



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	13706.003700/2003-10
Recurso nº	136.396 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	302-38.980
Sessão de	13 de setembro de 2007
Recorrente	LP PROJETOS E PESQUISAS CIENTÍFICAS LTDA.
Recorrida	DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES EXCLUSÃO

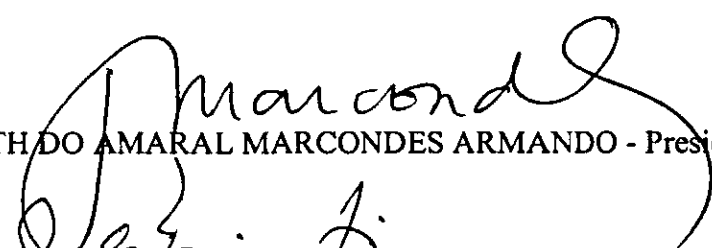
As atividades de prestação de serviços de pesquisa e
desenvolvimento das ciências físicas e naturais
impedem a opção pelo SIMPLES.

Os efeitos da exclusão podem ser retroativos nos
termos da legislação de regência.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso,
nos termos do voto do relator.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Corinθο Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Paula Cintra de Azevedo Aragão.

Relatório

Transcrevo a descrição dos fatos feita no Relatório elaborado pela DRJ, por bem e sucintamente descrevê-los.

“Conforme SRS a fls. 2, com ciência do interessado em 29/10/2004 (fl. 2), a Autoridade Lançadora indeferiu a impugnação do interessado ao Ato Declaratório Derat/RJO n.º 450.089 (fl. 4), que excluiu o interessado Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002, na forma dos artigos 15 e 16 da Lei 9.317/1996 e alterações posteriores, sob o fundamento de atividade econômica (inscrito no CNPJ sob o código 7310-5/00 Pesquisa e desenvolvimento das ciências físicas e naturais) vedada pelo art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

O interessado apresentou, em 30/11/2004, a impugnação de fls. 15/19. Na referida peça alega, em síntese, que:

- em que pese constar de seu Contrato Social a atividade de pesquisa científica, suas atividades não dependem de qualquer habilitação profissional autorizada por lei;

- a atividade exercida é a de supervisão sobre atos profissionais executados por operários fabris.”

O Acórdão 10.321 da 3ª Turma da DRJ/RJO, de 07/04/2006 (fls. 21/23) manteve o lançamento por entender a atividade constante do contrato social como vedada.

Reproduzo a seguir passagens da fundamentação desse decisum.

“Na peça de defesa, o interessado alega que, em que pese constar de seu Contrato Social a atividade de pesquisa científica, suas atividades não dependem de qualquer habilitação profissional autorizada por lei.

Segundo o Contrato Social (fl. 5), o interessado tem por objetivo “a organização de cursos, pesquisa científica, projetos e assessoria no ramo de farmacologia e terapêutica por conta própria”.

- *A adequação do Contrato Social é dever da pessoa jurídica. O Contrato Social traz a presunção de que a pessoa jurídica está apta a praticar as atividades inseridas no objeto social, sendo ônus do interessado a prova em sentido contrário.”*
- *Em recurso tempestivo de fls. 25/26 que leio em Sessão, repete as alegações antes trazidas e acrescenta que a própria repartição examinou e constatou essa sua atividade quando da inscrição no Sistema e admitiu sua opção. Esse seria o momento para alegar a vedação. Como não o foi, somente caberia a vedação posterior mediante “prova de exercício efetivo de atividade inadequada” a partir de quando deveria ser estabelecida a data da exclusão do Simples, e não retroativamente a partir de 01/01/2002.*
- *A representação processual é adequada, firmada pela própria Recte..*

4

Este Processo foi distribuído a este Relator conforme documento de fls. 32, nada mais existindo nos Autos a respeito do litígio.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Relator

O Recurso reúne as condições de admissibilidade portanto dele conheço.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à exclusão da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com fundamento no inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, que veda a opção à pessoa jurídica que:

“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;”

Não resta dúvida de que foi correta a exclusão, estribada na legislação então vigente.

Por não ser matéria de competência do processo administrativo fiscal, deixo de me manifestar sobre a natureza da atividade desenvolvida pela recorrente.

O Estatuto da Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar 123, de 14/12/2006, já em vigor, conforme estatui seu art. 88, assim reza em seu art. 17:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

.....
XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;”

✓

Veja-se, ainda, o que dispõe o §2º desse mesmo artigo:

"Poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no caput deste artigo."

Acompanho o entendimento estampado pela DRJ quanto à "consequência inarredável do amplo alcance da vontade normativa em exame, então, é que, no universo de profissões que se antagonizam com o Simples, a tônica da incompatibilização poderá ser buscada quer na denominação da profissão, quer no fato de esta ter sido regulamentada em lei ou decreto federal, quer na natureza do serviço profissional efetivamente prestado."

De outra parte, a adequação do estatuto social é obrigação do interessado. O Contrato Social, afirma a decisão de primeira instância, "traz a presunção de que a pessoa jurídica está apta a praticar as atividades inseridas no objeto social, sendo ônus do interessado a prova em sentido contrário.

A efetividade da prestação de serviços é que deve ser o valor prevalente, ou seja, ainda que no Contrato Social figurasse cláusula prevendo atividades vedadas, se comprovado, por outros meios (por exemplo, apresentação de Notas Fiscais), que destas não houve a prestação, a prova fática se sobreporia à mera descrição em cláusula contratual."

Tal comprovação não foi trazida aos autos pelo interessado.

Assim, não paira dúvida de, diante do que consta dos Autos, não poder a contribuinte ser optante do SIMPLES.

Com referência à arguição a respeito do momento em que devam se operar os efeitos da exclusão cabe consignar que o fato de a contribuinte ter efetuado opção, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade da própria contribuinte, que a exerce se e quando o quiser, sujeitando-se, apenas, à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito.

Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode, e deve, excluí-lo de tal sistemática.

Assim, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo.

Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples, sobreleva lembrar que o artigo 73, da MP 2158-34, de 27/07/2001, - convalidada pela MP 2.158/35, de 24/08/2001, então vigente por força da Emenda Constitucional 32 - alterou a redação do artigo 15 da Lei 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata de seus termos:

"Art. 73 - O inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

4

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º;

Mais recentemente, a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 trouxe algumas modificações a esse respeito conforme a seguir:

"Art. 33. Os arts. 2º e 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 15. ...

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei;

...

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei.

..."

Porém, com a edição da Instrução Normativa nº 250, de 26/11/2002, que manteve as disposições que constavam da Instrução Normativa nº 102, de 21/12/2001, os efeitos da exclusão começaram a se operar a partir de 01/01/2002, num evidente benefício à reclamante.

Nem se diga que estaria ocorrendo aplicação retroativa de nova interpretação, o que também é vedado à Administração, pelo inciso XIII do citado art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, haja vista que as atividades da contribuinte impediam o seu ingresso na sistemática do Simples, tendo ela, contribuinte, efetuado a opção por sua conta e risco e, portanto, sujeita à fiscalização posterior.

Assim, está correta a exclusão da sistemática do Simples, levada a efeito pelo Ato Declaratório ora contestado, empregando este Relator as palavras do I. Conselheiro Sílvio Marcos Barcelos Fiúza ao cuidar dessa questão da retroatividade no Acórdão 303-33.219 nos Autos do Recurso 133.159.

Reproduzo neste passo, apenas a título exemplificativo, o que reza o agora vigente Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte a respeito dessa questão, dando a ela o mesmo tratamento antes adotado acima transcrito, albergando a possível retroatividade dos efeitos da exclusão:

"Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

4

.....
II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;"

Face ao exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2007


PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR – Relator