



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10935.001096/2003-97  
Recurso nº : 130.826  
Acórdão nº : 303-33.308  
Sessão de : 21 de junho de 2006  
Recorrente : MG – GRAVAÇÕES E PRODUÇÕES LTDA.  
Recorrida : DRJ-CURITIBA/PR

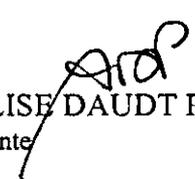
SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA. INTENÇÃO MANIFESTA. INCLUSÃO FORMAL RETROATIVA.

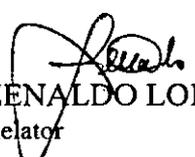
A administração tributária não trouxe aos autos nenhuma evidência de que a empresa praticasse efetivamente atividade impedida pelo SIMPLES. Desde a sua abertura a empresa comprovou que apresentou suas declarações e fez os recolhimentos de tributos naquela sistemática, o que caracteriza que sempre, desde o início de suas atividades, em 15/09/1997, teve a intenção de se enquadrar no SIMPLES.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
ANELISE DAUDT PRIETO  
Presidente

  
ZENALDO LOIBMAN  
Relator

Formalizado em: 20 JUL 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausente o Conselheiro Sérgio de Castro Neves. Presente o Procurador da Fazenda Nacional Leandro Felipe Bueno Tierno.

Processo nº : 10935.001096/2003-97  
Acórdão nº : 303-33.308

## RELATÓRIO

A empresa identificada em epígrafe solicitou, em 28.05.2003, sua inclusão no SIMPLES retroativa à data de início de suas atividades, em 09.1997, alegando que por algum motivo, independente de sua vontade, não se formalizou tal enquadramento na ocasião de sua inscrição no CNPJ, embora tenha indicado o código de evento correspondente à opção pelo SIMPLES (fls.02), e desde então apresenta suas declarações e faz os recolhimentos de tributos naquele regime conforme documentos anexos. Diz que a sua atividade econômica é de comércio varejista de discos e fitas.

Seu pedido foi indeferido pela DRF/Cascavel/PR sob a alegação de que apesar da interessada ter entregue suas declarações, e ter efetuado seus recolhimentos pelo SIMPLES desde a sua abertura, de não haver débitos em seu nome, e de aparentemente ter havido alguma incorreção na informação da FCPJ, o que permitiria a inclusão retroativa pretendida, caso não houvesse outros impedimentos. Percebe-se que a empresa foi cadastrada no CNPJ sob a natureza jurídica referente ao código "201-1- EMPRESA PÚBLICA" (fls.08), informação que apesar de ser estranha, sucede que não foi apresentada cópia do Contrato Social para conferência da natureza jurídica da empresa e das suas atividades principais e secundárias. O inciso VII do art.9º da Lei 9.317/96 determina que a natureza jurídica conforme foi cadastrado constitui impedimento ao enquadramento da empresa no SIMPLES. Por tal motivo a DRF indeferiu o pedido de inclusão retroativa.

Inconformada a interessada apresentou à DRJ/Curitiba a sua tempestiva impugnação ao despacho decisório proferido pela DRF nos termos postos às fls.20, com os anexos de fls.21/29, alegando principalmente que preencheu todos os quesitos para o pedido de inclusão no SIMPLES, porém não percebera que houve erro no preenchimento da FCPJ, no Quadro 04, campo 06 (Código da Natureza Jurídica), tendo constado o código 201-1, onde deveria ser o 206-2, portanto, houve mero erro de preenchimento, posto que a empresa jamais foi empresa pública, e sim uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada privada, conforme cópia do Contrato Social e Alteração em anexo.

Aduz que desde a sua constituição até a presente data a empresa vem atuando no ramo de comércio de aparelhos elétricos, eletrônicos, fitas e CD's, conforme comprovam o registro no cadastro municipal em anexo. A atividade secundária da empresa, de serviços a produção de fitas e CD's cinematográficos, musicais, filmagem, revelação, copiagem, corte montagem, mixagem, sonorização, para fins comerciais e industriais e de propaganda, constantes do Contrato Social e Alteração, em anexo, são pretensões futuras da empresa. Juntou, posteriormente, às fls.28/29, cópia do extrato cadastral da empresa para fins do ICMS, destacando seu registro com a atividade de comércio varejista de discos e fitas, CNAE fiscal 5242-

Processo nº : 10935.001096/2003-97  
Acórdão nº : 303-33.308

6/04, ativa como microempresa/SIMPLES. Faixa B com ISS. Com o que pede deferimento do seu pedido de inclusão retroativa.

A DRJ/Curitiba, por sua 2ª Turma de Julgamento, decidiu, por unanimidade, indeferir o pleito. As principais razões alegadas foram:

1. Em tese é possível a inclusão retroativa no SIMPLES desde que não haja impedimento legal pela atividade. A documentação juntada comprovou não se tratar de empresa pública, razão do indeferimento da solicitação pela DRF. No entanto o Contrato Social enumera atividades vedadas ao SIMPLES, tais como serviços de produção de fitas e CD's cinematográficos, musicais, filmagens, copiagem, corte, montagem, mixagem, sonorização para fins comerciais, industriais e de propaganda. Diz que não exerceu, nem exerce tais atividades, porém afirma ser sua intenção de fazê-las em data futura não especificada.

2. A documentação anexada às fls.25 e 28/29 atesta o registro da empresa em 19.11.1997 perante a Prefeitura de Cascavel, para alvará de licença com a atividade de comércio de aparelhos elétricos e eletrônicos de fitas, e, no no cadastro do ICMS estadual com o CNAE fiscal 5242-6 correspondente ao comércio varejista de discos e fitas.

3. Mas as atividades listadas no Contrato Social acima destacadas (item 1) são vedadas ao SIMPLES, por se tratar de gravação e editoração de imagens e de anúncios publicitários, vedada no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96. Ocorre que a documentação acostada não prova cabalmente que a empresa não executou tais atividades, mormente quando se verifica que as atividades declaradas ao município e ao estado são diferentes. Esse fato aliado à afirmação de pretender a empresa futuramente exercer as atividades vedadas, justificam a não admissão da interessada ao SIMPLES. Se a sua intenção é de somente em data futura e longínqua vir a exercer aquelas atividades vedadas, a atitude lógica é de efetuar a alteração do contrato social excluindo tais atividades do objeto social.

Irresignada com tal decisão, a interessada apresentou tempestivo recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, às fls.38/40, no qual além de rearticular as razões evocadas na impugnação reforça os seguintes aspectos:

a) somente em 2003, no momento da entrega da declaração do ano-base 2002 apresentou-se crítica na recepção indicando inexistência de cadastramento de algumas pessoas jurídicas como optantes do SIMPLES. Nunca antes soube que houvesse qualquer problema com sua inclusão no sistema. Sempre entregou suas declarações e fez seus recolhimentos pelo SIMPLES.

b) Os julgadores da DRJ não tiveram a suficiente consideração, tratando a ora recorrente com o mesmo rigor que mereceria talvez a empresa que não cumpra as suas obrigações para com o fisco. Mas a recorrente não agiu com má-fé, houve somente falha na elaboração do Contrato Social, no qual deveria constar

Processo nº : 10935.001096/2003-97  
Acórdão nº : 303-33.308

somente o ramo de atividade que realmente exerceria, e jamais informar ramos secundários que a empresa nunca exerceu, lapso que foi devidamente corrigido com a Segunda Alteração do Contrato Social em anexo.

Pede, pois, que o Conselho reconheça seu direito de inclusão retroativa ao SIMPLES.

É o relatório.



Processo nº : 10935.001096/2003-97  
Acórdão nº : 303-33.308

## VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

A matéria tratada neste processo é da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes, o recurso foi tempestivamente apresentado, estando cumpridos os requisitos para a admissibilidade do recurso voluntário.

Este processo é quase kafkiano, no mínimo, demonstra uma tal má vontade com o contribuinte, e de outro lado, uma inapetência por realizar serviço de auditoria, de fiscalização que são da absoluta competência da SRF.

A DRF/Cascavel, apesar de constatar que havia declarações IRPJ regulares e sucessivas da empresa desde sua constituição e inscrição no CNPJ, bem como recolhimentos, tudo na sistemática do SIMPLES, sem qualquer esforço, sem nem ao menos solicitar a apresentação eventual de documentos, notas fiscais de serviços, livros fiscais, além do contrato social, entendeu que devia opor óbice à inclusão formal da requerente porque estava a mesma cadastrada na SRF com o código de empresa pública. Até se disse no despacho decisório de fls.15/17 que essa natureza jurídica era estranha, mas mesmo assim sem nenhum esforço de verificação, nem que fosse pela via da intimação a que o contribuinte apresentasse explicações, sumariamente indeferiu o pedido.

Na etapa seguinte, já na DRJ, esta de plano percebeu pelos documentos juntados o absurdo de se atribuir à interessada a natureza de “empresa pública”. Resolveram, então, os ilustres julgadores da instância a quo indeferir o pedido por razão distinta da inicialmente alegada pela DRF

Embora desde a impugnação a interessada tenha destacado que sua atividade se resumia a comércio varejista de discos e fitas, e que todas as outras atividades que listara como objetivos sociais apenas traduziam uma pretensão futura, a decisão recorrida se limitou a considerar que os documentos juntados não eram capazes de garantir que não houve exercício daquelas atividades pretendidas só no futuro, e que por sua descrição revelavam atividades vedadas ao SIMPLES. Portanto, os ilustres julgadores da DRJ pretenderam exigir da ora recorrente a realização da chamada prova impossível, ou seja, prova negativa, prova de que não faz.

No caso, para poder manter a posição de não admitir o reconhecimento formal da inclusão da interessada no SIMPLES, incumbia ao fisco provar que, ao contrário do que afirmara a requerente, e além da atividade documentalmente comprovada pela empresa como efetivamente exercida, a interessada praticasse de fato atividade vedada ao sistema simplificado. De forma alguma a mera menção no Contrato Social de atividade em tese vedada ao SIMPLES pode servir de real obstáculo à inscrição no Programa SIMPLES se a atividade

Processo nº : 10935.001096/2003-97  
Acórdão nº : 303-33.308

empresarial exercida for permitida e diversa daquela apenas citada no contrato social como uma intenção futura.

Interpretar a lei é tarefa complexa, inexata e requer, sobretudo, a reunião do maior número de informações possível, para sustentar uma conclusão que seja lógica e defensável.

Com todo respeito, a mim parece muito pouco pretender fundamentar uma decisão com a gravidade de impedir acesso de uma empresa ao Programa SIMPLES, por mera e cega obediência a textos abstratos, sejam de lei abstrata e geral, seja norma de cunho declaratório, como no caso dos ADN's COSIT. É imprescindível confrontar o caso concreto, sempre que possível com suporte em observação direta da atividade por parte de equipe de fiscalização, de modo a aferir a natureza do serviço prestado.

Seria de se esperar, por prudência, que a repartição de origem no seu trabalho corriqueiro, antes de pretender um fato grave como é a exclusão, ou o impedimento de uma microempresa/ou empresa de pequeno porte do Programa SIMPLES que, pelo menos, verificasse principalmente no Livro de Prestação de Serviços, nas Notas Fiscais de Serviços, com diligência ao local da prestação do serviço, qual de fato é a natureza dos serviços realizados, para se for o caso poder caracterizar, conforme parece apenas supor a administração tributária, a prática de alguma atividade de fato impedida ao SIMPLES.

Ademais, diante da alegação da interessada, ainda na fase de impugnação, de que apesar de constar no Contrato Social, a previsão de atividades que chamou de secundárias, que não exerceu, nem exerce efetivamente, parece que a DRJ nem nenhuma sustentação probatória pretendeu dizer o contrário, e tornando aí sim a sua conclusão um absurdo lógico, posto que, conforme já explicitamos, exigiria a realização de prova impossível pelo contribuinte.

É claro que se houvesse no processo qualquer evidência de que a atividade efetivamente desenvolvida pela empresa abrangesse atividade impedida, por exemplo, uma daquelas meramente descritas no contrato social e ligadas a editoração de imagens para fins de propaganda, então restaria caracterizada razão impeditiva ao sistema SIMPLES.

No entanto o que se verifica, é que a motivação apresentada na decisão recorrida para estabelecer impedimento ao SIMPLES se restringiu a mera desconfiança de que as atividades que o contribuinte afirmou que seriam apenas uma pretensão futura, e efetivamente não exercidas, assim não fosse. Mas tal conclusão não se assentou em nenhuma prova ou evidência material.

A se aceitar uma alegação de impedimento à opção pelo SIMPLES, com tal ausência de embasamento, seria equivalente a assumir a dispensabilidade de

Processo nº : 10935.001096/2003-97  
Acórdão nº : 303-33.308

trabalho de fiscalização, seria admitir a condenação sem provas, seria dar seqüência a uma interpretação defeituosa da lei, e aqui não há de se defender nada disso.

Na dúvida, não se pode assentir com um ato administrativo da gravidade de impedir acesso ao Programa SIMPLES. Não se demonstrou o menor grau de certeza quanto à suposição engendrada na decisão recorrida, O processo denuncia falta de investigação fiscal, a autoridade tributária não se sustentou em provas factuais quanto ao motivo do pretendido impedimento de acesso ao SIMPLES.

Acrescenta-se, por oportuno, que o exercício de atividade vedada, ainda que em conjunto com outras atividades permitidas, já seria razão suficiente para justificar a exclusão da empresa da sistemática do SIMPLES.

Porém, no caso concreto, a mera suposição quanto a um motivo de exclusão não restou minimamente caracterizada.

De qualquer forma, na fase recursal, a interessada parecendo pretender atender à exigência da decisão recorrida, promoveu em 29.07.2004 a Segunda Alteração no Contrato Social, alterando especialmente seu objeto social para que ali constasse tão-somente como objeto social o comércio varejista de aparelhos elétricos, eletrônicos de fitas e CD para vídeo e música.

Por outro lado, este processo, em verdade, teve início com o pedido da ora recorrente de inclusão formal no SIMPLES, retroativa à data de início de suas atividades em setembro/1997, porque descobrira por acaso, que não estava constando como optante, embora tenha juntado cópia da FCPJ com a designação do código 301 de opção pelo SIMPLES e, ademais, desde a sua abertura a empresa comprovou que apresentou suas declarações e fez os recolhimentos de tributos naquela sistemática, o que caracteriza que sempre, desde o início, teve a intenção de se enquadrar no SIMPLES.

Pelo exposto, por entender que não ficou nos autos caracterizado a evidência de nenhum real impedimento legal à opção do SIMPLES em face da atividade descrita pela recorrente, voto por dar provimento ao recurso, para reconhecer o direito de inclusão no SIMPLES retroativa à data de sua constituição em 15.09.1997.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2006.

  
ZENALDO LOIBMAN - Relator