



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

Processo nº 10945.011453/2004-97
Recurso nº 141.917 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.074 – 3ª Turma Especial
Sessão de 18 de maio de 2009
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente WOLF PROCESSAMENTO CONTÁBIL LTDA.
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

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

Ano-calendário: 2002

PRELIMINAR. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. DESNECESSÁRIA MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO CONTRIBUINTE.

Resta incólume o procedimento que, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, assegura o contraditório e a ampla defesa, sendo desnecessária a manifestação prévia do contribuinte.

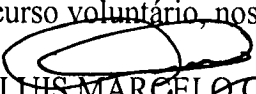
SIMPLES. EXCLUSÃO. CONTADOR

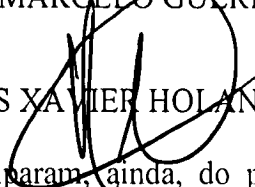
A prestação de serviços de contador impede a opção pelo Simples.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.


LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Presidente


REGIS XAVIER HOLANDA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros André Luiz Bonat Cordeiro e Jorge Higashino.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por Wolf Processamento Contábil Ltda. contra Acórdão nº 06-16.719, de 31 de janeiro de 2008 (fls. 177 a 181), proferido pela 2ª Turma da DRJ-Curitiba/PR, que indeferiu solicitação da empresa que impugnava sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório integrante da decisão recorrida que transcrevo a seguir:

“A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório de fl.68, de 27 de abril de 2005, de emissão do Delegado da Receita Federal em Foz do Iguaçu-PR, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeitos a partir de 01/01/2002, informando como causa o exercício de atividade vedada, qual seja a atividade de contador, conforme previsto no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996.

A empresa manifestou-se contrariamente ao procedimento, apresentando a manifestação de inconformidade de fls.70 a 91, onde afirma que teria deixado de ser observado o devido processo legal, uma vez que não foi chamada a apresentar provas antes da emissão do ato de exclusão, o que o torna nulo; que sua atividade sempre foi de processamento de dados contábeis/ comerciais e encadernações e, tenta descaracterizar as provas juntadas pela autoridade fiscal. Contesta a exclusão ao argumento de que a mesma não observou o princípio da proporcionalidade e afirma que a autoridade fiscal deu interpretação extensiva à letra da norma, quando no direito tributário vigora o princípio da legalidade estrita. Ao final pede a anulação do ato que determinou sua exclusão ao Simples. Juntou aos autos os documentos de fls. 92 a 173.”

A DRJ não acolheu as alegações do contribuinte e manteve a sua exclusão do Simples em acórdão com a seguinte ementa:

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do procedimento fiscal, quando comprovado que não houve cerceamento do direito de defesa, e foram cumpridos os demais requisitos previstos no Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235, de 1972).

ATO DE EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO CONTRIBUINTE.

Desnecessária, para a validade do ato declaratório de exclusão do Simples, a prévia manifestação do contribuinte. Descabida,



portanto, a alegação de cerceamento no exercício do direito de defesa.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão do Simples surtirá efeito a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do art. 14 da Lei 9.317/1996.

EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

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

Cientificado do referido acórdão em 19 de fevereiro de 2008 (fl. 184), o interessado apresentou, em 17 de março de 2008, recurso voluntário (fls. 185 a 208) pleiteando a reforma do *decisum* e reafirmando seus argumentos apresentados à DRJ.

Registra ainda que se aplicaria ao presente caso a Lei Complementar nº 123/06 de forma retroativa benigna.

Por fim, aponta que, como a atividade exercida não é a de contador, mas sim o processamento de dados, a digitação e encadernações, não se configurou a norma do art. 14 da Lei nº 9.317/96 que trata da exclusão de ofício.

É o relatório.



Voto

Conselheiro REGIS XAVIER HOLANDA, Relator

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário tempestivamente interposto pelo contribuinte.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

A preliminar de nulidade levantada pela recorrente referente à alegada violação ao princípio do devido processo legal - por não ter sido instada a se defender antes da emissão do ato de exclusão – não merece prosperar.

O Decreto nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, relaciona em seu art. 59 as situações de nulidade, *verbis*:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

.....” Negrito apostro.

O exercício do direito de defesa, no caso de exclusão do Simples, dar-se-á na forma estipulada pelo art. 15, §3º da Lei nº 9.317/96:

“ Art. 15.

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.” (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Ora, a legislação relativa ao processo tributário administrativo foi fielmente observada pela autoridade fiscal, oportunizando-se ao contribuinte o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Vê-se que o contribuinte juntou farta documentação aos presentes autos – até mesmo em momento anterior à lavratura do Ato Declaratório de Exclusão – e apresentou argumentação robusta, seja por ocasião da impugnação inicial, seja no presente recurso voluntário.

Dessa forma, rejeito a presente preliminar.

DO MÉRITO

A exclusão da recorrente do Simples ocorreu devido ao exercício de atividade de *contador* nos termos do art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96:

“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;”
(negritei)

No presente caso, o instrumento de adequação e consolidação do contrato social da empresa (fls. 04 a 08) - que tem um dos sócios como contador (fl. 01) -, de 06 de novembro de 2003 (registrado na Junta Comercial em 20/11/03), traz como atividade econômica “serviços de processamento de dados contábeis e comerciais, digitações e encadernações.”

As notas fiscais acostadas aos autos (fls. 09 a 28), a partir de algumas indicações do serviço de digitação contábil, trazem em sua grande maioria a seguinte descrição genérica no campo discriminação dos serviços: *“serviços prestados”*.

Como boa parte destes serviços foram prestados às empresas Auto Posto Morenitas Ltda e Assemil – Assessoria Empresarial, a autoridade fiscal houve por bem intimá-las para apresentar informações detalhadas sobre o tipo de serviço prestado pela ora recorrente.

A empresa Auto Posto Morenitas Ltda. informou que “esses serviços eram de digitação e não de serviços contábeis” (fl. 51).

Já a empresa Assemil esclareceu que “o tipo de serviço prestado pela empresa Wolf Processamento Contábil Ltda. é de levantamento e digitação das planilhas de créditos e ou débitos do INSS e União Federal junto aos clientes da empresa Assemil e que tenham sua sede na cidade de Foz do Iguaçu e outras regiões” (fl. 55)

Ademais, as planilhas e DARF’s juntados aos autos (fls. 108 a 172) não parecem - como deseja a recorrente – simples serviços de digitação. Tratam as mesmas de cálculos de possíveis créditos existentes de FINSOCIAL e PIS, o que denota atividade própria de contador (ou ao menos assemelhada).

Por fim, a cópia de catálogo telefônico acostada a fls. 38 traz referência à ora recorrente na seção *Escritórios de Contabilidade*.

Assim, também não merecem acolhida as alegações de violação aos princípios da proporcionalidade e da legalidade estrita uma vez caracterizado o exercício de atividade vedada pelo sistema simplificado.



Dessa forma, como a atividade exercida é a de contador, correta a aplicação do art. 14 da Lei nº 9.317/96 que trata da exclusão de ofício.

Noutro giro, em referência à solicitada aplicação da Lei Complementar nº 123/06, anteriormente sustentávamos que haveria aplicação retroativa desse diploma legal. Melhor examinando o assunto e sobretudo diante da sistemática adotada por essa lei complementar, reconsideramos o pensamento anterior para concluir que, de fato, não cabe sua aplicação a atos ou fatos pretéritos.

Neste ponto, me filio à tese exposta pelo i. Conselheiro Celso Lopes Pereira Neto, em declaração de voto constante do acórdão nº 303-35.639, de 11 de setembro de 2008, da então 3ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (RV nº 137.660), consoante argumentos a seguir lançados.

A Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, do Comitê Gestor do “Simples Nacional”, prevê a migração automática para o Regime da Lei Complementar nº 123 de todos que estavam incluídos na sistemática da Lei nº 9.317/96, não havendo necessidade de formalização expressa para a opção.

A ressalva à migração automática seria apenas para aquelas empresas que estivessem impedidas de optar pelo novo regime. Vejamos:

“Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

§ 1º Para fins da opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.

(...)”(grifei)

No entanto, essa medida foi tomada apenas para evitar todo um trâmite burocrático que sobrecarregaria as empresas e a administração pública, o que seria contra o objetivo do regime simplificado. Ou seja, a inércia da empresa regularmente optante pelo regime da Lei nº 9.317/96 levá-la-ia à inclusão no novo regime da Lei Complementar nº 123, tendo que expressar a sua vontade apenas no caso de não querer ser incluída na nova sistemática.

No entanto, o § 9º, desse mesmo artigo 18 da Resolução CGSN nº 04, deixa claro que não se convalidaram situações em que a empresa estava irregularmente inscrita na sistemática anterior. Se ela incorresse em situação excludente ou exercia atividade vedada pela sistemática anterior e que não fosse vedada pela nova, seria excluída retroativamente do regime da Lei nº 9.317/96, mas isso não prejudicaria sua opção tácita pelo novo regime. Vejamos a redação desse parágrafo:



Resolução CGSN nº 04

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (Redução dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

(...)

§ 9º Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.

(...)(grifei)

Com efeito, o que temos são dois regimes distintos, aquele da Lei nº 9.317/1996 (Regime Simples da União) e o da Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional).

Inclusive, o Art. 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da CF/88, prevê que os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição, deixando claro que não se trata de uma simples modificação dos regimes anteriores, mas um novo regime nacional, de observância obrigatória por todas as esferas governamentais.

Sendo regimes distintos, têm condições de enquadramento diferentes. A meu ver, não se pode considerar que o fato de não atender os requisitos e condições para optar por qualquer desses regimes especiais simplificados, constitua-se em infração. Portanto, não haveria sentido em aplicar-se, à espécie, o art. 106, II do CTN.

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao presente recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2009.

REGIS XAVIER HOLANDA - Relator

