



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

**Processo n°** 13894.000539/2003-44  
**Recurso n°** 132.755 Embargos  
**Matéria** SIMPLES - EXCLUSÃO  
**Acórdão n°** 303-35.220  
**Sessão de** 23 de abril de 2008  
**Embargante** PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** AFFINITY COM. E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA-ME

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

Ano-calendário: 1997

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Retifica-se o Acórdão n° 303-34354

**SIMPLES. OPÇÃO. EXCLUSÃO. COMÉRCIO VAREJISTA DE SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA E SERVIÇOS DE DIGITAÇÃO E BUREAU.**

A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com as vedações dispostas nos incisos XII, alínea "f" e XIII, do artigo 9° da Lei n° 9.317/96.

**ALCANCE DA VEDAÇÃO.**

A vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9°, da Lei n° 9.317/96, não alcança microempresas e empresas de pequeno porte constituídas para a exploração de atividade econômica caracterizada pela prestação de serviços e circulação de bens, que envolvam profissionais diversos, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.**

Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

**INCLUSÃO RETROATIVA.**

O contribuinte foi excluído do sistema simplificado em 01/11/2000, sendo devidamente notificado à época. Seu pedido de revisão deu-se somente em 05/2003, reabrindo a discussão sobre questão já preclusa na esfera administrativa. Não cabimento dos efeitos retroativos à data de sua exclusão, e sim do exercício

*ADP*

seguinte ao seu pedido de reinclusão, ou seja, a partir de 01/01/2004.

### EMBARGOS ACOLHIDOS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração ao Acórdão 303-34354 de 24/05/2007, retificando-o para dar provimento parcial ao recurso voluntário, reincluindo a empresa no Simples tão somente a partir de 01/01/2004, nos termos do voto do relator.

  
ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente

  
NILTON LUIZ BARTOLI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Celso Lopes Pereira Neto, Tarásio Campelo Borges e Heroldes Bahr Neto.

## **Relatório**

Tornam os autos a julgamento por esta Eg. Câmara, tendo em vista o Despacho de fls. 163/165, acerca do acolhimento dos Embargos de Declaração, interposto conforme fls 157/160.

Aduz o referido Embargo que o acórdão embargado não se manifestou sobre o pedido de inclusão retroativa elaborada no pedido.

Contudo depreende-se dos documentos anexos aos autos de (fls. 24/26 e 28/57), que há um ADE, com efeitos a partir de 01/11/2000, que antecede o pleito datado de 15/05/2003.

Os autos foram remetidos, a fim de que a Câmara profira nova decisão.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Serve o presente para retificar o Acórdão nº 303-34.354, juntado às fls. 144/151, haja vista a omissão do julgado quanto à existência do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES nº 368.215 - fls. 38/40, manifestado pela Procuradoria da Fazenda Nacional por meio de interposição de Embargos de Declaração (fls. 157/160), nos termos do despacho de fls. 163/165.

Ressalte-se que na fase processual em que se encontra o presente, resta ultrapassada a análise dos requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário, o que permite à esta Colenda Turma adentrar na análise do feito.

De plano, cumpre-me tecer algumas considerações acerca dos Embargos de Declaração, já que a solicitação de esclarecimentos em questão foi tomada como tal.

Como tive a oportunidade de consignar alhures, os embargos de declaração não se prestam, em princípio, à reforma de decisões proferidas pela Câmara, já que seu fim precípua é a integração e complementação do julgado (Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, artigo 27).

É que, como regra geral do direito processual, o juiz, ao publicar a sentença de mérito, cumpre e acaba o ofício jurisdicional (CPC, art. 463, caput), não lhe sendo dado o direito de alterar o teor das decisões já proferidas.

As únicas exceções são aquelas previstas nos incisos I e II deste mesmo artigo do CPC, também reproduzidas nos artigos 27 e 28 do Regimento Interno deste Colegiado.

Ocorre que, em ocasiões excepcionalíssimas, à guisa de esclarecer alguma obscuridade ou sanar omissão ou contradição porventura existente no julgado, ou quando manifesto o erro de julgamento, impõe-se a reforma da decisão embargada, dada sua incompatibilidade com as novas conclusões apresentadas.

O efeito modificativo (ou infringente) dos embargos de declaração é, portanto, uma decorrência atípica da complementação ou retificação da decisão embargada, jamais podendo ser o objeto único dos embargos declaratórios, mas apenas seu possível desdobramento, em casos excepcionais.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial adotado pelo colendo STJ:

*“Suprida a omissão, pode, eventualmente, ser alterada a conclusão do acórdão, se incompatível com esse suprimento (argumento do art. 463 – “caput” e II; cf. RISTF 338)” Neste sentido: STJ-3ª Turma, Resp 3.192-ES, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.8.90, não conheceram, v.u., DJU 3.9.90, p. 8.844; RSTJ 36/435, 40/459; RTJ 86/359, 88/325, 112/314, 119/439; STF-RT 569/222; RT 569/172, 578/185, 606/210, JTJ 171/246, JTA 88/405.*

*“Conquanto não se trate de matéria de todo pacificada, existe firme corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal de eficácia dos embargos declaratórios, quando utilizados para sanar omissões, contradições ou equívocos manifestos, ainda que tal implique modificação do que restou decidido no julgamento embargado.” (STJ-RT 663/172)*

*destaques acrescentados ao original*

E nos autos o que se vislumbra é que dos Embargos de Declaração em análise, resultará novo julgamento, modificando o que restou decidido no v. acórdão recorrido, mostrando-se presente a necessidade de se considerar os efeitos infringentes que podem decorrer dos Embargos de Declaração.

Com efeito, constou da ementa do aresto recorrido que o julgamento teria versado sobre o reconhecimento que a atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com as vedações dispostas nos incisos XII, alínea “f” e XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.37/96 e que a Câmara teria decidido por dar provimento ao Recurso Voluntário, permitindo a reinclusão do contribuinte retroativamente à data de sua exclusão, que deu-se em 01/11/2000.

Ocorre que, na verdade, o entendimento da Câmara à época não se ateve a existência do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES nº 368.215, que produziu efeitos a partir de 01/11/2000 e que o pedido de revisão da exclusão do contribuinte deu-se em 15/05/2003.

Demonstrada, assim, a hipótese de admissão dos efeitos infringentes aos embargos de declaração, já que o julgamento correto dos autos é pelo parcial provimento do Recurso Voluntário, como se verificará adiante.

Primeiramente, passo a análise quanto ao objeto social da Recorrente, para avaliar se sua atividade empresarial é vedada ou não pela sistemática do SIMPLES, em decorrência do ADE trazer tal certame como causa impeditiva.

Com efeito, o objeto social da Recorrente, à época da exclusão, conforme consta da Cláusula Terceira do Contrato Social juntado às fls. 03/06, é o de *“comércio varejista de suprimentos para informática e serviços de digitação e bureau de serviços”*.

Isto posto, importa analisar se a atividade exercida pelo contribuinte encontra-se prescrita entre as vedadas à opção, como disposto no artigo 9º, inciso XII, alínea “f” e inciso XIII da Lei nº. 9.317/96, que veda opção à pessoa jurídica que:

*“XII - que realize operações relativas a:*

*...*

*f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;*

*...*

*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 no caráter pessoal da atividade.

Não obstante, cumpre consignar que a legislação atinente ao SIMPLES, até pelos motivos que deram ensejo à instituição do sistema, tem como objetivo a inclusão de empresas que se enquadre em seus requisitos, sendo a exclusão de contribuintes um evento que decorre do não cumprimento das exigências necessárias à opção pelo referido sistema.

As vedações ao ingresso e permanência no sistema estão intimamente relacionadas com as atividades exercidas pelo contribuinte, ressaltando-se que o rol de atividades colacionado na norma não é exaustivo, devendo incluir-se entre as vedações aquelas atividades que se assemelham às constantes do rol, além das profissões cujo exercício dependa de habilitação profissional.

Todavia, a interpretação da norma que previu a condição excludente não pode andar sem que se estabeleçam limites, ou não restariam contribuintes que pudessem optar pelo referido sistema.

É de se reconhecer que, ainda admitamos que a interpretação das normas do 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, inciso XIII, da Lei nº. 9.317/96, possam ser aplicadas.

Isto porque, *in casu*, não se trata, efetivamente, de atividade assemelhada à serviços de consultoria e assessoria em sistemas de informática, como pretende a decisão monocrática, eis que notório na Cláusula Terceira do contrato social (fls.04) o ramo de atividade exercida pela empresa, qual seja, comércio varejista de suprimentos para informática e serviços de digitação e bureau de serviços.

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.

De outro lado, vedar sua opção ao Simples, nos termos do dispositivo em questão, é outorgar à lei ordinária poder hierárquico superior à Constituição Federal, posto que tal interpretação vem de encontro ao disposto no artigo 150, inciso II<sup>1</sup>, e 179<sup>2</sup> da Carta Magna.

<sup>1</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Com efeito, referidos dispositivos constitucionais prescrevem tratamento diferenciado, tanto para as microempresas, quanto para as empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, restando vedada, pelo texto constitucional, qualquer possibilidade de instituição de desigualdade entre contribuintes de situação equivalente.

Concluo, pois, que a vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, não alcança as microempresas e as empresas de pequeno porte, assim constituídas para exploração de atividade econômica com o fim de circulação de bens e prestação de serviços, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

Por fim, é de se dizer que a vedação se aplica nos casos de prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva e levada a efeito diretamente pelo profissional elencado no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, e seus assemelhados, aí caracterizada a pessoalidade e habilidade profissional na prestação do serviço.

Diante do exposto, uma vez que entendo que a atividade desenvolvida pela Recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como impeditiva de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, o que se comprova por seu Contrato Social juntado às fls. 03/06.

Por outro lado, note-se que, em que pese a Recorrente não exercer uma atividade impeditiva e de ter sido excluída em 01/11/2000, por ADE, o qual não apresentou impugnação dentro do prazo legal, sendo que foi devidamente notificada à época (AR – fls. 38), o protocolo de seu Pedido de Revisão da sua Exclusão do sistema simplificado deu-se somente em 15/05/2003 (fls. 01).

Nesse ínterim, bem pondera o Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento, em sua decisão, às fls. 110:

*“Na verdade, visando à regularização cadastral decorrente de erro, admite-se o efeito retroativo, quando houve a intenção da opção e não existe impedimento a sua efetivação.*

*Entretanto, não é esse o caso dos autos. Com efeito, a contribuinte foi excluída da sistemática do Simples, em outubro de 2000, por meio de Ato Declaratório 368.215. Foi comunicada do aludido ato de exclusão por meio de Aviso de Recebimento, recebido no estabelecimento da pessoa jurídica em 13/10/2000 (fls. 38), sem contar a comunicação por edital que havia sido levado a efeito anteriormente (fls. 39/40).*

*Desse modo, não tem cabimento a pretensão da contribuinte, haja vista não se tratar de regularização de opção com efeitos retroativos, mas tentativa de reabrir a discussão sobre questão já preclusa n esfera administrativa”. (grifo nosso)*

---

<sup>2</sup> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Sob esse prisma, concordo com o posicionamento acima, devendo o contribuinte ser reenquadrado a partir do exercício seguinte ao seu pedido, ou seja, 01/01/2004.

Portanto, estando sua atividade compatível com a opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES e seu pedido de revisão sobre a sua exclusão ter se materializado em 2003, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto, para reincluir a empresa no Simples a partir de 01/01/2004, isto é, a partir do ano subsequente à revisão pleiteada, ressalvada a obrigação da autoridade competente para que verifique se foram atendidos os demais requisitos legais.

É como voto.

Sala das Sessões, em 23 de abril de 2008

  
NILTON LUIZ BARTOLI - Relator