



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 13116.000840/2004-59
Recurso nº : 133.620
Acórdão nº : 303-33.140
Sessão de : 27 de abril de 2006
Recorrente : MARÍLIA DE ARAÚJO MOTA
Recorrida : DRJ/BRASÍLIA/DF

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. Comprovada a intenção do contribuinte em aderir ao sistema, por meio de recolhimento de tributos em Darf-Simples e apresentação de Declarações Anuais Simplificadas, a opção há que ser retificada de ofício, nos termos do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16/02.

SIMPLES. OPÇÃO. A norma excludente de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, quanto ao exercício de uma das atividades econômicas relacionadas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317/96, ou atividade assemelhada a uma delas, ou, ainda, qualquer atividade cujo exercício haja exigência legal de habilitação profissional, tem seu limite de interpretação. Ao se verificar que a semelhança não se dá por completo, há que ser considerada válida a opção do contribuinte.

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

MILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em: 30 MAI 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa e Tarásio Campelo Borges.

RELATÓRIO

O contribuinte, por intermédio deste processo, tem como objetivo pedido de formalização da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, , com efeito retroativo, de acordo com os seguintes argumentos:

(i) a requerente é pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de microempresa, tendo por finalidade desenvolver a atividade de computação e editoração gráfica em geral;

(ii) a empresa teve início em 12 de novembro de 1998, sendo enquadrada no Estatuto de Microempresa (Lei nº 7.256/84), solicitou o seu registro no CNPJ/SRF em 13 de dezembro de 1999, e desde o começo mostrou intenção de optar pelo SIMPLES, conforme se infere no campo nº 07 –“Porte da Empresa” – da Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica – FCPJ, e do Enquadramento de Microempresas;

(iii) desde seu primeiro faturamento (maio de 2000, pois permaneceu inativa nos anos de 1998 e 1999), a requerente vem efetuando recolhimento de seus impostos e contribuições federais pelo SIMPLES, conforme se infere do inclusos DARF's, onde se extrai o código de recolhimento 6106;

(iv) através dos comprovantes de recolhimento, emitidos pela própria SRF, observa-se a seguinte declaração: “Comprovamos, que consta nos arquivos da Secretaria da Receita Federal, documento de arrecadação do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DARF-SIMPLES), com as características abaixo:”, a própria SRF a enquadra como optante pelo SIMPLES muito embora a mesma não tenha formalizado a opção pelo SIMPLES;

(v) no ano de 2003 ao tentar entregar sua declaração de imposto de renda, a requerente deparou-se com a negativa por parte da Receita Federal em recebê-la, alegando tratar-se de empresa não optante do SIMPLES, diante do exposto supracitado, a empresa constatou que o contador não formalizara a sua opção pelo sistema de recolhimento do Simples, embora estivesse recolhendo das suas exações como tal, sem nenhum questionamento da SRF;

(vi) o Parecer COSIT nº 60 de 13 de outubro de 1999, que permite a inclusão de ofício no sistema simplificado quando verificado a intenção do contribuinte aderir ao SIMPLES.

Face ao exposto, o contribuinte requer seja aceito o pedido de formalização da opção pelo SIMPLES, com efeito retroativo, bem como seja aceita a declaração de Imposto de Renda referente ao ano de 2003, na forma simplificada, sem

Processo nº : 13116.000840/2004-59
Acórdão nº : 303-33.140

o pagamento da multa pela entrega em atraso e, alternativamente, que seja aceita a entrega da declaração IR/2003, na forma simplificada, com o pagamento da multa pela entrega em atraso.

Para corroborar seus argumentos faz uso de jurisprudência do 3º Conselho Contribuinte, bem como do inciso III, art. 100 do CTN.

A formalização do pedido para optar pelo Sistema Integrado de Pagamento e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, foi indeferido pela DRF-ANÁPOLIS, através do Despacho Decisório de fls. 89/90, haja vista que a empresa apresenta débito inscrito na Dívida Ativa da União e exercício de atividade vedada.

Intimada da decisão, a empresa apresentou tempestivo Manifesto de Inconformidade de fls.92/102 e juntou documentos de fls. 103 e 104.

Assevera que, no presente caso, o exercício de ampla defesa e do contraditório, restou prejudicado frente à ausência de motivação de parte da decisão administrativa ora recorrida, que ao indeferir o pedido do contribuinte não identificou em qual vedação legal incorreria a atividade exercida pela recorrente.

Afirma que é de fácil constatação a prática reiteradamente observada pela autoridade administrativa, no sentido de admitir a forma de recolhimento observada pela Recorrente, sem qualquer oposição, bem como se refere à forma de entrega das Declarações de IR desde a constituição da empresa, sendo este o entendimento expressado através de julgados do Terceiro Conselho de Contribuintes (Rec. 124.484 e 124.812), bem como através da Consulta nº 143.

A atividade da Recorrente consiste na “editoração e computação gráfica em geral”, sendo que a lei nº 9.317/96 em seu art. 9º, não veda a atividade de editoração e computação gráfica, é no mesmo sentido o entendimento do 2º Conselho de Contribuintes.

De acordo com o inciso II, art. 5º da CF, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e no presente caso a lei não proíbe, portanto, subtende-se a legalidade da Lei nº 9.317/96.

Ao tomar ciência da pendência de débitos pela decisão recorrida, a recorrente compareceu à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, requerendo o levantamento da dívida, sendo que, de imediato à constatação procedeu ao recolhimento do débito, cumprindo o disposto no § 7º, art. 22, da IN nº250/2002, extinguindo o elemento impeditivo de sua inclusão no SIMPLES, conforme entendimento exarado em julgados do Terceiro Conselho de Contribuintes (Rec. 124.557 e 124.678).

Frente ao aludido, assevera que não há mais o impeditivo apresentado na decisão ora recorrida, portanto, reitera seus pedidos precedentes.

Processo nº : 13116.000840/2004-59
Acórdão nº : 303-33.140

Às fls. 103 consta DARF-PGFN, recolhida em 30/12/2004.

A Informação DRJ/BSA/4ª Turma (fls. 106/107) constatou que os argumentos da empresa são procedentes, sugerindo à autoridade administrativa rever seu Despacho Decisório, mesmo porque esta admite que a atividade vedada decorre de erro na escolha do Código de Atividade ao solicitar que o corrija no cadastro CNPJ, já quanto ao débito de dívida ativa foi liquidado em 07/12/2004, dentro do prazo da Instrução Normativa SRF.

Os autos foram encaminhados para DRF-GOIÂNIA, a fim de serem novamente apreciados os argumentos do contribuinte, a qual decidiu por não incluir a contribuinte no SIMPLES, devido exercício de atividade própria de profissão, cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida (publicitário, jornalista, programador, analista de sistema) ou assemelhada.

Face ao despacho decisório da Delegacia da Receita Federal a Recorrente apresenta aditamento de seu Manifesto de Inconformidade às fls.113/116 e documentos de 117/120, onde aduz o que segue:

A fiscalização indeferiu o pleito de inclusão retroativa no SIMPLES por entender que a atividade de “computação e editoração gráfica em geral” estaria abraçada pela vedação constante no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96 e do inciso XII do art. 20 da INSRF nº355/03, só que na Lei nº 9.317, como visto anteriormente, não veda em seu art. 9º a atividade de editoração e computação gráfica, menciona, simplesmente, a atividade de analista de sistema e programador.

O art. 112 do CTN dispõe a respeito do benefício da dúvida do qual a Recorrente deve ser agraciada, uma vez que os dispositivos legais do direito devem ser interpretados literalmente.

A inclusão no SIMPLES não pode ser vedada às pessoas que tiram proveito da atividade de computação e edição gráfica, já que a profissão não é regulamentada e nem mesmo possuem um Conselho, podendo ser exercidas por quaisquer técnicos ou mesmos leigos autodidatas. Portanto, não se pode dizer que as pessoas que trabalham com informática são analistas ou programadores, aduzindo, ainda, que não desenvolve programas de computação, e sim, vale-se dos mesmos para desenvolver suas atividades de editoração gráfica.

Transcreve ementa de acórdão do Segundo Conselho de Contribuintes a respeito (Rec. 114.514).

Ante ao exposto, requer seja reformada a decisão ora recorrida, bem como o presente aditamento recebido e acrescido às razões já expostas no manifesto de inconformidade, cujos termos e pedidos ora se reitera e pede provimento.

Anexa inteiro teor do Recurso Especial nº 488441/RS.

Processo nº : 13116.000840/2004-59
Acórdão nº : 303-33.140

Remetidos os autos a Delegacia da Receita Federal de Julgamento, esta indeferiu o pleito da Recorrente, sob a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2000

Ementa: Inclusão no Simples – Atividade Econômica não Permitida

A pessoa jurídica que presta serviço de computação e editoração gráfica, não pode optar pelo Simples, dado que exerce atividades assemelhadas aos de analista de sistema, de programador e de publicitário.

Solicitação Indeferida”

Irresignado com a decisão, interpõe tempestivo Recurso Voluntário de fls. 128/138, reiterando todos seus fundamentos, argumentos e pedidos, além de aduzir, preliminarmente, que a prefacial de nulidade de 1ª instância, por ausência de fundamentação, não foi apreciada pela DRJ/Brasília-DF, representando supressão de instância, já que não foi motivada.

Ao considerar as atividades de computação e editoração gráficas como assemelhadas às atividades de analista de sistema, programador e publicitário, os r. julgadores *a quo* assumiram a função do Poder Legislativo, ferindo o disposto no art. 2º e 22, inciso I, da CF.

De acordo com o art.110 do CTN, a norma tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado para limiar competências tributárias, assim, não há de se falar em assemelhadas, mas de atividades vedadas.

É cediço que a atividade de publicidade possui legislação própria, a Lei nº 4.680/65, regulamentada pelo Decreto 57.690/66, portanto, não há como se equiparar com analista de sistemas, programador, computação ou editoração gráfica.

A computação e editoração gráfica apenas fazem uso dos programas elaborados pelo programador e pelo analista de sistemas para desenvolver suas atividades, não se trata de criação de softwares com fim comercial, mas de utilização para promover a edição gráfica, tal como o Contador utiliza-se do Excel, como o advogado utiliza-se do Word.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da

Processo nº : 13116.000840/2004-59
Acórdão nº : 303-33.140

Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 140, última.

É o relatório.



Processo nº : 13116.000840/2004-59
Acórdão nº : 303-33.140

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Apurado estarem presentes e cumpridos os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Eg. Conselho de Contribuintes.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à possibilidade de opção retroativa da recorrente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, noticiando o contribuinte que desde a sua constituição manifestou a sua intenção de optar pelo Sistema.

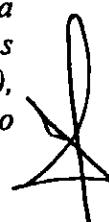
Acreditando preencher todos os requisitos necessários para tanto, até pelo fato da informação constante do campo nº 07 da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica, bem como do enquadramento como microempresa, a Recorrente apresentou Declarações Anuais Simplificadas e efetuou recolhimento de tributos por meio de DARF-Simples, como comprovam os documentos acostados aos autos.

Tomemos como premissa que a Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, dispõe em seu artigo 8º, que a opção pelo sistema se daria mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC/MF.

Note-se que a Recorrente procedeu como se enquadrada estivesse, já que apresentou Declarações Simplificadas e efetuou recolhimentos por meio de DARF-Simples.

Neste contexto, ressalto que a Secretaria da Receita Federal, por meio de Ato Declaratório Interpretativo, dispôs acerca da Retificação de Ofício da opção pelo Simples, por parte da autoridade fiscal, em casos em que restar comprovado ter ocorrido erro de fato, nos seguintes termos:

Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002
"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."



Processo nº : 13116.000840/2004-59
Acórdão nº : 303-33.140

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."

No caso, demonstra-se a ocorrência de erro de fato, tendo o contribuinte comprovado sua intenção em aderir ao Simples, por meio pagamentos em Darf-Simples e apresentação de Declaração Anual Simplificada.

Desta feita, entendo que é direito do contribuinte seu ingresso retroativo no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Com efeito, sua inclusão retroativa foi indeferida pela decisão *a quo*, sob o fundamento de que suas atividades encontram-se dentre as vedadas à opção pelo referido sistema.

Analisando a norma, temos que, com fundamento no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, estão vedadas à opção as pessoas jurídicas, que:

"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;**" (*grifos acrescidos ao original*)

De plano, é de se reconhecer que a norma relaciona diversas profissões cujas características intrínsecas da prestação de serviço implicam o caráter pessoal da atividade. Ocorre que ao colacionar também os a elas assemelhados, outorga à pessoa jurídica a característica do profissional.

A interpretação da norma não pode cingir-se a uma mera interpretação gramatical, de modo que o vocábulo restrinja-se a atividade pessoal do profissional. Não poderia ser desta forma, mesmo porque o que visa a norma não é a profissão em si, mas a atividade de prestação de serviços que é desempenhada pela pessoa jurídica. Aliás, a pessoa jurídica é que é o objeto do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES.

Resta claro que o legislador elegeu a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica como excludente da concessão do tratamento privilegiado do SIMPLES. Tal classificação não considerou o porte econômico do contribuinte, mas sim a atividade exercida pelo contribuinte. Portanto, indiferente os

critérios quantitativos de faturamento ou receita da pessoa jurídica que tem como atividade uma das elencadas no dispositivo legal.

Observa-se que, de um lado, a norma relaciona as atividades excluídas do Sistema e adiciona a elas os *assemelhados*, ou seja, pelo conectivo lógico incluente “ou” classifica na mesma situação aquelas pessoas jurídicas que tenham por objeto social assemelhado a uma das atividades econômicas eleitas pela norma.

Entendo oportuna a colocação feita pelo Eminent Conselheiro Antonio Carlos Bueno Ribeiro, em voto que lastreou o Acórdão nº. 202-12.036, de 12 de abril de 2000, ao asseverar que: “o referencial para a exclusão do direito ao SIMPLES é a identificação ou semelhança da natureza de serviços prestados pela pessoa jurídica com o que é típico das profissões ali relacionadas, independentemente da qualificação ou habilitação legal dos profissionais que efetivamente prestam o serviço e a espécie de vínculo que mantenham com a pessoa jurídica. Igualmente correto o entendimento de que o exercício concomitante de outras atividades econômicas pela pessoa jurídica não a coloca a salvo do dispositivo em comento.”

Não obstante, de plano, é de se reconhecer que, ainda admitamos que a interpretação das normas atinentes ao SIMPLES seja restritiva em relação à possibilidade de opção e extensiva em relação às atividades elencadas nas exclusões, não vejo, neste caso, como as disposições do art. 9º da Lei nº. 9.317/96, possam ser aplicadas.

Não se trata, efetivamente, de atividade assemelhada à de programação, análise de sistemas ou publicitário, como pretende a decisão monocrática, pois as atividades de editoração e computação gráfica não se confundem com aquelas, nas quais há “criação”.

Mesmo porque, a empresa-contribuinte não necessaria de funcionários qualificados a prestarem as atividades impeditivas à opção, não havendo motivos para considerá-los “equiparados” aos profissionais elencados pela norma impeditiva.

No presente caso, trata-se de empresa que se dedica à atividade de “editoração e computação gráfica”, aqui entendido, não existindo processo criativo de softwares, mas de utilização destes para promover a computação e editoração gráfica, para os quais, não podemos vislumbrar a necessidade de habilitação técnica, nem tão pouco seja a mesma assemelhada a de publicitário, programador ou analista de sistemas.

Tenho para mim que o limite do termo “assemelhados” do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317/96, encontra seu limite no conteúdo valorativo da atividade, ou seja, não se pode tomar uma parte para designar o todo.

Portanto, como, no meu entendimento, as provas trazidas aos autos demonstram que a atividade desenvolvida pela ora recorrente não está dentre as

Processo nº : 13116.000840/2004-59
Acórdão nº : 303-33.140

eleitas pelo legislador como excluídas da possibilidade de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário, a fim de que seja garantido ao contribuinte o direito de opção retroativa ao sistema.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2006


NILTON LUÍZ BARTOLI Relator