



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 13807.003516/2005-95  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1003-002.327 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**  
**Sessão de** 07 de abril de 2021  
**Recorrente** DIAMOND BUSINESS SOLUTIONS, COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECURSOS HUMANOS LTDA. - ME  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. OPÇÃO RETROATIVA. ATIVIDADE VEDADA. IMPOSSIBILIDADE.

Não é possível o contribuinte optar, retroativamente, pelo Simples caso exerça atividade proibida/ CNAE vedado, nos termos da legislação de regência.

PROVAS DE DIREITO CREDITÓRIO. OMISSÃO DO INTERESSADO. DILIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE

A realização de diligência, no processo administrativo fiscal, não pode servir para suprir a omissão do interessado na apresentação de provas hábeis e idôneas do direito creditório que alega possuir.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 04-39.753, proferido em 22 de julho de 2015 pela 2ª Turma da DRJ/CGE, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente, não acolhendo seu pedido de inclusão no Simples Federal (Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996). retroativo a 07/10/2002.

Fazendo um breve relato dos fatos, tem-se que a Recorrente, requereu, em 23/05/2005, sua inclusão retroativa ao Simples Federal a partir de 07/10/2002, alegando que preenchia os requisitos legais. Segundo a Recorrente seu objetivo social é a comercialização e prestação de serviços na área de recursos humanos onde seu CNAE correto é 7499-399 e não como constou 7450-002. Informou, ainda, ter alcançado receita bruta, no ano de 2004, no montante de R\$ 617.008,44. Juntou alteração contratual registrada na JUCESP em 15/10/2003 sob nº 591352/03-5.

Porém, o pleito de inclusão retroativa no Simples foi indeferido, por intermédio da Decisão Derat/Diort, às e-fls. 83-94, com fulcro no art. 9º, XII, f, e XIII da Lei nº 9.317/96, sob o argumento de que a Recorrente nunca fez qualquer alteração cadastral adotando uma CNAE permitida à inclusão no Simples, além de constar registrado em sua alteração contratual a atividade de Consultoria, que é vedada.

Cientificada do indeferimento de seu pleito, a Recorrente manifestou seu inconformismo, cujas alegações foram bem resumidas no acórdão de piso e seguem transcritas:

a) que exercia a atividade de assessoria na área de recursos humanos, bem como auferia receita bruta condizente com o programa e todos os tributos pertinentes eram recolhidos pela sistemática do Simples. Afirmou que, por um equívoco quando do registro do CNPJ, constava como atividade principal o CNAE 7450-0/02 - locação de mão de obra, ao invés do CNAE 7499-3/99 - outros serviços prestados principalmente às empresas, que dizia respeito à real atividade da empresa;

b) sempre prestou serviços de apoio às empresas e recolheu em dia os DARFs relacionados ao Simples, bem como cumpriu suas obrigações acessórias. Asseverou que esse posicionamento da Receita Federal simplesmente ignorou o real serviço prestado.

Argumentou que passado mais de oito anos foi surpreendida com a decisão em debate que, de forma lacônica, indeferiu sua solicitação. Reafirmou que não havia locação de mão de obra ou consultoria, mas sim prestação de serviços de apoio, CNAE 7499-3/99. Citou e transcreveu o Ato Declaratório Interpretativo nº 16/2002, que dispõe sobre retificação de ofício, para argumentar que a decisão não observou tal ato;

c) agiu desde sempre como legítima empresa do Simples, já que apenas o CNAE mencionado no cadastro é equivocado, o que significa erro de fato, passível de revisão de ofício. Também citou e transcreveu ementa da 3ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes. Por fim, requereu a sua inclusão retroativa ao Simples e o consequente reconhecimento dos valores já pagos.

Após análise da manifestação de inconformidade, a 2ª Turma da DRJ/CGE prolatou acórdão, cuja ementa segue transcrita:

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

Ano-calendário: 2002

OPÇÃO RETROATIVA AO SIMPLES FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.

Não pode optar retroativamente pelo Simples a empresa que presta serviços de consultor, nos termos da legislação de regência.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário argumentando:

“(…)

II - II - DO DIREITO

DA POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DA RECORRENTE NO SIMPLES - DO SERVIÇO DE APOIO ÀS EMPRESAS

Conforme brevemente exposto nas razões de fato, a Recorrente apresentou processo administrativo perante a Secretaria da Receita Federal, pleiteando a inclusão da Recorrente no Simples, com data retroativa ao dia 07 de outubro de 2002.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

Por sua vez, a Recorrente sempre comprovou que preenchia todos os requisitos para fruição do benefício, sendo que por um equívoco no registro do CNPJ, constou um como atividade principal um CNAE que não era relacionado à sua atividade, razão pela qual foi obrigada a apresentar referido pedido de inclusão retroativa.

Com efeito, ainda que conste um CNAE equivocado nos registros da Recorrente, cabe à Administração Pública a busca pela verdade material, ou seja, é dever do Fisco verificar qual o real serviço prestado.

No caso da Recorrente, não havia a locação de mão-de-obra ou consultoria, mas sim a prestação de serviços de apoio às empresas, que é atividade permitida pela legislação do SIMPLES.

Em que pese o equívoco no preenchimento dos cadastros, os serviços prestados principalmente às empresas, serviços de apoio, dispostos no CNAE 74.99-3/99 - Outros serviços prestados principalmente às empresas:

**OUTRAS ATIVIDADES DE SERVIÇOS PRESTADOS  
PRINCIPALMENTE ÀS EMPRESAS NÃO ESPECIFICADAS  
ANTERIORMENTE**

*Lista de Atividades...*

*Notas Explicativas:*

*Esta subclasse compreende:*

- os serviços de estenografia
- os serviços de taquigrafia
- os serviços de captação de imagens de reuniões e conferências ao vivo para serem transmitidas por circuito interno de televisão ou televisão aberta
- os serviços de impressão e de colocação de código de barras para endereços postais
- os serviços de avaliadores, exceto de seguros e imóveis
- as atividades dos despachantes, exceto aduaneiros
- os serviços de caráter privado de prevenção de incêndios (manutenção de extintores de incêndio)
- a administração de cartões de desconto
- as outras atividades de apoio às empresas não especificadas anteriormente

Na contramão da legislação, a r. decisão recorrida procura equiparar esses serviços de apoio à atividade de um consultor, que nada tem a ver com o serviço prestado pela Recorrente.

Com efeito, a atividade de consultoria pressupõe que um *expert* em determinado assunto apresente sua opinião/parecer, com recomendações sobre o assunto contratado, o que é completamente diferente dos serviços de apoio à uma pessoa jurídica na área de recursos humanos.

Como é de conhecimento, a prestação de serviço de consultoria é vedada quando envolve serviços privativos de profissões legalmente regulamentadas, o que, frise-se, não é o caso da Recorrente.

Nesse ponto, uma vez ausente qualquer serviço de consultoria prestado pela Recorrente, reitera-se a aplicabilidade do Ato Declaratório Interpretativo n.º 12/2002, que dispôs sobre a Retificação de Ofício da opção pelo Simples, em casos comprovados de erro de fato:

**ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO SRF N.º 16, DE 02 DE OUTUBRO DE 2002** Dispõe sobre a retificação de ofício, por parte da autoridade fiscal, da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), nos casos de erros de fato.

*O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretariada Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n.º 259, de 24 de agosto de 2001, e considerando o disposto no art. 8º da Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, no art. 16 da Instrução Normativa SRF n.º 34, de 30 de março de 2001, e no processo 10168.004370/2002-37, declara: ' 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.*

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. (grifos e destaques nossos)

No caso dos autos, a Recorrente sempre agiu como uma legítima empresa do SIMPLES, já que apenas o CNAE mencionado no seu cadastro estava equivocado, o que configura nítido erro de fato, passível de revisão de ofício, nos termos do normativo supra.

Em situação análoga à presente, esse E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais proferiu decisão pela inclusão retroativa de empresa que prestava serviços a outras pessoas jurídicas, conforme destacamos: (...)

Dos julgados acima, fica claro que não há como equiparar os serviços de apoio prestados pela Recorrente, com os se prestados por consultores, ou seja, serviços prestados por profissionais com conhecimento técnico específico e habilitação em órgão técnico. Frise-se que os serviços prestados pela Recorrente nada tem a ver com tais atividades técnicas.

No mais, ainda que a Recorrente prestasse serviços de consultoria especializada, o que só se admite em respeito ao contraditório, tal atividade não é mais vedada pela legislação, sendo de rigor a sua aplicação de forma retroativa, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "b", do CTN:

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: (...)*

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: (...)*

*b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*

A legislação complementar atinente ao Simples assim dispôs sobre a inclusão da atividade de consultoria:

*LC 123/2006 (...)*

*IX - auditoria, economia, consultoria, gestão, organização, controle e administração; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

Assim, como o presente processo envolve a cobrança de crédito tributário e multa em outros processos, a aplicação da nova legislação de forma retroativa é medida que se impõe.

Dessa forma, a decisão recorrida deve ser integralmente reformada, com a inclusão retroativa da Recorrente no SIMPLES.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA NEGATIVA E DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO APÓS PRAZO DECADENCIAL PARA GUARDA DE DOCUMENTOS**

Nos termos do que foi acima exposto, a Recorrente apresentou processo administrativo perante a Secretaria da Receita Federal, em 23 de maio de 2005, pleiteando a sua inclusão no Simples.

Por sua vez, a decisão recorrida, **proferida em março de 2015 (aproximadamente 10 (dez) anos após a apresentação do pedido)**, trouxe nova alegação, no sentido de que a Recorrente prestava o vedado serviço de consultoria. O *decisium* afirmou, ainda, que caberia à Recorrente apresentar prova documental, quando

da manifestação de inconformidade, para demonstrar que não prestava o citado vedado serviço. Vejamos:

No caso vertente, porém, conforme acima demonstrado, a empresa exercia a atividade vedada de consultor e ou assessor. Logo, não pode usufruir da situação benéfica estabelecida no ADI nº 16/2002. Consta-se, ainda, que a manifestante não produziu nenhuma prova das atividades exercidas, não juntando notas fiscais ou contratos com seus clientes para comprovar a natureza dos trabalhos realizados e demonstrar que não exerce ou exerceu a assessoria ou consultoria.

E o ônus da prova é de quem alega, dispondo o art. 16, § 4º do Decreto nº 70.235/1972, na redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997, que a prova documental deve ser apresentada com a impugnação ou manifestação de inconformidade.

Com efeito, tal exigência é equivocada por dois motivos!

Inicialmente, a primeira decisão sobre o pedido de inclusão da Recorrente no Simples e que, conseqüentemente, abriu prazo para Manifestação de Inconformidade, foi proferida em maio de 2014, ou seja, após aproximadamente 9 (nove) anos da apresentação do multicitado pedido.

Ora, foge do razoável exigir que um contribuinte apresente documentos para rebater um novo argumento levantado após mais de 9 (nove) anos do início de um procedimento administrativo. Frise-se que tal ponto nunca fora levantado pelo Fisco. Nesse ponto, a morosidade da Receita Federal para julgar o referido procedimento acabou por cercear o direito de defesa da Recorrente, inviabilizando a apresentação de documentação hábil e suficiente para demonstrar os serviços prestados à época dos fatos (2002 em diante).

Caso a decisão administrativa tivesse seguido os princípios da celeridade processual e o próprio ordenamento que rege a administração pública federal, no sentido de que processos federais devem ter uma decisão em até 360 dias (art. 37, CF c/c art. 24 da Lei 11.457/07<sup>1</sup>), a Recorrente poderia ter exercido o contraditório e a ampla defesa, requerendo declarações e outros tipos de provas dos seus clientes, para que restasse demonstrado que nenhum serviço de consultoria foi prestado.

Ocorre que após mais de 9 (nove) anos da apresentação do pedido, obviamente a solicitação de uma declaração e até mesmo a reunião de prova documental se mostra completamente inócua. Em suma, a Recorrente teve tolhido o seu direito à ampla defesa, em razão da incontestável demora para julgamento de um pedido administrativo, que só teve o primeiro "andamento" após 3.240 (três mil, duzentos e quarenta) dias do protocolo do pedido.

**Diante desse ponto, resta clara a nulidade da decisão recorrida, cabendo a sua anulação e, conseqüentemente, o deferimento do pedido de inclusão da empresa no Simples.**

No mais, ainda que fosse viável a reunião de documentos relacionados à época dos fatos, o que a r. decisão recorrida exige é a apresentação de prova negativa (de que a Recorrente não prestou um determinado serviço), o que é reconhecidamente impossível.

Sobre o tema, o CARF tem entendimento pacífico pela impossibilidade de exclusão de uma empresa pelo simples fato de que em seu contrato social consta atividade vedada. Com efeito, entende esse E. Tribunal Administrativo que cabe à administração tributária demonstrar que a Recorrente prestou serviços de consultoria,

---

<sup>1</sup> Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.  
SP-461916v!

conforme equivocadamente sustenta a r. decisão recorrida. Vejamos o elucidativo precedente:

Exercício: 1999 SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. OBJETO SOCIAL MÚLTIPLO. ÔNUS DA PROVA. Havendo mais de uma atividade no objeto social da empresa, e nem todas vedadas à opção pelo SIMPLES, no procedimento de exclusão do regime cabe à Administração Tributária provar que a recorrente praticava pelo menos uma das atividades vedadas constantes de seu contrato social, ou mesmo não constante desse, e não à recorrente fazer prova negativa de que não praticava nenhuma atividade vedada, portanto, é indevida a exclusão. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.(3º Conselho de Contribuintes / 2ª. Câmara / ACÓRDÃO 302-39.209 em 06.12.2007)

A Câmara Superior desse E. Tribunal, em decisão recente, tem exatamente o mesmo entendimento:

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES - INCLUSÃO INDEFERIDA - OBJETO SOCIAL MÚLTIPLO - ÔNUS DA PROVA. Se os elementos constantes dos autos indicam ser verdadeira a alegação do contribuinte de que **não** exerce a atividade que, entre outras, consta do seu contrato social e que seria impeditiva da opção, para indeferi-la, cabe ao Fisco a prova de que a empresa efetivamente praticou-a, sendo impossível exigir prova negativa do contribuinte. (Câmara Superior de Recursos Fiscais /1ª. Turma / ACÓRDÃO 9101-002.058 em 12.11.2014)

Note-se que todos os julgados desse E. Tribunal exigem que o Fisco Federal comprove efetivamente que a Recorrente incorreu na prestação de serviço vedado pela legislação do Simples, o que simplesmente não ocorreu no presente caso. A r. decisão recorrida, ao invés de efetivamente verificar as atividades praticadas pela Recorrente ou buscar esclarecimentos sobre os serviços prestados, preferiu se valer de um "jogo" de palavras para acusar a Recorrente de ter prestado um serviço vedado pela legislação do Simples.

Também sob esse ângulo a decisão recorrida mostra-se flagrantemente equivocada, uma vez que deixa de buscar a verdade material, invertendo ilegalmente o ônus da prova após mais de 9 (nove) anos da apresentação do procedimento administrativo.

**Do exposto, cabe a reforma integral da decisão, para que seja reconhecida a possibilidade da Recorrente recolher os seus tributos pelo Simples.**

Frise-se, ainda, que caso a decisão não seja reformada, a Recorrente arcará com tributo em duplicidade, uma vez que todos os recolhimentos efetuados sob a sistemática do Simples não foram considerados pelo Fisco nas atuais cobranças.

Subsidiariamente, que seja convertido em diligência o presente processo, para que a Recorrente apresente provas e documentos, bem como sejam seus clientes intimados para esclarecer quais os serviços eram prestados à época dos fatos sob exame.

Por fim, a Recorrente assim requereu:

### **III - DO PEDIDO**

Diante do exposto, a Recorrente requer a reforma da r. decisão recorrida, para que seja confirmada a sua inclusão retroativa no SIMPLES -Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, com o conseqüente reconhecimento dos valores já pagos e cancelamento dos débitos em aberto para esse período.

Finalmente, na hipótese de ser necessário qualquer esclarecimento quanto aos serviços prestados, requer-se a realização de diligência, pelo que desde logo protesta para demonstrar a verdade dos fatos pelos meios em direito admitidos, com juntada de novos documentos que eventualmente se façam necessários, em observância ao princípio da verdade material.

Requer, ainda, a realização de sustentação oral quando do julgamento do presente recurso, nos termos do art. 58, inciso II, do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 343/2015).

É o relatório.

## Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III, do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

### **Pedido de Inclusão Retroativa**

Conforme já relatado, a Recorrente discorda do procedimento fiscal sob o argumento de não exercer, de fato, qualquer atividade vedada a sua inclusão retroativa no Simples.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal)<sup>2</sup>.

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que vigorou até 30.06.2007, dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Federal.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Porém, existem hipóteses legais impeditivas de enquadramento no Simples. No caso dos autos, a o pedido de enquadramento retroativo no Simples, feito pela Recorrente, foi indeferido em razão da atividade econômica supostamente por ela exercida com fulcro no artigo 9º, XII, f, e XIII da Lei nº 9317 de 05/12/1996, *in verbis*:

Art.9º, Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica :

XII (...)

f - que realize operações relativas a: **prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra**; (Grifo nosso)

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; , (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000); (Grifo nosso)

Compulsando os autos, constata-se que a Recorrente foi excluída, inicialmente, do Simples, a partir de 01/11/2003, em razão de exercer atividade vedada constante do CNAE 7450-0/02 – Locação de mão-de-obra, nos termos da consulta feita pela autoridade administrativa ao sistema SIVEX (e-fls. 80):

SIVEX - Consulta Operacional

Página 1 de 1

	 <b>Sistema de Vedações e Exclusões do Simples</b>	Fl. 80
		<input type="button" value="Encerrar"/>
<a href="#">Legislação</a> <a href="#">Orientações</a> <a href="#">Consulta Gerencial</a> <a href="#">Consulta Operacional</a> <a href="#">Trata Exclusão</a> <a href="#">Gestor</a>		

## Consulta Operacional

## Consulta por CNPJ

CNPJ: 05.361.518/0001-74

Nome Empresarial:

**DIAMOND BUSINESS SOLUTIONS COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICOS DE RECURSOS HUMANOS LTDA**

Porte da Empresa:	<b>ME</b>	Situação da Empresa:	<b>Ativa</b>
Natureza Jurídica:	<b>206-2 - Sociedade Empresária Limitada</b>	Data Constit/Abertura:	<b>07/10/2002</b>
Forma de opção:	<b>FCPJ</b>	Atividade Econômica:	<b>7450-0/02 Locação de mão-de-obra</b>
Situação da exclusão:	<b>Excluída</b>	Data efeito da exclusão:	<b>01/11/2003</b>
Número do ADE:	<b>000576360</b>	Data da opção:	<b>07/10/2002</b>
Situação excludente:	<b>CNAE-Fiscal não permitida para o Simples</b>		
Apresentou SRS:	<b>Não</b>	Data da ciência do ADE:	<b>26/08/2004(A.R.)</b>

A Recorrente alega que que o CNAE mencionado no seu cadastro estava equivocado, o que configuraria nítido erro de fato, passível de revisão de ofício. Porém, às e-fls.82 é possível examinar consulta efetuada no sistema CNPJ para verificação da atividade da Recorrente, nos seguintes termos:

SP CNPJ CONSULTA CNPJ ( CONSULTA PELO CNPJ ) \_\_\_\_\_ Fl. 8

T34227WH DATA: 09/04/2014 HORA: 16:21:51 USUARIO: ANTONIO  
CNPJ : 05.361.518/0001-74 PAGINA: 03 / 06  
N.EMP.: DIAMOND BUSINESS SOLUTIONS COMERCIO E PRESTACAO  
DE SERVICOS DE RECURSOS HUMANOS LTDA

\_\_\_\_ HISTORICO DAS ALTERACOES CADASTRAIS PROCESSADAS A PARTIR DE 01/01/1994 \_\_\_\_

DATA	DATA	ITEM	ALTERACAO
EVENTO	DIG/PROC	ALT.	
15/10/2003	08/12/2003	CPF	875869328-91
	12/12/2003		
TERMINAL :	010.058.009.039	DIG INTERNET CON	039442228-73 TRAN 039442228-73
**/**/****	**/**/****	ATV	5245002 CNAE FISCAL Comércio varejista de máquinas,
	**/**/****		
15/10/2003	08/12/2003	ATV	7450002 CNAE FISCAL Locação de mão-de-obra
	12/12/2003		
TERMINAL :	010.058.009.039	DIG INTERNET CON	039442228-73 TRAN 039442228-73
01/01/2007	29/12/2006	ATV	7820500 CNAE FISCAL Locação de mão-de-obra temporár
	29/12/2006		
TERMINAL :	CORAT 582/2006	DIG	000000001-91 CON 000000001-91 TRAN 000000001-91

PF1 - VOLTA CADASTRO PF3 - ENC. CONSULTA PF7 - VOLTA PAG PF8 - AVANCA PAG

Às e-fls. 18 é possível conferir alteração contratual da empresa registrada na JUCESP em 15/10/2003, cujo objeto social segue copiado:

**Artigo 5º:** A sociedade passa a ter por objetivo a comercialização e prestação de serviços na Área de Recursos Humanos, quer em regime de consultoria, quer em processos de terceirização, tanto nas áreas operacionais como estratégica organizacional e de benefícios, sem distinção de foco quanto ao segmento de mercado a ser atendido.

Assim sendo, ainda que se considerasse que estar incorreto o CNAE 7450-0/02 que trata da locação de mão-de-obra, vedada ao Simples, a Recorrente não procedeu à qualquer alteração cadastral adotando um CNAE permitido à inclusão no Simples.

Pelo contrário, conforme mencionado consta expressamente de seu contrato social que tem por atividade a prestação de serviços de consultoria, própria de consultor (v. alteração contratual de 18/07/2003, e-fls. 18), atividade esta que também é proibida aos optantes ao Simples. Neste sentido, assim restou consignado no acórdão de piso:

“Ora, a atividade de consultor está listada como vedada ao Simples, nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei n 9.317/1996, cujo texto está acima transcrito.

Acresce, ademais, que a própria contribuinte alegou em sua manifestação que exercia a atividade de assessoria na área de recursos humanos (v. fls. 93), o que se confunde com a atividade de consultor.

(...)

No caso vertente, porém, conforme acima demonstrado, a empresa exercia a atividade vedada de consultor e ou assessor. Logo, não pode usufruir da situação benéfica estabelecida no ADI n.º 16/2002”.

Vale ressaltar que trata-se de pedido de inclusão retroativa, o que pode-se dizer, equivalente à opção pelo Simples e não de exclusão. Situações distintas com direcionamentos distintos, em meu sentir. No caso de indeferindo de opção ou de pedido de inclusão retroativa no Simples, entendo que o contribuinte deve demonstrar estar de acordo com as normas vigentes. Logo, o ônus probatório nestes casos é do contribuinte.

Recorde-se, também, que, nos termos da legislação processual em vigor, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do Código de Processo Civil):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Contudo, a Recorrente traz uma série de alegações desprovidas de provas, em que pese a DRJ ter, explicitamente, demonstrado tal necessidade:

“Constata-se, ainda, que a manifestante não produziu nenhuma prova das atividades exercidas, não juntando notas fiscais ou contratos com seus clientes para comprovar a natureza dos trabalhos realizados e demonstrar que não exerce ou exerceu a assessoria ou consultoria”.

Deveria, pois, a Recorrente ter produzido conjunto probatório robusto para demonstrar o alegado erro de fato ao informar, de forma errada, CNAE não relacionado a sua atividade. Porém, o equívoco no registro do CNPJ permaneceu ao longo do tempo, impedindo o deferimento de inclusão retroativa, com fulcro no art. 9º, XII, f, e XIII da Lei n.º 9.317/96.

Releva ressaltar que Recorrente nunca fez qualquer alteração cadastral (e nem provou qualquer tentativa neste sentido, adotando um CNAE permitido à inclusão no Simples, além de constar registrado em sua alteração contratual a atividade de Consultoria, que também é vedada.

Assim, como a Recorrente não carrou documentos que comprovassem seu direito à opção ao Simples por não prestar a atividade vedada em questão, não há se falar em revisão de ofício, nos termos pleiteados em suas razões recursais.

Neste sentido, adoto como complemento às minhas razões de decidir, trecho o voto condutor do acórdão de piso:

“Por outro lado, o Ato Declaratório Interpretativo nº 16/2002 dispôs que a autoridade fiscal (Delegado ou Inspetor da Receita Federal) poderia retificar de ofício o termo de opção, caso constatado erro de fato, para inclusão no Simples de pessoa jurídica, desde que fosse possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples, assim comprovada com os pagamentos mensais por meio de Darf-Simples e a apresentação da Declaração Anual Simplificada, cujo texto foi reproduzido na manifestação às fls. 95.

Mas, para tanto, é imprescindível que a contribuinte não tenha nenhuma outra restrição ou impedimento para optar pelo Simples.

No caso vertente, porém, conforme acima demonstrado, a empresa exercia a atividade vedada de consultor e ou assessor. Logo, não pode usufruir da situação benéfica estabelecida no ADI nº 16/2002.

Constata-se, ainda, que a manifestante não produziu nenhuma prova das atividades exercidas, não juntando notas fiscais ou contratos com seus clientes para comprovar a natureza dos trabalhos realizados e demonstrar que não exerce ou exerceu a assessoria ou consultoria.”

O embasamento para a exigência de tais documentos está no Decreto 7.574/2011, artigo 26, transcrito a seguir:

Art. 26. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do sujeito passivo dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 9º, § 1º)

Outrossim, quanto à alegação da Recorrente de impossibilidade de produção de prova e exigência de documentação após o prazo decadencial para guarda de documento, entendo não haver discussão quanto a isso. Afinal, o direito de a fiscalização examinar livros e documentos, recorde-se, é assegurado pelo próprio Código Tributário Nacional, que em seu art. 195, *in verbis*:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram

Destarte, cabe, pois, ao contribuinte guardar os documentos pertinentes durante o curso da lide e apresentá-los caso se faça necessário.

Por outro lado, oportuno ressaltar que, no tocante ao Simples Nacional, em situações em que o CNAE informado pelo contribuinte não correspondente à concreta atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, de forma devidamente comprovada, a própria Receita Federal já se manifestou no sentido de que deve prevalecer a natureza da atividade efetivamente exercida. Veja excerto da Solução de Consulta nº 66 – Cosit/2013, que pode ser aplicada aqui por analogia:

(...)

10. O fato de o sistema informatizado da RFB vedar a opção pelo Simples Nacional, na hipótese de constar CNAE impeditivo vinculado ao CNPJ da ME ou EPP (nesse caso, o CNAE 49299/02 e o CNAE 49299/04), constitui dado importante a ser considerado, todavia é a **natureza da atividade efetivamente exercida pela empresa, confrontada com as vedações e permissões estabelecidas em lei que devem determinar a possibilidade ou não de sua opção pelo Simples Nacional.** [grifo nosso]

Porém, a Recorrente não carrou documentos que comprovassem que a atividade vedada não fosse, efetivamente, exercida.

Quanto ao pedido de diligência entendo não ser o caso. Observe-se que não se pode valer da realização de diligência para a construção, pela autoridade julgadora, das provas ônus de apresentação recai sobre o contribuinte.

Neste sentido:

**PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA TÉCNICO-CONTÁBIL. INDEFERIMENTO.**

Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas documentais que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal.

O pedido de diligência ou perícia, quando se resume-se (*sic*) ou versa apenas acerca de matéria contábil e argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do Julgador, desnecessário o exame pericial à solução da controvérsia.

A perícia técnica se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos.

A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção devidamente motivada, fundamentada, podendo deferir perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa. Por se tratar de prova especial subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

A diligência fiscal, perícia técnico-contábil, não têm o condão de substituir a parte na atividade de produção de prova.

No processo de compensação tributária é ônus do contribuinte comprovar a existência de fato constitutivo do direito creditório alegado contra a Fazenda Nacional (Decreto nº

70.235/72, arts. 15 e 16 e CPC Lei n.º 13.105/2015, art. 373, II). (Acórdão n.º 1401-004.153, de 23 de janeiro de 2020, Relator Conselheiro Nelso Kichel)

Deste modo, entendo que a diligência é desnecessária e, portanto, voto por indeferi-la.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Por fim, quanto ao pedido de sustentação oral, a possibilidade está oral está amparada no Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015. A solicitação deve ser apresentada na forma, no tempo e no lugar previstos nas orientações constantes no site institucional.

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça