



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10830.002535/2003-57
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.805 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de outubro de 2020
Recorrente CLS TECNOLOGIA ANALÍTICA E SISTEMAS DE GESTÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. ATIVIDADE VEDADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ANALISTA DE SISTEMAS OU ASSEMELHADOS. ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI 9.317/96. COMPROVAÇÃO DO EFETIVO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE VEDADA. NECESSIDADE. SÚMULA CARF Nº 134

Aplicação dos fundamentos adotados pela Súmula CARF nº 134 ao caso concreto: A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao SIMPLES NACIONAL não pode resultar no indeferimento de pedido de inclusão retroativa, mormente no caso em que atendidos os ditames do Ato Declaratório Interpretativo nº 16, de 02/10/2002, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para determinar a inclusão da Contribuinte no SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos a 05/11/1998.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado) e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo de pedido de inclusão retroativa no SIMPLES FEDERAL a partir de 05/11/1998. A Recorrente teve o seu pedido de inclusão retroativa ao sistema simplificado de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da Lei nº 9.317/96 negado pela Autoridade Administrativa em razão do exercício de atividade impeditiva à opção ao respectivo regime desde a sua constituição (“prestação de serviços de análise físico/química, controle de qualidade, implantação de sistemas de gestão e suporte técnico” – prestação de serviços cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, entre elas a de engenheiro, físico, químico, consultor ou assemelhados).

A negativa à sua inclusão retroativa se deu através do despacho de e-fls. 48, editado pela Delegacia da Receita Federal de Campinas/SP, contra o qual foi apresentado a manifestação de inconformidade de e-fls. 52/58 que, em apertadíssima síntese, aduziu as seguintes razões:

- 1) Aduz que estava inscrita regularmente no SIMPLES, sempre cumpriu com as obrigações acessórias a seu cargo, tendo apresentado, desde 1998, todas as declarações anuais simplificadas e efetuado todos os recolhimentos mensais dos tributos unificados mediante DAR-SIMPLES, código de receita 6106;
- 2) Teria ocorrido a homologação tácita de sua inclusão no SIMPLES, haja vista que desde o ano calendário de 1998 até o de 2002, a Administração Tributária teria se quedado inerte, nunca se manifestou acerca da reiterada conduta de apresentação de declarações e pagamentos efetuados conforme as regras do sistema simplificado; não existindo dolo, fraude ou simulação, o Fisco teria 05 (cinco) anos para verificar os pagamentos e procedimentos adotados pela Contribuinte;
- 3) Comprovada a manifestação inequívoca da Contribuinte em aderir ao SIMPLES, roga a Recorrente pela aplicação do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02/10/2002, que autorizaria o Delegado da Receita Federal a proceder à sua inclusão de ofício no SIMPLES;
- 4) O fato de o contrato social conter em seu objeto atividade considerada como impeditiva não poderia ser causa de exclusão ou ainda de vedação à inclusão retroativa do SIMPLES, cabendo ao Fisco fazer prova do exercício efetivo de atividade dita vedada.

A manifestação de inconformidade foi julgada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas – DRJ/CPS que editou o acórdão nº 05-21.778 – 1ª Turma, de 25 de abril de 2008 (v. e-fls. 61/69). A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 1998

**CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE
INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES
FEDERAL.**

O exercício de atividade representação comercial é circunstância que impede o ingresso ou a permanência no Simples Federal, bem assim a de importação, esta última até a publicação da Medida Provisória nº 1991-15, de 10/03/2000.

A referida decisão pontuou os seguintes fundamentos para negar provimento ao recurso da Contribuinte:

Quanto ao argumento de que faria jus ao ingresso no Simples Federal porque satisfaria aos requisitos postos no “Ato Declaratório Interpretativo SRF (ADI) nº 16, de 02/10/2002”, disto não houve, nem há dúvida. A própria DRF de origem o reconhece à fl. 48:

A intenção do contribuinte está comprovada pela FCPJ protocolada por esta DRF/Campinas em 29/01/1998, entrega das declarações simplificadas e recolhimentos efetuados, conforme pesquisas de fls. 42, 44 a 46.

Ocorre que – e já se parte para o terceiro ponto de impugnação –, não obstante a satisfação dos mencionados requisitos, incorre este Contribuinte em vedação atinente à sua atividade econômica.

Sobre esse preciso ponto, argüi o Contribuinte que os dizeres do objeto social de seus atos constitutivos são imprecisos para firmar qualquer juízo acerca da real atividade econômica por ele explorada.

Não é assim, entretanto, que o Direito opera.

(...)

Observe-se que, embora não seja possível estabelecer hierarquia entre as “espécies” de declarações antes ditas (declaração de código da CNAE, declaração do objeto social nos atos constitutivos, declaração da mercancia assentada em notas fiscais, e, por fim, declaração da fiscalização *in loco*), não há dúvida que, na ordem em que apresentadas, elas tendem, cada vez mais, a se aproximar do que concretamente ocorre no mundo da extensão (físico). Por outra linha, cada uma daquelas declarações são fatos jurídicos tendentes a fazer prova do objeto por elas referido; no caso que interessa, prova da real natureza da atividade desempenhada pelo Contribuinte. Prova esta, fato jurídico este, que pode, ou não, se subsumir no antecedente jurídico de uma das normas jurídicas abstratas e gerais veiculadas no art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996. Em caso positivo, o efeito jurídico é a vedação ao Simples Federal; em caso negativo, tirante outros impedimentos, a possibilidade de adesão e/ou manutenção no Simples Federal.

(...)

Ora, bem ao contrário, suporte fático existe. Ou melhor, fato jurídico existe e foi referido pelo indigitado Despacho. No caso, o fato jurídico de interesse é o contrato social do Contribuinte que, como já se disse, supõe-se tratar de declaração intencional e séria, hábil a vincular o declarante a efeitos jurídicos. Daí, não há que se falar em nulidade por ausência de motivação, compreendida esta, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (in “Curso de Direito Administrativo”, 20 ed., Malheiros: São Paulo, 2006, p. 100), a partir da necessária intercorrência de três aspectos: (1) identificação do evento (e sua prova, isto é, o seu testemunho em linguagem com força de prova para o Direito, o fato jurídico); (2) fundamento legal, isto é, a norma jurídica que pode assimilar aquele evento/fato (concreto) como uma possível realização de seu antecedente (abstrato); e (3) demonstração da correlação lógica entre os dois primeiros elementos e a providência (ato administrativo) que, ao final, se pretende tomar.

(...)

Tal contrato social anota, a título de atividade econômica explorada: “Comércio de suprimentos para laboratórios químicos-industriais; implantação de sistemas de qualidade e respectivo suporte técnico, análises químicas e controle de qualidade”; “comércio de suprimentos para laboratórios químicos-industriais e a prestação de serviços de implantação, manutenção e execução de Sistemas de qualidade para indústrias químicas, alimentícias e similares”; “Comércio de suprimentos para laboratórios químicos-industriais; implantação sistemas de qualidade e respectivo suporte técnico, análises químicas e controle de qualidade”; “Laboratório de análises físico/química, controle de qualidade, implantação de sistemas de gestão e suporte técnico. (fls. 22/35).

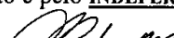
(...)

Como se viu, a força do fato jurídico contrato social é mais exuberante que qualquer fato jurídico consistente na declaração pura e simples do Contribuinte, pois, em favor do primeiro existe o intercurso e robustecimento de declaração de vontade de terceiro não interessado, no caso, do órgão competente do Registro Público das Empresas Mercantis. Daí, para desconstituir o fato jurídico contrato social, não basta pura e simplesmente negá-lo. Há que se produzir outro fato jurídico de igual ou maior força, circunstância, aqui, inocorrente.

Por fim, a corroborar o que tudo antes dito, isto é, de que a presente contenda se resolve desde que se perquirir sobre a atividade econômica explorada por este Contribuinte, coisa que se encontra, para efeito de prova daquilo que mais proximamente pode retratar a sua realidade, nos atos constitutivos da sociedade empresária (ou no requerimento de empresário individual, no caso de exploração de atividade econômica por pessoa natural singularmente considerada), está a dizê-lo o Enunciado nº 54 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal sobre o art. 966 do Código Civil:

Empresa. Caracterização. Jornada I STJ 54: “É caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais.” [NERY JUNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código civil comentado e legislação extravagante. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.558]

Posto isto, e tudo o mais que dos autos consta, este voto é pelo **INDEFERIMENTO DA SOLICITAÇÃO.**



Em resumo, considerou a Autoridade Julgadora *a quo* que a Contribuinte deveria ter produzido prova cabal de que não exerceria a atividade econômica que motivou o indeferimento de seu pedido de inclusão retroativa no SIMPLES. Como a Recorrente não teria se desincumbido de tal desiderato, a Autoridade Julgadora considerou que o conteúdo do contrato social seria mais do que suficiente para fundamentar a negativa de provimento ao recurso.

Não se conformando com a decisão retro, a Recorrente apresentou o recurso voluntário de e-fls. 72/85, através do qual alega o seguinte:

- 1) Nulidade do procedimento – ausência de motivação: a decisão emanada da Delegacia da Receita Federal de Campinas, consubstanciada no despacho decisório de e-fls. 48, que negou o pedido de inclusão retroativa no SIMPLES seria nula pois teria sido baseada tão somente na leitura do contrato social, deixando de comprovar que a Recorrente, **de fato**, exerceria atividade vedada para sua inclusão/manutenção no sistema de tributação simplificado; no caso, seria impossível à Recorrente produzir prova negativa, ou seja, de que não exerceria a referida atividade dita vedada, cabendo ao Fisco a produção de tal prova;
- 2) Ofensa ao princípio da legalidade, haja vista o indeferimento do pedido de inclusão retroativa com base em hipótese não prevista em lei: aduz a Recorrente que a ofensa ao respectivo princípio constitucional teria sido materializada na utilização de critério não previsto na Lei nº 9.317/96 para a exclusão da Recorrente, pois não teria sido comprovado que a empresa exercia atividades que obstem a sua inclusão no SIMPLES; ainda segundo a Recorrente, *“constata-se que a condição prevista em lei para a impossibilidade de se optar pelo regime é a prestação efetiva de quaisquer dos serviços profissionais descritos no inciso, e não a mera utilização de CNAE que, no entender da SRF, caracterize atividade impeditiva.”*;
- 3) Ofensa ao princípio da verdade material: segundo a Recorrente, *“constatado que a atividade efetivamente realizada pela Recorrente não configura hipótese de não adequação à opção pelo SIMPLES, a Administração tem por dever observar a realidade factual apresentada nos autos do processo administrativo, e por consequência, diante da verdade material posta, indeferir o ato administrativo centrado em hipótese que representa mera presunção.”*; assim, nesse contexto, não teria restado comprovada pelo Fisco a prática efetiva de atividade que obsta a inscrição retroativa da Recorrente no SIMPLES, pois teriam deixado de ser apresentadas provas concretas ao justificado indeferimento do pedido de inclusão no sistema tributário simplificado;
- 4) O Contrato Social não faz prova efetiva da prática de atividade proibida, não sendo causa suficiente para a proibição de ingresso no SIMPLES; Cita diversas Soluções de Consulta;
- 5) O entendimento pacificado pela jurisprudência do Conselho de Contribuintes: cita a jurisprudência do CARF para demonstrar a necessidade de se provar efetivamente a prática de atividade vedada no caso de exclusão do SIMPLES, não sendo suficiente que tais atividades constem do contrato social;

Afinal vieram os autos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Como vimos no Relatório, a Recorrente não se conformou com o indeferimento e seu pedido de inclusão retroativa no SIMPLES NACIONAL, motivada que foi pela identificação, por parte da Delegacia da Receita Federal de Campinas/SP, da prática de atividade vedada, conforme o disposto no inc. XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, abaixo reproduzido:

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](#))

Os termos grifados identificam a atividade na qual foi enquadrada a Recorrente e que motivou a sua exclusão do SIMPLES. Tal constatação se deu após a verificação, por parte da Autoridade Administrativa, de que a Recorrente exerceria a atividade vedada (v. e-fls. 48), mais especificamente, a *“Prestação de serviços de análises físico/química, controle de qualidade, implantação de sistemas de gestão e suporte técnico”, descritas no Contrato constitutivo e alterações contratuais de fls 22, 28 e 33*”; conclui a Autoridade Administrativa que tais atividades seriam *“vedadas para opção por caracterizarem prestação de serviços de profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, entre elas a de engenheiro, de físico, de químico, de consultor ou assemelhados, de acordo com o disposto no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317 de 05 de dezembro de 1996.”*

Já a decisão recorrida, em apertadíssima síntese, concluiu que, à mingua de provas nos autos de que a Recorrente não exerceria tais atividades, o conteúdo do contrato social seria suficiente para validar a decisão administrativa de não inclusão retroativa no SIMPLES.

As alegações da Contribuinte em sede de recurso voluntário também podem ser resumidas no fato de não haver nos autos nenhuma prova de que ela exerceria a dita atividade vedada, produção de prova essa que, ao seu ver, seria de responsabilidade da própria Administração Tributária. Para tanto, se socorre na arguição de ausência de motivação do despacho que indeferiu o seu pedido de inclusão retroativa, além dos princípios da legalidade, da

verdade material, de Soluções de Consulta Interna da Receita Federal e da jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Para arrimar meu voto, faz-se necessário, primeiramente, pontuar a cronologia dos fatos. A Contribuinte ingressou com o pedido de inclusão retroativa ao SIMPLES NACIONAL em 07/05/2003, após ter sido informada pelo sistema de entrega de declarações do Imposto de Renda, via internet, que não estava inserida no referido sistema de tributação simplificada. O pedido retroagiu à data de 05/11/1998 (início de atividades da Recorrente).

O extrato do sistema IRPJ-CONS (v. e-fls. 07) informa que desde o seu registro na Receita Federal (em 1998), até o ano calendário de 2005, a Recorrente apresentava declaração de Imposto de Renda cuja forma de tributação indicava a opção pelo SIMPLES. Igualmente, o extrato do sistema SINAL08 (v. e-fls. 09/12) atesta que durante o mesmo período a Contribuinte recolheu, sob o código 6106, o tributo relativo ao sistema simplificado. Em 21 de novembro de 2007, a Recorrente foi intimada pela Receita Federal (v. e-fls. 17) a apresentar o mesmo requerimento anteriormente protocolado em maio de 2003, relativo ao pedido de inclusão retroativa no SIMPLES, cópia do contrato social e cópia dos documentos dos sócios ou de seus procuradores.

Com base tão somente nos referidos documentos e no código CNAE informado no CNPJ da Recorrente (v. e-fls. 43/47) a Autoridade Administrativa resolveu, através do despacho decisório de e-fls. 48, indeferir o pedido de inclusão retroativa da Recorrente no SIMPLES NACIONAL, sob a alegação de que a mesma exercia atividade vedada, conforme o disposto no art. 9º, inc. XIII, da Lei nº 9.317/96.

Percebe-se, portanto, que a análise procedida pela Autoridade Administrativa limitou-se à verificação documental, mais especificamente sobre o contrato social e as informações constantes dos cadastros da Receita Federal. Não foi realizada qualquer diligência ou análise mais aprofundada em busca de evidências que comprovassem, efetivamente, que a Recorrente exercia a atividade econômica que motivou o indeferimento do seu pedido de inclusão retroativa no SIMPLES. Neste sentido, a Recorrente sempre alegou não exercer a atividade vedada.

Neste contexto, penso que deve ser aplicado ao caso concreto, o raciocínio jurídico que fundamenta a 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.

Em síntese, a súmula indica que somente o efetivo exercício de atividade vedada é que teria o condão de motivar a exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL. Conforme os ditames da Súmula, o fato de a atividade vedada estar prevista no contrato social não seria condição suficiente para motivar a exclusão da Contribuinte do SIMPLES.

No caso concreto estamos tratando não de exclusão do SIMPLES, mas de indeferimento de pedido de inclusão retroativa. Entretanto, como vimos acima, o caso concreto se assemelha em muito à exclusão, haja vista a constatação de que a Recorrente, desde a sua constituição, em 1998, até o ano calendário de 2006, demonstrou, de forma inequívoca, sua

intenção de ingressar e permanecer no sistema, apresentando declarações e realizando pagamentos relativos ao tributo como se inserido no mesmo estivesse.

Portanto, s.m.j., a Recorrente teria atendido a todas as condições exigidas pelo Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02/10/2002, que assim dispunha:

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 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.

Também me coaduno com as posições externadas pela maioria dos colegas desta Turma de que, apesar de a Súmula CARF nº 134 tratar do Simples Federal, suas conclusões são perfeitamente adequadas para os casos relativos ao Simples Nacional, privilegiando “a interpretação que promova a inclusão das micro e pequenas empresas no regime simplificado e favorecido previsto constitucionalmente”, nas palavras do Ilustre Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, em recente voto proferido no âmbito deste Colegiado.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para determinar a inclusão da Contribuinte no SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos a 05/11/1998.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves