



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13738.000500/2004-19
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-004.285 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 11 de julho de 2019
Recorrente DISTRIBUIDORA E TRANSPORTADORA NOVEDIS
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2000

SIMPLES FEDERAL. VEDAÇÃO À OPÇÃO. OBJETO SOCIAL EM QUE CONSTA ATIVIDADE IMPEDITIVA. EFETIVO EXERCÍCIO NÃO COMPROVADO.

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao SIMPLES não resulta na exclusão do contribuinte deste regime de tributação, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Edeli Pereira Bessa e Viviane Vidal Wagner.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Amelia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado.

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-004.285 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 13738.000500/2004-19

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pelo contribuinte em face do acórdão n.º 391-00.022 (fls. 69-74), da 1ª Turma Especial do então Terceiro Conselho de Contribuintes, assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 391-00.022, de 24 de setembro de 2008

SIMPLES. EXCLUSÃO. A exclusão do Simples embasou-se no fato de constar do contrato social que a Recorrente exerce, dentre outras atividades não vedadas, a atividade de representação comercial. O inciso XIII do art. 9º da Lei n.º 9.317/1996, expressamente, vedava a opção ao Simples de pessoa jurídica prestadora de serviços de representação comercial. O inciso XI do art. 17 da Lei Complementar n.º 123/1996 manteve a vedação para a microempresa ou a empresa de pequeno porte que tenha por finalidade qualquer tipo de intermediação de negócios.

ÔNUS DA PROVA. O contribuinte não comprovou nos autos que somente exercia atividades não vedadas à opção ao Simples.

ALTERAÇÃO CONTRATUAL. Somente em 23 de outubro de 2006, o contribuinte procedeu à alteração contratual que excluiu do objeto da sociedade a atividade de representação comercial, que, por sua vez, foi certificada na Junta Comercial apenas em 09/01/2007.

NOVA OPÇÃO. Após legalmente excluído do Simples, somente uma nova opção - dentro dos ditames estabelecidos pela Lei Complementar n.º 123/2006 - poderá reincluir o contribuinte na nova sistemática.

ACORDAM os membros da Primeira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Intimado em 3 de junho de 2009, o contribuinte apresentou recurso especial em 16 de junho de 2009 (fl. 80), alegando divergência na interpretação da lei tributária com relação aos seguintes precedentes:

Acórdão paradigma 301-30.810, sessão de 05/11/2003:

SIMPLES. EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA.

Não se admite a exclusão do SIMPLES baseada em interpretação de cláusula em contrato social. Imperativa a prova de que o contribuinte exerce atividade impeditiva para justificar a exclusão. Não há, no caso, margem à inversão do ônus da prova, porque equivale a exigir-se prova negativa.

Acórdão paradigma 303-33.651, sessão de 19/10/2006:

SIMPLES. INCLUSÃO. ATIVIDADE DE COMÉRCIO VAREJISTA DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO E COMPLEMENTOS. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES IMPEDITIVAS DE OPTAR PELO SIMPLES. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO.

Discriminada nos seus objetivos sociais atividade impeditiva, como de representação comercial, de optar pelo Sistema Simplificado de Pagamentos, mas comprovado o não exercício dessa atividade impeditiva, poderá o contribuinte optar e permanecer na sistemática do SIMPLES.

O recurso especial foi admitido pelo Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção, conforme despacho 1200-00.247/2010, de 21 de outubro de 2010 (e-fls. 1-5), nos seguintes termos:

Como se percebe, a leitura dos fundamentos do acórdão recorrido e seus paradigmas apontam para decisões e fundamentações distintas em relação à mesma matéria. No primeiro caso, a existência formal da atividade de representação comercial no objeto social da recorrente é suficiente para manter a sua exclusão do SIMPLES, enquanto que nos acórdãos paradigmas trazidos a fundamentação se baseou no fato de que a mera presunção do exercício da atividade vedada não é motivo suficiente para a exclusão do SIMPLES, cabendo ao fisco provar que a contribuinte exercia, de fato, tal atividade..

Intimada em 2 de dezembro de 2010 (fl. 166), a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões em 6 de dezembro de 2010 (fls. 168-172), requerendo a não admissibilidade do recurso especial *"pois a recorrente pretende ver reapreciadas provas produzidas no curso do processo, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ, aplicável por analogia à hipótese destes autos, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"*. No mérito, defende que a previsão no objeto social da pessoa jurídica de qualquer das atividades vedadas pela Lei n.º 9.317/96, ainda que esta não as esteja exercendo efetivamente, é suficiente para excluí-la do SIMPLES.

É o relatório.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

O recurso é tempestivo e atendeu aos demais requisitos de admissibilidade, nos termos do despacho do i. Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção, que adoto como razões para conhecimento do Recurso Especial, nos termos do permissivo do art. 50, § 1º, da Lei 9.784/1999.

Com relação ao argumento trazido em contrarrazões pela Fazenda Nacional -- de que o conhecimento do presente recurso envolveria reanálise de provas -- observo que a legislação, em especial o Regimento Interno deste CARF, não traz qualquer impedimento ao conhecimento de recursos especiais que visem à reanálise de provas, não havendo espaço para a aplicação, nem mesmo de forma análoga, do disposto na Súmula 7 do STJ.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse

modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento das condições previstas no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

Destaca-se, de início, que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da **mesma legislação** aplicada a uma **mesma ou análoga situação fática**. Acrescente-se, também, que, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

É que, para a admissibilidade do recurso especial, basta que se revele possível, com base no raciocínio exposto no acórdão indicado como paradigma, concluir o que o respectivo colegiado diria sobre o caso concreto, sendo isso o que caracteriza a demonstração de genuína divergência jurisprudencial

Assim, conheço do recurso especial.

Mérito

O mérito do presente recurso especial consiste em definir se o simples fato de o objeto social da sociedade mencionar atividade cuja opção pelo SIMPLES federal está vedada é suficiente para levar à sua exclusão deste regime de tributação, ou se, pelo contrário, é necessário que haja prova nos autos do efetivo exercício da atividade impeditiva.

A norma em que se baseou o ato declaratório de exclusão foi o artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/1996, de seguinte teor (grifamos):

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;

A contribuinte alega que a atividade de representação comercial constou de seu objeto social, no entanto esta nunca foi por ela exercida.

Não obstante, a DRJ entendeu que a contribuinte "*não se desincumbiu do ônus que era seu de demonstrar que se enquadrava na condição estipulada pela orientação emanada pela SRF, qual seja, de só exercer, dentre todas as atividades previstas em seu contrato social, somente aquela permitida pela legislação do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte*".

No mesmo sentido, o acórdão recorrido concluiu que "*com base na documentação acostada pelo contribuinte, até o ano de 2007, constava no objeto de seu contrato social, a atividade de representação comercial, situação essa que veda a opção do contribuinte pelo SIMPLES, nos termos da Lei n.º 9.317/1996, art. 9º, inciso XIII*".

Todavia, compreendo que assiste razão à Recorrente.

Em casos como o dos autos este CARF vem decidindo que o ônus da prova cabe, sim, ao fisco, ou seja, que a simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao SIMPLES não pode resultar na exclusão do contribuinte deste regime de tributação, já que é necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade. A título ilustrativo, cito as seguintes ementas (grifos nossos):

Acórdão 1802-001.099

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

Ano-calendário: 2002

SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO, REPARO, SUBSTITUIÇÃO DE PEÇAS E MATERIAIS ELÉTRICOS. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9317/96. ÔNUS DA PROVA DO FISCO. EXCLUSÃO DO SIMPLES AFASTADA.

Não se admite a exclusão do Simples baseada em mera interpretação de cláusula de contrato social ou em dados cadastrais – CNAE-fiscal. Imperativa a prova de que o contribuinte exerce atividade impeditiva para justificar a exclusão. **Não há, no caso, margem à inversão do ônus da prova**, porque equivale a exigir-se prova negativa.

Não demonstrado nos autos que a empresa exerce atividade que requer habilitação de profissão regulamentada, inaplicável a vedação legal para opção ao regime Simplificado.

Acórdão 9101-003.387, de 5 de fevereiro de 2018

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATIVIDADE VEDADA. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/1996. PROVA.

Não há fundamento para a exclusão da pessoa jurídica do regime do SIMPLES por desrespeito ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, se **não restar provada a efetiva prestação de serviços** constante da acusação, que se baseara apenas na previsão do contrato social.

Acórdão 9101-003.487, de 30 de abril de 2018

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

Exercício: 2002

Ementa: SIMPLES — EXCLUSÃO — REPRESENTAÇÃO COMERCIAL — ATIVIDADE REGULADA PELA LEI Nr. 4.886/1965 — SITUAÇÃO EXCLUDENTE NÃO CONFIGURADA — INAPLICABILIDADE DO ART. 9º., INCISO XIII, DA LEI Nr. 9.317/1996. Para o exercício da representação comercial autônoma é obrigatório o registro nos Conselhos Regionais, nos termos da Lei nr. 4.886, de 09/12/1965, que prevê também, as repartições federais, estaduais e municipais, ao receberem tributos relativos à atividade do representante comercial, pessoa física ou jurídica, deverão exigir prova do respectivo registro. **Por absoluta falta de comprovação da situação excludente**, inaplicável o art. 9º, inciso XIII, da Lei nr. 9.317, de 1996.

Pode-se dizer, ademais que a matéria encontra-se pacificada nesta turma da CSRF, nos termos dos acórdãos 9101-002.576, de 12.04.2017; 9101-002.041, de 23.01.2015; 9101-003.383, de 05.02.2018; 9101-003.267, de 25.01.2018; 9101-003.266, de 17.01.2018, dentre outros.

De fato, a prevalecer o entendimento contrário, haveria inversão ilegal de ônus da prova, já que, a princípio, cabe a prova a quem acusa. Além disso, seria exigir do contribuinte a produção de prova negativa, também chamada de diabólica por ser difícil ou mesmo impossível de ser realizada, o que resulta, quando menos, em afronta a princípios como o do devido processo legal, da vedação ao cerceamento de defesa e da moralidade administrativa.

Assim, não havendo nos autos provas de que a atividade impeditiva foi efetivamente desempenhada pelo contribuinte, compreendo que a vedação prevista no artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/1996 não é aplicável.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial do contribuinte para, no mérito, dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

