetuou recolhimentos com base na sistemática do Simples – código 61/06 (fls. 64/76);
- II. “apenas descobriu não se encontrar cadastrada na Receita Federal nessa sistemática, em virtude de um pedido de CND junto ao INSS onde o mesmo solicitou “espelho” atual da receita para que comprovasse estar cadastrada no Simples”;
- III. “nunca podia esperar que estando de posse do requerimento de inclusão chancelado pela Receita Federal o mesmo não tivera sido incluso na sistemática do Simples”;
- IV. “creio que o Sr. Hélio Rosa de Andrade AFRF-MAT 7099 não se atentou para a atividade principal da empresa que é uma atividade permitida (processamento de dados) para inclusão no SIMPLES e propôs pelo indeferimento do pedido inicial com base no art. 9º, inc. XIII, da Lei 9317 e suas alterações”.

Com o intuito de comprovar a atividade de “Faturamento Hospitalar”, anexa os documentos de fls. 84/198, entre os quais, Notas Fiscais de Prestação de Serviço, Certidão Simplificada da Juceg, cópias do Livro de Registro de Empregados, com respectivos registros e funções, e Contrato de Prestação de Serviço com a Santa Casa de Misericórdia de Goiânia.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília/DF, a solicitação do contribuinte foi indeferida, conforme teor da seguinte ementa:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte- Simples



Processo nº : 10120.003317/2002-65
Acórdão nº : 303-32.126

Exercício: 1999

Ementa: Exercendo a pessoa jurídica atividades de consultoria, desenvolvimento de programas, processamento de dados, atividade de banco de dados, impedida está de usufruir do Simples.

Solicitação Indeferida”

Irresignada com a decisão singular, a Recorrente apresenta tempestivo Recurso Voluntário (fls.206/215), anexando a procuração de fls. 216, reiterando os argumentos de sua peça impugnatória, e acrescentando, em suma, que:

- I. foi vedado ao Recorrente o direito de permanecer no Simples ao infundado argumento de que o mesmo estaria exercendo atividades de consultor, programador, analista de sistema ou de qualquer outra profissão, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, ocorre que, o Recorrente jamais exerceu tais atividades impeditivas, ao contrário, sua atividade sempre foi a de processamento de dados, em especial o processamento do faturamento de empresas hospitalares, como está provado a saciedade nos autos;
- II. a atividade do Recorrente constante do CNPJ é “processamento de dados”, e, de igual modo, em suas declarações de Renda, como optante do Simples, também consta como atividade exercida, o Processamento de Dados;
- III. também está provado nos autos, pelas cópias das notas fiscais, que a atividade da Recorrente em nada condiz com aquelas presumidas pela decisão recorrida, além disso, nenhum dos empregados possui qualificação profissional para exercer as atividades específicas de programador, consultor, etc., ao contrário, todos eles são auxiliares de digitação/faturamento;
- IV. o simples fato de constar nos documentos constitutivos do contribuinte, atividade impeditiva de opção pelo Simples, não tem o condão de excluí-lo da tributação simplificada, pois o Fisco deve provar que o contribuinte exerceu a atividade impeditiva da opção, conforme é pacífico na jurisprudência (Acórdão 202-13449 – 2ª Câmara do 2º CC; Acórdão 202-012870 – 2ª Câmara do 2º CC; Decisão 4.332- DRJ-Recife, 4ª T.; etc.);
- V. o exercício da atividade de processamento de dados não constitui óbice para a inclusão no Simples, como bem decidiu a Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes no Acórdão 202.12611 e entendimentos das DRJs;

Processo nº : 10120.003317/2002-65
Acórdão nº : 303-32.126

VI. a decisão ora recorrida baseou-se única e exclusivamente na presunção, o que não é válido, cabendo ao Fisco provar suas alegações.

Pelo exposto, requer a total procedência do Recurso interposto, para que seja reformada a decisão recorrida, de forma a ser deferido o pleito inicial, para enquadrá-lo no Simples.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro constando numeração até as fls. 219, última.

É o relatório.



Processo nº : 10120.003317/2002-65
Acórdão nº : 303-32.126

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Apurado estarem presentes e cumpridos os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Eg. Conselho de Contribuintes.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à possibilidade de opção retroativa da recorrente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, noticiando o contribuinte que seu Termo de Opção, juntado às fls. 05, não fora processado pela Receita Federal.

Apesar da falha no processamento, acreditando preencher todos os requisitos necessários para tanto, até pelo fato de ter realizado corretamente a opção ao sistema, a Recorrente apresentou Declarações Anuais Simplificadas e efetuou recolhimento de tributos por meio de DARF-Simples, como comprovam os documentos acostados aos autos.

Tomemos como premissa que a Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, dispõe em seu artigo 8º, que a opção pelo sistema se daria mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC/MF.

Ainda que a sua opção não tenha sido devidamente processada, ao apresentá-la, a Recorrente procedeu como se enquadrada estivesse, já que apresentou Declarações Simplificadas e efetuou recolhimentos por meio de DARF-Simples.

Neste contexto, ressalto que a Secretaria da Receita Federal, por meio de Ato Declaratório Interpretativo, dispôs acerca da Retificação de Ofício da opção pelo Simples, por parte da autoridade fiscal, em casos em que restar comprovado ter ocorrido erro de fato, nos seguintes termos:

Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002
“Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional



Processo nº : 10120.003317/2002-65
Acórdão nº : 303-32.126

das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada."

No caso, demonstra-se a ocorrência de erro de fato, tendo o contribuinte comprovado sua intenção em aderir ao Simples, por meio de Termo de Opção, pagamentos em Darf-Simples e apresentação de Declaração Anual Simplificada.

Desta feita, entendo que é direito do contribuinte seu ingresso retroativo no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Com efeito, sua inclusão retroativa foi indeferida pela decisão *a quo*, sob o fundamento de que suas atividades encontram-se dentre as vedadas à opção pelo referido sistema.

Analisando a norma, temos que, com fundamento no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, estão vedadas à opção as pessoas jurídicas, que:

"XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, **ou assemelhados**, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;" *(grifos acrescentados ao original)*

De plano, é de se reconhecer que a norma relaciona diversas profissões cujas características intrínsecas da prestação de serviço implicam o caráter pessoal da atividade. Ocorre que ao colacionar também os a elas assemelhados, outorga à pessoa jurídica a característica do profissional.

A interpretação da norma não pode cingir-se a uma mera interpretação gramatical, de modo que o vocábulo restrinja-se a atividade pessoal do profissional. Não poderia ser desta forma, mesmo porque o que visa a norma não é a profissão em si, mas a atividade de prestação de serviços que é desempenhada pela pessoa jurídica. Aliás, a pessoa jurídica é que é o objeto do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES.



Processo nº : 10120.003317/2002-65
Acórdão nº : 303-32.126

Resta claro que o legislador elegeu a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica como excludente da concessão do tratamento privilegiado do SIMPLES. Tal classificação não considerou o porte econômico do contribuinte, mas sim a atividade exercida pelo contribuinte. Portanto indiferente os critérios quantitativos de faturamento ou receita da pessoa jurídica que tem como atividade uma das elencadas no dispositivo legal.

Observa-se que, de um lado, a norma relaciona as atividades excluídas do Sistema e adiciona a elas os *assemelhados*, ou seja, pelo conectivo lógico includente “ou” classifica na mesma situação aquelas pessoas jurídicas que tenham por objeto social assemelhado a uma das atividades econômicas eleitas pela norma.

Entendo oportuna a colocação feita pelo Eminentíssimo Conselheiro Antonio Carlos Bueno Ribeiro, em voto que lastreou o Acórdão nº. 202-12.036, de 12 de abril de 2000, ao asseverar que: “o referencial para a exclusão do direito ao SIMPLES é a identificação ou semelhança da natureza de serviços prestados pela pessoa jurídica com o que é típico das profissões ali relacionadas, independentemente da qualificação ou habilitação legal dos profissionais que efetivamente prestam o serviço e a espécie de vínculo que mantenham com a pessoa jurídica. Igualmente correto o entendimento de que o exercício concomitante de outras atividades econômicas pela pessoa jurídica não a coloca a salvo do dispositivo em comento.”

Não obstante, de plano, é de se reconhecer que, ainda admitamos que a interpretação das normas atinentes ao SIMPLES seja restritiva em relação à possibilidade de opção e extensiva em relação às atividades elencadas nas exclusões, não vejo, neste caso, como as disposições do art. 9º da Lei nº. 9.317/96, possam ser aplicadas.

Não se trata, efetivamente, de atividade assemelhada à de consultoria, programação ou análise de sistemas, como pretende a decisão monocrática, pois não se pode equipar a Recorrente a uma empresa que preste tais serviços, mas que tão somente realiza “alimentação de dados” em determinado sistema, gerando assim o “faturamento” de seus clientes, como comprovam as Notas Fiscais e Contrato de Prestação de Serviços, anexo aos autos.

Mesmo porque, a empresa apresenta Livro de Registro de seus funcionários, cuja primeira contratação ocorreu em 01/10/1993 e a última em 01/04/2003, e no mesmo se constata que a empresa-contribuinte não possui funcionários qualificados a prestarem as atividades impeditivas à opção, não havendo motivos para considerá-los “equiparados” aos profissionais elencados pela norma impeditiva.

No presente caso, trata-se de empresa que se dedica à atividade de “processamento de dados”, aqui entendido, pelas provas trazidas aos autos, como

Processo nº : 10120.003317/2002-65
Acórdão nº : 303-32.126

“alimentação de dados” dentro de determinado sistema, para a qual, não podemos vislumbrar a necessidade de habilitação técnica, nem tão pouco seja a mesma assemelhada a de consultor, programador ou analista de sistemas.

Tenho para mim que o limite do termo “assemelhados” do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317/96, encontra seu limite no conteúdo valorativo da atividade, ou seja, não se pode tomar uma parte para designar o todo.

Portanto, como, no meu entendimento, as provas trazidas aos autos demonstram que a atividade desenvolvida pela ora recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como excluídas da possibilidade de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário, a fim de que seja garantido ao contribuinte o direito de opção retroativa ao sistema.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2005


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator