



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

Processo nº 10746.000993/2004-91
Recurso nº 126.406 Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-01.060 – 1ª Turma**
Sessão de 28 de junho de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMERCIAL DE TECIDOS TOCANTINS LTDA.

EXCLUSÃO DO SIMPLES – A mera inclusão no objeto social do contribuinte de atividade que, em tese, seria impeditiva da opção pelo SIMPLES não deve acarretar sua exclusão, caso não demonstrado que a empresa desenvolve tal atividade vedada; e, a atividade constante no CNPJ do contribuinte, de fato exercida, não é impeditiva da referida opção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **1ª TURMA DA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso do Procurador, vencidos os conselheiros Viviane Vidal Wagner e Alberto Pinto de Souza Junior que davam provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(assinado digitalmente)

Karem Jureidini Dias - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Orlando José Gonçalves Bueno, Claudemir Rodrigues Malaquias, Valmir Sandri, Alberto Pinto Souza Júnior, Viviane Vidal Wagner, Susy Gomes Hoffmann, Karem Jureidini Dias, João Carlos de Lima Júnior, Antonio Carlos Guidoni Filho e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional (fls. 45/51), contra o Acórdão nº. 303-33.557 (fls. 37/42), proferido pela então Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes.

O processo se refere a pedido de inclusão retroativa ao SIMPLES (fl. 01) pelo contribuinte COMERCIAL DE TECIDOS TOCANTINS LTDA, além da solicitação de recebimento da PJ 2004 (matéria estranha ao Recurso Especial), tendo em vista não ter conseguido transmitir via internet. Após indeferimento deste pedido (fls. 12/13), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade de fls. 18/19.

Em sua manifestação de inconformidade o contribuinte alegou, em síntese, que: (i) “*A empresa possui realmente entre outras atividades relacionadas, a atividade de Intermediação*”, no entanto, trata-se de atividade prestacional, que eventualmente poderia ser desenvolvida, mas a empresa nunca chegou a desenvolvê-las por não haver interesse, bem como, sabe que estará sujeito a desequilíbrio”; (ii) o simples fato de enumerar um objeto social, não comprova que a empresa exerce tal atividade; (iii) “*as atividades desempenhadas pela empresa contemplam a sua permanência na sistemática, o que em caso contrario inviabilizam totalmente a permanência no mercado, e em caso de termos nossa condição vedada, infelizmente teremos que optar em encerrar nossas atividades, por falta de condições econômicas de suportar o pagamento dos referidos impostos*”; e (iv) “*conforme informações deste Órgão, as empresas devem optar pela forma de arrecadação e tributação, no início do ano exercício mediante o recolhimento e pagamento do imposto no primeiro mês, valendo esta sistemática para o ano em curso, ou seja, tendo havido o recolhimento no mês Fevereiro referente apuração do mês de Janeiro, vale aquela forma de tributação para o ano. Partindo desta condição, e por não termos sido notificados, temos certeza estarmos atendendo a Legislação, onde poderemos juntamente com este Órgão rever nossa sistemática a partir do início do ano subseqüente*”.

Foi proferido acórdão pela Delegacia da Receita Federal em Palmas - Tocantins (fls. 26/29) sob o nº. 12.389 de 16 de dezembro de 2004, com a seguinte ementa, *in verbis*:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

Ementa: Inclusão Retroativa no Simples - Impossibilidade - Atividade Econômica Não Permitida

A pessoa jurídica que presta serviço profissional de representante comercial, ou assemelhado, não pode optar pelo Simples. Solicitação Indeferida”

A ciência do Acórdão nº. 12.389 se deu em 27.01.2005 (fls. 30/31). O contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 23.02.2005 (fls. 33/34), ao Conselho de

Contribuintes do Ministério da Fazenda. O contribuinte reproduziu suas alegações trazidas em sede de Manifestação de Inconformidade.

Sobreveio Acórdão nº. 303-33.557 da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, com a seguinte ementa, *in verbis*:

“SIMPLES. INCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES IMPEDITIVAS DE OPTAR PELO SIMPLES. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO.

Mesmo que esteja discriminada nos seus objetivos sociais atividade impeditiva de optar pelo Sistema Simplificado de Pagamentos, poderá o contribuinte optar e permanecer na sistemática do SIMPLES, desde que não seja comprovado que exerceu tal atividade.

Recurso voluntário provido.”

Contra esse acórdão, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, alegando que: *“a nossa sistemática processual, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo e ao réu em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Essa regra, ao distribuir o ônus da prova, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição determinam a sua modificação ou a sua extinção”*. E afirma, por fim, que uma vez que se consta no contrato social da empresa, atividades impeditivas de sua permanência no SIMPLES, cabe à mesma busca demonstrar que não exerce tais atividade.

O Despacho de fls. 60 determinou o seguimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheira Karem Jureidini Dias, Relatora.

O Recurso Especial reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação de regência e lhe foi dado seguimento em despacho de admissibilidade, pelo que dele conheço.

No tocante ao mérito, a questão cinge-se em saber se uma atividade que consta no contrato social, que é considerada como impedimento para a opção no SIMPLES, impõe ao contribuinte o ônus de provar o seu não exercício.

O acórdão recorrido caminhou no sentido de que o contribuinte pode permanecer na sistemática do SIMPLES, uma vez que no seu CNPJ (fls. 10), consta o exercício de sua atividade pelo “código 6231 – comércio varejista de tecidos”, e que seria do fisco o ônus de provar que o contribuinte exerce atividade impeditiva.

Já o Recurso Especial da d. Fazenda Nacional, colaciona paradigma no sentido de que se existe a previsão para o exercício de atividade que impede a opção pelo SIMPLES, é do contribuinte o ônus de demonstrar que exerce de fato somente atividade permitidas para efeito de tal opção, nos termo da seguinte ementa:

SIMPLES. ATIVIDADE CONSTANIE DO CONTRATO SOCIAL. Tendo sido a pessoa jurídica constituída para determinado fim social, cabe à mesma a comprovação de que tal não esteja correspondendo à verdade material, para fins de enquadramento no sistema. (Acórdão 301-31.356).

A alegação fiscal é no sentido de que a o contribuinte presta serviço profissional de representante comercial, ou assemelhado, atividade vedada ao SIMPLES.

De outra parte, argumenta o contribuinte que empresa possui realmente entre outras atividades relacionadas, a atividade de Intermediação, no entanto, trata-se de atividade prestacional, que eventualmente poderia ser desenvolvida, mas a empresa nunca chegou a desenvolvê-las. Aduz que o simples fato de enumerar um objeto social, não comprova que a empresa exerce tal atividade. Entretanto, não anexa qualquer documento, a não ser o contrato social e ficha do CNPJ.

Já firmei convicção no sentido de que é motivo de exclusão do SIMPLES a previsão, no objeto social da pessoa jurídica, de atividade cuja natureza impede a opção por aquela sistemática de apuração de tributos, salvo se o contribuinte comprova que as atividade de fato desenvolvidas não implicam em qualquer impedimento, vale dizer, não são vedadas para efeito de opção pelo SIMPLES.

Isto porque, a atividade que consta no objeto social da pessoa jurídica implica em presunção de legitimidade e veracidade quanto ao seu exercício, cuja demonstração em

contrário, depende de prova a ser produzida por quem lhe interessa, a fim de contrapor a verdade que se apresenta registrada no objeto social.

Nesse passo, entendo que prevalece como razão de decidir o quanto exposto no acórdão paradigma colacionado pela d. Procuradoria da Fazenda Nacional. Cumpre, então, verificar se o código que consta no CNPJ, o qual apresenta como atividade exercida aquela tão somente relativa a “comércio varejista de tecidos” é prova suficiente do exercício de fato da atividade por parte da Recorrente.

Nesse sentido, tem-se de um lado as alegações da Recorrente, corroboradas pelo seu cadastro apontado na ficha de CNPJ juntada aos autos; e, de outro lado, a acusação fiscal pautada no objeto social enumerado no contrato social da pessoa jurídica.

Pois bem, considerando que o exercício legal de determinada atividade depende de seu cadastro no CNPJ; considerando que o contrato social pode prever não só os objetos efetivamente desenvolvidos, como aqueles que poderão ser desenvolvidos; considerando que não existe prova efetiva de que a atividade registrada no CNPJ não é aquela de fato exercida ou não é suficiente o próprio registro; considerando o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional; entendo que, ainda que sem acompanhar quanto à extensão do mérito o acórdão recorrido, a atividade de fato exercida pela pessoa jurídica (“comércio varejista de tecidos”), registrada no CNPJ, não impede sua permanência no SIMPLES.

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Karem Jureidini Dias – Relatora.