



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10805.002167/2005-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.737 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente VOT COMUNICAÇÃO LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA CARF Nº 134.

Deve ser aplicada a Súmula CARF nº 134, que orienta que a simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao SIMPLES Federal não resulta na exclusão da contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove o efetivo exercício da atividade. Assim, como a exclusão foi baseada unicamente no que constava do contrato social, sem prova do efetivo exercício da atividade vedada, a exclusão há de ser cancelada.

IMPEDIMENTO LEGAL. ATIVIDADE VEDADA. ÔNUS DE PROVA DO FISCO.

Não restando devidamente comprovado nos autos, pelo Fisco, que a empresa excluída, de ofício, do Simples exerce atividade vedada, consoante prescrito no artigo 9º da Lei nº 9.316/97 deve ser a empresa reintegrada ao sistema de tributação diferenciado, favorecido e simplificado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 05-17.501, proferido pela 1ª Turma da DRJ/CPS, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, mantendo o indeferimento de sua solicitação de reenquadramento no SIMPLES, a partir de 01/01/2002, ante exercício de atividade vedada.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo, que será complementado com os fatos que se sucederam:

Trata-se de manifestação de inconformidade a respeito da exclusão do SIMPLES efetuada pelo Ato Declaratório Executivo nº 474.102, de 07 de agosto de 2003, da Delegacia de Santo André, à fl.06.

A exclusão decorre das atividades de produção de filmes e fitas de vídeo (Código CNAE 9211-8/02 (atividades de produção de filmes e fitas de vídeo)). A Delegacia da Receita Federal de Santo André indeferiu a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS) (fl. 04), fundamentando que o contrato social descreve atividade vedada. Ciência do indeferimento da SRS 09/12/2005 (fl.55).

O contribuinte apresenta a manifestação de inconformidade em 27/12/2005, enfatizando que sua atividade cinge-se aos serviços de fotografia interior e exterior. Frisa que nunca exerceu a atividade de produtor de espetáculos e as decisões nº 286/98, 67/99 da 6ª RF e 757, de 1997 corroboram o entendimento de que a sua opção é permitida na sistemática simplificada.

Discorda da exclusão retroativa, afirmando que se a SRF alterou sua interpretação acerca das atividades econômicas passíveis de se inscrever no Simples, não tem de aplicar referido método de forma retroativa, pois tal procedimento seria inconstitucional e macularia o princípio da irretroatividade da norma tributária. Complementa a defesa, aduzindo que a mera descrição da atividade não poderia ensejar a exclusão, uma vez que à luz do art.8º da Lei nº 9.317/96, a inclusão se sujeita à aprovação do órgão competente, sendo o código de atividade econômica informação exigida para formalização da opção pelo Simples.

Ao final, solicita que sua solicitação seja deferida, requerendo que caso haja decisão em sentido contrário, que os efeitos da exclusão sejam aplicados somente a partir do mês subsequente a um novo comunicado definitivo.

Por sua vez, 1ª Turma da DRJ/CPS, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente, cuja decisão restou assim ementada:

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

Ano-calendário: 2002

FILMES. VÍDEO. OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A pessoa jurídica que exerça a atividade de produção de filmes e vídeo não pode optar pelo SIMPLES.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de verificação posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS.

A eficácia de decisões administrativas alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

Solicitação Indeferida

Inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário argumentando o seguinte:

A atividade preponderante da empresa é a edição sob qualquer forma de apresentação, inclusive a edição de fitas de vídeo, conforme se verifica da anexa declaração de firma individual.

Diante disto, o contribuinte ao fazer a inscrição da empresa junto a SRF, entendeu que a mesma poderia ser efetuada por um dos códigos de atividade econômica constadas na declaração de firma individual, ou seja 921 1-8/02.

Tendo em vista que o mesmo nesta também efetuou a opção pelo SIMPLES, e após analisar a atividade descrita, verificando que não era impeditiva para opção pelo SIMPLES, efetuou o seu cadastramento através da opção CNAE 921 1-8/02.

1) Decisão nº 286/98 DA 6ª região fiscal (DOU 31.12.98)

2) Decisão nº 67/99 DA 6ª. Região fiscal (DOU 05.06.99)

3) Decisão 757 DE 14.07.97 A análise foi efetuada fundamentada na lei 9.317/96, tendo em vista que, nas hipóteses descritas no Item IX da vedação a adesão ao sistema SIMPLES, conforme letra R, somente a atividade de produtor de espetáculos era impeditiva.

Levou-se em consideração ainda, o disposto na IN 250/02, em que seu artigo 20, inciso XII, a qual somente considerava como vedada a atividade de produtor de espetáculos.

Frise-se que o contribuinte nunca exerceu a atividade de produtor de espetáculos e nem mesmo de vídeo, pois sua atividade cinge-se a edição de fitas de vídeo e não qualquer espécie de produção ou assemelhado.

Cumprir informar que este órgão desde o momento da opção pelo SIMPLES, efetuada pelo contribuinte, em nenhum momento se opôs, sendo que a referida opção foi mantida até agosto de 2003.

Diante disto, o contribuinte vem cumprido as exigências legais da Lei 9.317/96 desde sua inclusão no referido sistema.

Tendo aviso a anuência por parte desse órgão, em relação a opção pelo SIMPLES, na época de sua inscrição, ainda que por omissão, não ensejaria neste momento que a pretensão de exclusão retroaja a data da própria opção.

Impedimento contrário seria inconstitucional, uma vez que havendo qualquer alteração na interpretação da lei por um órgão público, como ocorreu no presente caso, esta não poderá ser aplicado de forma retroativa, sob pena de ferir os princípios da irretroatividade na norma jurídica tributária.

Importante consignar a posição exarada por esta DRF ao apreciar a aptidão do enquadramento no SIMPLES, por esta atividade conforme decisões as SRF n.º 757 de 14/07/97, 286/98 3 67/99.

A exemplificação editada pela listagem, disponibilizada, não tem o condão de alterar a Lei 9.317/96, art 9º, inciso XIII, mesmo porque o termo assemelhado, apesar de abrangente não inclui a atividade deste, qual seja edição de fitas de vídeo.

A mera descrição da atividade não poderia ensejar a exclusão do contribuinte, pois o mesmo ao optar pelo SIMPLES à luz do art. 8º da Lei 9.317/96, sujeita-se a aprovação do órgão competente, sendo o código de atividade econômica informação exigida para formalização da opção pelo SIMPLES.

Diante disto, caso seja mantida por esse órgão a rescisão de exclusão deste contribuinte do SIMPLES, a mesma deverá ser feita a partir do mês subsequente a um novo comunicado definitivo, e não retroativo a data da própria opção, mesmo a listagem exemplificativa das atividades vedadas somente fora publicada em Setembro/2003.

Diante do exposto requer-se a manutenção deste contribuinte no SIMPLES pelos motivos de fato e relevantes razões de direito anteriormente expostas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III, do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Inicialmente, vale destacar que o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal)¹.

A Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que vigorou até 30.06.2007, dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente.

A pessoa jurídica 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. No que se refere ao vocábulo “assemelhados” tem cabimento a interpretação extensiva, já que a lei estabelece um rol exemplificativo, incluindo, além dos serviços profissionais expressamente listados, os assemelhados àqueles expressamente listados e os não expressamente listados mas que o exercício dependa de habilitação legalmente exigida não pode optar pelo Simples Federal. A exclusão produz efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente (art. 9º e art. 15 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996).

Ficam excetuadas da restrição de que trata o mencionado inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996:

- as creches e pré-escolas, os estabelecimentos de ensino fundamental, os centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga, as agências lotéricas e as agências terceirizadas de correios (art. 1º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000);

- as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades de serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados, de serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores, de serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas, de serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática e de serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos (art. 4º da Lei nº 10.964, de 28 de outubro de 2001).

Nesta toda, a Recorrente teve indeferido o seu pedido de opção ao SIMPLES Nacional por constar no seu cadastro perante o CNPJ do código de CNAE 9211-8/99 (outras atividades relacionadas à produção de filmes e fitas de vídeo), e-fls. 10:

Ato Declaratório Executivo DRF/SAE nº 474.102, de 07 de agosto de 2003.

Declara excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) o contribuinte que menciona.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL, no uso da competência que lhe confere o parágrafo 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, incluído pelo artigo 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e tendo em vista o disposto nos artigos 9º, 12, 14, inciso I, e 15 da Lei nº 9.317, de 1996, com suas alterações posteriores, declara:

Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 01/01/2002 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Nome: VOT COMUNICACAO LTDA ME

CNPJ: 01.200.288/0001-00

Data da opção pelo Simples: 01/01/1997

Situação excludente (evento 306):

- Descrição: atividade econômica vedada: 9211-8/02 Atividades de produção de filmes e fitas de vídeo, exceto estúdios cinematográficos

- Data da ocorrência: 31/07/1999

- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII; art.12; art.14, I; art.15, II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001: art.73. Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002: art.20, XII; art.21; art.23, I; art.24, II, c/c parágrafo único.

Art. 2º A exclusão do Simples surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317, de 1996, e suas alterações posteriores.

A Recorrente apresentou sua inconformidade, mas DRJ manteve a negativa do pleito da Recorrente com base nas atividades descritas em seu contrato social, senão veja-se trecho da decisão mencionada, às fls. 64/65:

Conforme relatado, a fundamentação da exclusão foi a empresa produzir filmes e fitas e vídeo. Código CNAE 9211-8/99 (outras atividades relacionadas à produção de filmes e fitas de vídeo).

A alteração contratual de 05/10/2000 (fl.37) limita-se a alterar o endereço da sede social, sem modificar as demais cláusulas. **Dessa forma, cumpre verificar o contrato social de fl.39, datado de 08/04/1996, que indica na cláusula 3º “A sociedade terá por objetivo; a produção, distribuição e comercialização de filmes de curta e longa metragem, vídeo-tape, fotografia, cinematografia e cenografia, finalização, corte e montagem; comunicação visual e áudio visual. ” Vai daí que, pelo só texto designativo do seu objeto social não há como superar a questão atinente à vedação decorrente da atividade desempenhada. De fato, nos lindes do referido texto, não é possível dizer, peremptoriamente, que o requerente não produz filmes, não faz filmagens, ou que não presta serviços técnicos nesta área de atuação.**

Nessa linha de raciocínio, deve-se assentar o fato de que basta o exercício da prestação dos serviços de filmagem ou de serviços nesta área de atuação, para que a opção pelo Simples seja vedada. Diante disso, mesmo que os serviços sejam prestados por pessoa não habilitada, a pessoa jurídica não poderá permanecer no regime simplificado, porquanto se trata do exercício de atividades assemelhadas à profissão de produtor de espetáculos.

Portanto, em razão de constar na descrição do objeto social a atividade de “produção de filmes de curta e longa metragem, vídeo-tape, finalização, corte e montagem”, está a empresa impossibilitada de permanecer no Simples, tendo em vista que a sua atividade econômica é assemelhada a de diretor ou produtor de espetáculos, enquadrando-se na vedação do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. Ressalte-se, ainda, por oportuno, que o sócio Milton Antonio Tonello é produtor, o que vem a reforçar a prestação dos serviços de produção de filmes descrita no contrato social.

(...)

Dessa forma, não há como socorrer o requerente, **tendo em conta que a declaração de suas atividades fins no contrato social devem ser tomadas como caracterizadoras de sua empresa, restando evidente o impedimento na manutenção da empresa na sistemática do Simples decorre da leitura do seu contrato social.** Assim, sem que o interessado faça a juntada de outros instrumentos probatórios (tais como notas fiscais de venda de produtos, mercadorias e/ou serviços), não se pode, pura e simplesmente, à força de simples alegação de que somente faz a fotografia interna e externa, ter por desconstituída (ou até restringida) a declaração de vontade impressa na atual redação do contrato social atinente ao objeto social. (Grifou-se)

Já em sede de Recurso Voluntário, a Recorrente aduz que *“a mera descrição da atividade não poderia ensejar a exclusão do contribuinte, pois o mesmo ao optar pelo SIMPLES à luz do art. 8º da Lei 9.317/96, sujeita-se a aprovação do órgão competente, sendo o código de atividade econômica informação exigida para formalização da opção pelo SIMPLES”*.

De fato, entendo que assiste razão à Recorrente em seu pleito, posto que o indeferimento do pleito pela opção ao SIMPLES limitou-se à análise do objeto constante no contrato social da Recorrente, sem traçar qualquer comentário sobre a realização sua da atividade o que é inaceitável. Inclusive, este Tribunal tem entendimento sumulado neste sentido:

Oportuno destacar o teor da 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”.

Destarte, constata-se que, para a exclusão da empresa do Regime Simplificado, não basta a mera percepção de atividade vedada formalmente incluída no contrato social, devendo ser demonstrado a sua efetiva prática e o ônus da prova cabe ao Fisco.

Não consta nos autos que tenha havido qualquer procedimento fiscalizatório para investigar se a Recorrente de fato exercia a atividade constante no Contrato Social. *In casu*, o ato de exclusão somente poderia ter sido lavrado na hipótese da inequívoca demonstração pela fiscalização da prática efetiva da atividade vedada.

Assim, como a Fiscalização não trouxe aos autos qualquer outro elemento para demonstrar o exercício efetivo da atividade vedada em tela. Logo, não se desincumbiu a contento de seu dever processual de fundamentar corretamente a acusação fiscal.

Oportuno trazer à baila que, em situações como a tratada nos autos, em que o CNAE informado pelo contribuinte não correspondente à efetiva atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, a própria Receita Federal já se manifestou no sentido de que deve prevalecer a natureza da atividade efetivamente exercida.

Veja excerto da Solução de Consulta nº 66 – Cosit/2013, que pode ser aplicada aqui por analogia:

(...)

10. O fato de o sistema informatizado da RFB vedar a opção pelo Simples Nacional, na hipótese de constar CNAE impeditivo vinculado ao CNPJ da ME ou EPP (nesse caso, o CNAE 49299/02 e o CNAE 49299/04), constitui dado importante a ser considerado, todavia é a **natureza da atividade efetivamente exercida pela empresa, confrontada com as vedações e permissões estabelecidas em lei que devem determinar a possibilidade ou não de sua opção pelo Simples Nacional.**
[grifos nossos]

Desse modo, ausente qualquer prova de que a Recorrente desempenhava, efetivamente, a atividade vedada, mostra-se incorreta o impedimento à opção ao Simples Nacional levada a efeito pela Unidade de Origem, devendo-se restabelecer o direito da Recorrente de enquadrar-se nesse regime diferenciado de tributação.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário analisado.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça