



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10730.003850/2004-19
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.264 – 1ª Turma
Sessão de 5 de dezembro de 2017
Matéria SIMPLES - ATIVIDADE VEDADA - OUTROS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado RK NAUTICA SUPPLY OFFSHORE LTDA -ME

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATIVIDADE VEDADA. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/1996. PROVA.

Não há fundamento para a exclusão da pessoa jurídica do regime do SIMPLES por desrespeito ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, se as provas coligidas demonstram que não houve a efetiva prestação de serviços constante da acusação, que se baseara apenas na previsão do contrato social.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento.

Rodrigo Costa Pôssas- Presidente em exercício.

Flávio Franco Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício). Ausentes, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rêgo.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (fls. 531/536) interposto em face do acórdão nº 1402-00.492 (efls. 541/544), assim ementado:

“SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO VEDADA.

Verificado em diligência fiscal que o contribuinte não exerce atividade impeditiva, deve ser autorizada sua inclusão e permanência na sistemática do Simples.”

De acordo com o respectivo voto condutor, restou comprovado, mediante diligência fiscal, que a recorrida, desde o início de suas atividades, dedicava-se efetivamente à atividade não vedada (comercialização de produtos, principalmente da área náutica), *in verbis*:

“(…) Compulsando os autos, verifica-se que tanto a DRF quanto a DRJ calcaram a não inclusão da empresa do Simples apenas no fato de constar que a empresa exerce a atividade vedada, que seria serviço profissional de engenharia.

Realmente, dentre as vedações ao enquadramento no Simples, o inciso XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317, de 05.12.1996, as atividades de engenheiro, ou a essas assemelhadas; “*in verbis*” mencionado dispositivo legal:

“Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

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;”
(grifei)

Todavia, na diligência fiscal solicitada por este Conselho, fls.62 e seguintes, ficou patente que a empresa, desde o início de suas atividades, se dedicou à comercialização de produtos, principalmente para a área náutica.”

O processo foi encaminhado à PGFN em 02/05/2011 (Despacho de Encaminhamento de efl. 546). De acordo com o disposto no artigo 79, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, com a redação da Portaria MF nº 39/2016, a intimação pessoal do procurador da Fazenda Nacional ocorreu em 06/06/2011 (efl. 545).

Recurso Especial da PGFN (efls. 549/554) interposto no dia 07/06/2011 (vide RM datada de 07/06/2011, efl. 548). Nessa oportunidade, a recorrente aduz que o contrato social da recorrida prevê a realização de atividade econômica de reparos navais, que se assemelha à de engenharia e, como tal, é vedada pela Lei do Simples. Nesse ponto, sustenta que a diligência fiscal não assegura que, futuramente, a pessoa jurídica não venha a desenvolver a atividade impeditiva à opção pelo Simples e, mesmo assim, permanecer nessa modalidade.” Tal diretriz permeia o acórdão paradigmático. Confira-se:

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PERMITIDA – I A caracterização da atividade econômica da pessoa jurídica, primordialmente, dá-se pela verificação do registro de seu objeto social. II — A previsão no objeto social da pessoa jurídica ou o exercício das atividades de publicidade e propaganda, ou de atividades assemelhadas a uma delas, ainda que não esteja ela exercendo, efetivamente, por estarem relacionadas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96,

constituem impedimento à opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES. Recurso que se nega provimento. (2ºCC, 2ª Câmara, Acórdão nº 202-12.341, de 07/07/2000)

De acordo com o respectivo voto condutor, deve preponderar na análise, ao contrário do que se fixou no acórdão recorrido, a atividade que consta do contrato social, não o seu efetivo exercício:

“(…) Por fim, é oportuno ressaltar que o que deve preponderar no caso não é o efetivo exercício da atividade da pessoa jurídica, mas sim, sua capacidade, demonstrada em seu objeto social, de prestar um dos serviços elencados (sic) na norma restritiva.” (Acórdão nº 20212.341).

A recorrente alega haver interpretação divergente conferida por outro colegiado à lei tributária, quando este anuncia que bastaria constar, no objeto social, atividade vedada para levar à exclusão do regime simplificado, ainda que efetivamente não exercida.

Cabe assinalar que o Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial menciona que o contexto fático retratado “no acórdão recorrido contempla algumas especificidades não presentes no caso paradigmático (*“a empresa desde o início da suas atividades se dedicou à comercialização de produtos”*; *“No Livro Registro de Empregados, notamos desde a abertura que as funções dos funcionários são relativas ao comércio”*; *“De acordo com a Alteração Contratual nº 3 (três) de 27/08/2004, a empresa alterou o objetivo para ‘Comércio de máquinas e equipamentos, ferragens, material de limpeza, abrasivos, uniformes, produtos e equipamentos para área de offshore e fornecimento de produtos alimentícios para área marítima’*), além de expor a circunstância segundo a qual, considerando-se a data da exclusão (Ato Declaratório Executivo DRF/NIT nº 533.202, de 2 de agosto de 2004), constava do objeto social da recorrida a descrição de atividade vedada (código 35114/ 03 – Reparação de embarcações para uso comercial e para usos especiais, exceto de grande porte), o que já seria o suficiente à caracterização da divergência de interpretação suscitada, à vista do paradigma colacionado.

Contrarrazões às fls. 550/552.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

O presente Recurso Especial é tempestivo e reúne os demais requisitos para seu conhecimento. Dele conheço.

Os acórdãos recorrido e paradigma são divergentes no tocante à interpretação dada ao artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, já revogada, *verbis*:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

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; (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)."

Todavia, consoante o acórdão recorrido, as provas documentais acostadas aos autos explicitam "que a empresa, desde o início da suas atividades, se dedicou à comercialização do produtos, principalmente para a área náutica." Portanto, pelo prisma do acórdão recorrido, a vedação à opção pelo Simples só poderia incidir, a teor da norma legal em referência, sobre a pessoa jurídica que efetivamente prestasse os serviços constantes do rol previsto no texto que a veiculava. Por essa óptica, o objeto social consignado no contrato social, por si só, é insuficiente para atrair a restrição do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. Aqui está o centro da discórdia, postos os dois acórdãos face a face, uma vez que o acórdão ofertado como paradigma revela que o exame do contrato social é o bastante ao julgador, liberado, imerso em tal cenário, do encargo de cientificar-se da atividade concretamente exercida.

A Fazenda Nacional não tem razão.

Para o deslinde da controvérsia, não se deve submeter o caso concreto ao rigor exclusivo do preceito normativo insculpido no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, porquanto a norma jurídica que se avulta de tal dispositivo impedia a **opção** pelo regime do Simples. Tratando-se de **exclusão**, como efetivamente se trata, é imprescindível que se dirijam os olhos para a norma jurídica consubstanciada na conjugação dos artigos 9º; 13, inciso II, "a"¹; e 14, inciso I², todos da Lei nº 9.317/1996.

Como se pode ver, o artigo 13, inciso II, "a", da Lei nº 9.317/1996 determinava à pessoa jurídica a comunicação ao órgão fiscal da ocorrência de qualquer situação arrolada no artigo 9º da mesma Lei, com vistas à exclusão do Simples. Se a pessoa jurídica descursasse do dever de comunicar essa ocorrência, o órgão fiscal deveria promover sua exclusão de ofício, consoante o artigo 14, inciso I, da referida Lei nº 9.317/1996.

É certo, pois, que o serviço prestado em dissonância com o artigo 9º da antedita Lei implica exclusão do regime do Simples. Entretanto, a recorrida ponderou (efl. 09) que nunca exerceu a atividade de reparos de embarcações, malgrado constar tal descrição no contrato social, pois "trabalha com produtos de comércio varejista de produtos náuticos, bazar e armarinho, sendo esta sua principal atividade." Por sua vez, as provas reunidas em diligência fiscal expressam "que a empresa, desde o início de suas atividades, se dedicou à comercialização do produtos (sic), principalmente para a área náutica", a teor do que consignara o relator do acórdão recorrido.

¹ Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

² Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

O cerne da questão se situa no verbo "prestar" ao qual se associa o objeto "serviços profissionais", ambos inscritos no tipo legal do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. Diante disso, é lícito concluir que a efetiva prestação de serviço fixado no texto desse dispositivo legal é determinante da exclusão do regime do Simples, considerando as disposições adicionais dos artigos 13, inciso II, "a", e 14, inciso I, da Lei nº 9.317/1996. No entanto, as provas já coligidas demonstram que a recorrida não se subsume à regra da exclusão de ofício, pelo simples fato de não ter prestado os serviços apontados pela Fiscalização que se amoldavam a tal previsão normativa, motivo por que se deve negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa