



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10882.000614/2004-07
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **1802-000.991 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 04 de outubro de 2011
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente J & J PROMOÇÕES, NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFETIVO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. *ONUS PROBANDI*.

Não havendo prova do efetivo exercício de atividade vedada, deve ser reconhecido o direito do contribuinte em permanecer na sistemática de tributação do SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR provimento ao Recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Correa, Nelso Kichel, Marco Antonio Nunes Castilho, Marciel Eder Costa e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 147/175 contra decisão da 1ª Turma da DRJ/São Paulo I (fls. 132/142) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade que pleiteava a revisão do ato de exclusão do Simples -Ato Declaratório Executivo -ADE — DERAT/SPO nº 037/2008, de 17/12/2008, com efeito da exclusão desde 01/01/2002.

Quanto aos fatos:

1) – Primeiro, a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo da DRF/Osasco nº 473.342, de 07/08/2003, com efeito a partir de 01/01/2002, pela seguinte infração (fl. 15):

“Sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% do capital social, e a receita bruta global, no ano-calendário 2001, ultrapassou o limite legal”.

- Solicitou a contribuinte a revisão do ato de exclusão do Simples em 30/07/2003, comprovando que o sócio Jacques Stern, CPF nº 063.952.428-14, já não participava da empresa HERMAN STERN & FILHO, CNPJ 60.826.203/0001-63, desde 13/10/2000, conforme cópia do instrumento de alteração contratual que o excluiu da sociedade, arquivado na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob nº 209.040/00-2, em em 09/11/2000 (fls. 06/12).

- Em 22/03/2004, pela DRF/Osasco foi deferida a revisão do ato de exclusão, mantendo a contribuinte no Simples (fl. 20).

2) – Entretanto, em 23/03/2004, houve, imediatamente, Representação Fiscal, pelo Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário-DRF/Osasco, propondo a exclusão da contribuinte do Simples pelos seguintes motivos (fl. 01):

(...)

Considerando que o Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social (fls. 2 a 5), registrado em 10/09/2001, tem como objeto social, a discriminação de atividades econômicas que se enquadram nas situações previstas como VEDAÇÕES À OPÇÃO PELO SIMPLES, quais sejam:

1) Prestação de Serviços de Mercadológica em geral (sic), Promoção de vendas e negócios (inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996);

2) Participação em outras sociedades, quer como Acionista ou Quotista (inciso XIV do artigo 9º da Lei nº 9.317 de 05/12/96);

(...)

3) Tendo em vista a alteração de endereço da interessada para a cidade de São Paulo (fl. 128), os autos foram enviados em 11/08/2004 para a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - DERAT (fl. 24).

4) Em **17/12/2008**, foi expedido o Ato Declaratório Executivo DERAT/São Paulo nº 37/2008, declarando a exclusão da contribuinte do Simples Federal, com efeito a partir de 01/01/2002, pelos seguintes motivos (fl. 26):

(...)

"Situação excludente (evento 321):

- Descrição: Atividade econômica vedada (Prestação de Serviços de Mercadológica em Geral, Promoção de Vendas e Negócios) e sócio ou titular participa com mais de 10% no capital de outra empresa e a receita bruta global no ano-calendário 2001 ultrapassou o limite legal (CPF: 063.952.428-14 – CNPJ 60.826.203/0001-63).

- Data da ocorrência: 18/06/2001."

(...)

A contribuinte tomou ciência do ADE em 23/12/2008 (fl. 29), apresentando manifestação de inconformidade em 21/01/2009 de fls. 30/59 e 118/119, juntando ainda os documentos de fls. 60/114, cujas razões, em síntese, são as seguintes:

1) - Preliminar de nulidade do ADE expedido pela DERAT/São Paulo:

- que a exclusão do Simples foi capitulada nos incisos XIII e XIV do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05/12/2006; que houve lapso da fiscalização, pois o citado diploma legal não é do ano 2006, mais sim do ano 1996; que se trata de vício de enquadramento legal, cuja motivação do ato de exclusão do Simples, por conseguinte, restou maculada, não podendo produzir os efeitos que pretende;

- que, além disso, não foram observados os princípios da segurança jurídica, do interesse público, e o princípio da eficiência: que o ADE menciona, como sócio da requerente, o Sr. JACQUES STERN (CPF: 063.952.428-14), o qual seria participante com mais de 10% do capital de outra empresa (CNPJ: 60.826.203/0001-63) e que a receita bruta global do ano-calendário 2001 teria ultrapassado o limite legal, porém, em relação a essa questão, existe coisa julgada administrativa no âmbito da Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples – SRS, uma vez que a DRF/Osasco, na apreciação de mérito, reconheceu, a inexistência de tal fato (coisa julgada administrativa).

2) No mérito:

- que duas razões foram apontadas pelo ADE como responsáveis e determinantes da exclusão do Simples Federal:

a) atividade econômica vedada (Prestação de Serviços Mercadológicos em Geral, Promoção de Vendas e Negócios); e

b) sócio ou titular participa com mais de 10% no capital de outra empresa e a receita bruta global no ano calendário 2001 ultrapassou o limite legal (CPF: 063.952.428-14- CNPJ:60.826.203/0001-63).

- que a segunda razão para exclusão do Simples Federal não existe (infração inexistente), conforme já restou comprovado, superado e decidido, favoravelmente, na solicitação de revisão do ADE (anterior), no âmbito da DRF/Osasco;

- No âmbito da primeira vedação imputada pelo ADE – Atividade Econômica Vedada:

a) que o art. 179 da Constituição Federal prevê tratamento tributário diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sem limitação de exercício de atividade econômica, apenas de faturamento anual; que, entretanto, a Lei nº 9.317/96 extrapolou cânone constitucional, vedando opção pelo sistema Simples para certas atividades econômicas;

b) que, não obstante, não procede essa acusação do fisco, pois as atividades consignadas no instrumento de seu Contrato Social não encontram restrição na Lei nº 9.317/1996, nos dispositivos legais da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, e na Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006;

- Por fim, no âmbito da manifestação de inconformidade, a contribuinte consigna protesto genérico pela produção de todas as provas admitidas em direito, caso necessárias para provar o alegado, especialmente a juntada de documentos, a oitiva de testemunhas, o depoimento pessoal da autoridade autuante, a expedição de ofícios, e a realização de perícias.

A decisão *a quo*, por sua vez, indeferiu a solicitação de revisão do ADE, cuja ementa transcrevo a seguir (fls. 132/133):

(...)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

PRELIMINAR. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do ato de exclusão porquanto a questão suscitada não influi no exame da lide que se discute.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA.

Não se justifica a realização de diligência ou perícia quando o conjunto probatório constante dos autos for suficiente para o deslinde do litígio.

ENVIO DE INTIMAÇÕES. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL.

Intimações devem ser enviadas ao domicílio tributário do sujeito passivo, entendido como o endereço postal ou eletrônico autorizado fornecidos pelo mesmo sujeito passivo para fins cadastrais.

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Está impedida de usufruir a sistemática do Simples a pessoa jurídica que presta serviços profissionais de administrador, por vedação taxativa na Lei criadora do regime simplificado.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

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

INCONSTITUCIONALIDADE. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

A instância administrativa não é foro apropriado para discutir inconstitucionalidade de normas, pois qualquer discussão sobre constitucionalidade deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal.

Solicitação Indeferida

(...)

Consta ainda do voto condutor do Acórdão recorrido (fl. 135) , verbis:

(...)

6.8. A segunda hipótese, a participação do sócio em outra empresa e receita bruta global superior ao permitido, já foi objeto de análise e demonstração de sua total improcedência, na manifestação no tópico que abordou a nulidade do ADE nº 037/2008. Ficam, portanto, os argumentos lá expendidos, expressamente ratificados como se de mérito fossem, evitando-se, assim, a repetitiva reedição.

(...)

A contribuinte tomou ciência do Acórdão recorrido em 21/10/2010 (fl. 146-verso), apresentando Recurso Voluntário em 11/02/2010 (fls. 147/175), cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- Nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, em face da rejeição do pedido de produção de prova pericial; que bastaria a mera realização de perícia de sua escrituração contábil para comprovação da inexistência do óbice imputado pelo ADE;
- Nulidade do ato declaratório executivo de exclusão do Simples, por vícios no ADE;
- Que a empresa nunca exerceu atividade de administração;
- Que exerce atividade econômica não vedada no âmbito do Simples;

- Da impossibilidade de retroagir os efeitos do ato de exclusão do Simples a partir da data de 01/01/2002 diante da existência de coisa julgada administrativa.

Por fim, com base nessas razões, a recorrente pediu provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

A lide versa acerca da exclusão do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo da DERAT/São Paulo nº 37, de 17/12/2008, com efeito a partir de 01/01/2002, em face da recorrente desenvolver, em tese, atividade econômica vedada: prestação de serviços mercadológicos em geral, promoção de vendas e negócios. Infração ocorrida em **18/06/2001**. Enquadramento legal: Lei nº 9.317/96, art. 9º, inciso XIII (fl. 26).

A recorrente, por sua vez, alegou que jamais teria exercido atividade econômica vedada de opção no Simples; que não presta serviços profissionais de Administração de Empresas; que não exercita atividade de profissão regulamentada de Administrador de Empresas; que sua atividade não depende de habilitação profissional legalmente exigida.

Passo, imediatamente, à apreciação do mérito da contenda.

A questão controvertida reside, em suma, em apurar, com os elementos de prova constantes dos autos, se a atividade exercida pela recorrente está, ou não, vedada de opção pelo Simples (Lei nº 9.317/96, art. 9º, XIII e XIV), cujo dispositivo legal transcrevo a seguir:

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).*

XIV - que participe do capital de outra pessoa jurídica, ressalvados os investimentos provenientes de incentivos fiscais efetuados antes da vigência da Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984, quando se tratar de microempresa, ou antes da vigência desta Lei, quando se tratar de empresa de pequeno porte;

(grifei)

Compulsando os autos, consta do Instrumento de Contrato Social de 25/05/2001 (fls. 65/68), do Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social – 2ª Alteração de 02/08/2001 (fls. 02/06), do Instrumento Particular de Contrato Social de Sociedade Empresária Ltda de 10/10/2003 (fls. 78/85) e do Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social de Sociedade Empresária Ltda de 31/03/2004 (fls. 86/92), sempre na Cláusula Terceira, que a recorrente tem como objeto social, *in verbis*:

(...)

CLÁUSULA TERCEIRA - DOS OBJETIVOS SOCIAIS.

a) Prestação de Serviços de Mercadologia em geral, Promoção de vendas e negócios;

b) Participação em outras sociedades, quer como Acionista ou Quotista.

(...)

Não há, nos autos, prova alguma de que a empresa tivesse participado, na época, de outras sociedades, como acionista ou quotista.

Os seus atos constitutivos, e alterações, estão registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP.

Observa-se do quadro social da empresa, nesse período, que os sócios não declinaram qualificação profissional de Administrador de Empresas, mas sim de comerciantes.

O fisco efetuou a exclusão do Simples, apenas, com base no instrumento de Contrato Social, e alterações.

Não se pode afirmar, categoricamente, que a recorrente tivesse atuação na prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada, para justificar sua exclusão do Simples; não se trata de uma sociedade simples, antiga denominação de sociedade civil (não comercial). Pelo contrário, é uma pessoa jurídica empresária, cujos sócios, na época, e atualmente, são comerciantes.

A propósito, quanto às sociedades simples, na ADIn nº 1643-1/DF, o Ministro do STF Maurício Correa, Relator, deixou assentado no seu voto, na época, que as sociedades civis de profissão regulamentada, atualmente denominadas de sociedades simples, não fazem jus à proteção do Simples, *in verbis*:

(...)

Com efeito, especificamente quanto ao inciso XIII do citado art. 9º, não resta dúvida que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada não sofrem impacto do domínio de mercado pelas grandes empresas; não se encontram, de modo substancial, inseridas no contexto da economia informal; em razão do preparo científico, técnico e profissional dos seus sócios estão em condições de disputar o mercado de trabalho, sem assistência do Estado; não constituiriam, em satisfatória escala, fonte de geração de empregos se lhes fosse permitido optar pelo 'sistema simples' (ADIN 1643-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 19.12.1997).

(...)

No caso, diversamente, a recorrente não é uma sociedade simples, antiga sociedade civil de profissão regulamentada, mas sim sociedade empresária, registrada na JUCESP como já mencionado alhures.

A fiscalização da RFB, além das cópias de instrumentos do Contrato Social da empresa e alterações, não produziu nos autos outras provas para justificar a exclusão da empresa do Simples.

Ainda, na última alteração contratual - Instrumento Particular de Alteração de Sociedade Empresária de 29/06/2007, Cláusula Terceira, consta como objeto social da recorrente (fls. 93/102), *in verbis*:

(...)

CLÁUSULA III - A sociedade tem por objetivo:

a) Prestação de serviços em promoções de vendas.

b) Serviços combinados de escritório e apoio administrativo prestados às empresas.

c) Atividades de cobrança e informações cadastrais.

(...)

Ora, o instrumento do contrato social e alterações, por si só, não permite inferir exercício efetivo de atividade de profissão regulamentada, pois tais serviços não requerem, necessariamente, formação de nível superior de administração de empresas.

No caso, há venda de serviços pela pessoa jurídica, e não prestação de serviços de caráter pessoal.

A exclusão do regime tributário previsto na Lei nº 9.317/ 96, por força do disposto em seu art. 9º, inc. XIII, dirige-se, exclusivamente, aos titulares de profissão de natureza civil, reconhecida e regulamentada por lei, que se organizam para explorar suas atividades profissionais sob a forma de sociedade civil, atualmente denominada de sociedade simples, não perdendo a prestação do serviço o caráter pessoal.

A propósito, conforme Parecer Normativo CST nº 15/83, não há que se confundir prestação de serviços com venda de serviços. Na primeira hipótese a prestação de serviço é pessoal, realizada pelos próprios componentes da sociedade ou por ela contratados, enquanto a segunda pressupõe uma unidade econômica e jurídica sob estrutura empresarial, na qual são agrupados e coordenados os fatores materiais e humanos, inclusive de qualificação diferente dos titulares da sociedade, necessários à consecução dos objetivos sociais e ao desenvolvimento da atividade profissional e lucrativa. Nessa venda de serviços há um conjunto de operações características de empresa, pela atividade conjugada e indiscriminada dos seus elementos na realização dos objetivos sociais, as quais se configuram como operações de venda de produtos, bens, idéias ou serviços.

A mera exclusão do Simples, com base no objeto social discriminado no Instrumento contratual de constituição da pessoa jurídica e alterações, não é prova suficiente de exercício de atividade vedada de opção pelo Simples.

O ônus da prova, de que a recorrente prestou ou vem prestando serviços ou atividades vedadas de opção no SIMPLES, é do fisco, e não da contribuinte.

Nesse sentido, transcrevo precedentes deste Egrégio Conselho, *in verbis*:

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

Ano-calendário: 2006

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFETIVO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. PROVA.

A descrição no contrato social da empresa de atividade vedada aos optantes do Simples, quando desacompanhada de elementos que comprovem o exercício efetivo daquela atividade, não tem fôlego para embasar a exclusão da empresa daquele regime.(Acórdão nº 1402-000.501, Sessão de 31/03/2011).

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES. EXCLUSÃO. MÚLTIPLO OBJETO SOCIAL. ONUS PROBANDI.

Quando há mais de uma atividade econômica ou profissional incluída no objeto social do contribuinte, cabe ao Fisco a prova de que este efetivamente praticou alguma atividade vedada à opção da sistemática de tributação do SIMPLES, sendo impossível exigir prova negativa do contribuinte. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão 3º CC nº 302-39.986, Sessão de 13/11/2008).

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO.

Não havendo prova do efetivo exercício de atividade vedada, deve ser reconhecido o direito do contribuinte em permanecer na sistemática de tributação do SIMPLES. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão 3º CC nº 302-39.898, Sessão de 16/10/2008).

Por conseguinte, deve ser reformada a decisão recorrida, para considerar, desde o início, sem efeito a exclusão do Simples, mantendo-se a empresa nesse sistema de tributação.

Processo nº 10882.000614/2004-07
Acórdão n.º **1802-000.991**

S1-TE02
Fl. 6

Por tudo que foi exposto, voto para DAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel