



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13976.000248/2003-46
Recurso nº 139.480 Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-002.058 – 1ª Turma**
Sessão de 12 de novembro de 2014
Matéria SIMPLES - Inclusão
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Rinemaco Materiais de Construção Ltda. - EPP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

ASSUNTO: 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, recurso conhecido e negado. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão e João Carlos de Lima Júnior.

(documento assinado digitalmente)

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Marcos Aurélio Valadão, Valmar Fonseca de Menezes, Jorge Celso Freire da Silva, Rafael Vidal de Araújo, Valmir Sandri, Antonio Carlos Guidoni Filho (Suplente Convocado), Antonio Lisboa Cardoso (Suplente Convocado), Paulo Roberto Cortez (Suplente Convocado) e João Carlos de Lima Junior.

Relatório

Na sessão plenária de 13 de novembro de 2008, a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes julgou recurso voluntário de interesse de Rinemaco Materiais de Construção Ltda. - EPP e, pelo Acórdão nº 302-39-986, por unanimidade de votos, deu-lhe provimento.

Aludido acórdão recebeu a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES. EXCLUSÃO MÚLTIPLO OBJETO SOCIAL. ÔNUS PROBANTI.

Quando há mais de uma atividade econômica ou profissional incluída no objeto social do contribuinte, cabe ao Fisco a prova de que este efetivamente praticou alguma atividade vedada à opção da sistemática de tributação do SIMPLES, sendo impossível exigir prova negativa do contribuinte.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Tempestivamente, a Procuradoria da Fazenda Nacional ingressou com Recurso Especial de divergência.

Afirma a recorrente que o Colegiado entendeu que embora a empresa tenha entre seu objeto social a previsão de atividade econômica vedada pela Lei nº 9.317/96, tal circunstância não a impede da opção pelo SIMPLES, quando a mesma não estiver exercendo a atividade consignada no instrumento de constituição. Alega que, diversamente do entendido pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, a Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, analisando situação análoga, perfilhou entendimento segundo o qual, a previsão no objeto social da pessoa jurídica de qualquer das atividades vedadas pela Lei nº 9.317/96, ainda que a empresa não a esteja exercendo efetivamente, é suficiente para excluí-la do SIMPLES.

Como paradigma, indicou o Acórdão 202-12.341, cuja ementa tem o seguinte teor:

"Ementa: SIMPLES - EXCLUSÃO - ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PERMITIDA - I - A caracterização da atividade econômica da pessoa jurídica, primordialmente, dá-se pela verificação do registro de seu objeto social. II – A previsão no objeto social da

pessoa jurídica ou o exercício das atividades de publicidade e propaganda, ou de atividades assemelhadas a uma delas, ainda que não esteja ela exercendo, efetivamente, por estarem relacionadas no art. 99, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, constituem impedimento à opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. Recurso que se nega provimento."

Pondera a Fazenda Nacional que

"(...) se no momento atual a recorrida não vem desenvolvendo todas atividades listadas no instrumento de constituição, hipótese que aqui só se admite com objetivo de demonstrar que o argumento levado a efeito pelo acórdão recorrido é manifestamente frágil, tal circunstância não assegurava que, futuramente, a empresa não venha a desenvolver qualquer daquelas atividades impeditivas à opção pelo SIMPLES e, mesmo assim, permanecer nessa modalidade.

O fato da recorrida ter carreado aos autos algumas notas fiscais de prestação de serviço de cobrança, não é suficiente para se afirmar, peremptoriamente, que a mesma não presta ou prestou serviços de colocação de vidros, pisos e forrações.

Sendo isso verdade, não poderia ter a recorrida reconhecido o direito de figurar na sistemática do SIMPLES."

O Presidente da Primeira Câmara da Primeira Seção entendeu que *"a recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois em situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas"*, dando seguimento ao recurso especial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator.

O recurso atende os pressupostos legais e regimentais que o legitimam. Dele conheço.

A questão posta à apreciação diz respeito à menção, no contrato social, de atividade cujo exercício vede a opção pelo sistema.

Pretende a Fazenda Nacional fazer prevalecer a interpretação veiculada na ementa do paradigma, segundo a qual a previsão de atividade vedada no objeto social descrito no contrato social é suficiente para impedi-la a opção pelo Simples, ainda que a atividade não seja exercida. Em sentido oposto, o acórdão guerreado.

Em situação semelhante, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, por meio do Acórdão 9101-000.991, de 24 de maio de 2011, expressou o entendimento de que o fato de constar no contrato social da empresa atividade vedada pelo Simples, por si só, não autoriza a exclusão, ou impede a opção pelo Simples. Naquele julgamento, o paradigma apresentado pela Fazenda Nacional foi o mesmo apontado para demonstrar a divergência no presente Recurso Especial: Acórdão nº 202-12.341. O voto condutor, acolhido pela unanimidade da Turma, traz as seguintes considerações:

“Com a devida vênia ao asseverado pelo acórdão paradigma, tenho assente que eventual (e mera) previsão de atividade vedada a opção pelo SIMPLES nos atos constitutivos do contribuinte tem o condão de inverter o ônus da prova quanto ao exercício (ou não) da atividade vedada pela empresa perante a Fiscalização; mas não, como pretende a Fazenda Nacional neste recurso, impedir instantaneamente a adesão da pessoa jurídica ao sistema simplificado de tributação.

Conforme já me manifestei em sessões anteriores deste Colegiado, entendo que, via de regra, incumbe à Fazenda Nacional demonstrar que o Contribuinte exerce atividade vedada pela lei para justificar ato de exclusão (ou indeferimento de opção) pelo SIMPLES.

Cabe à Fazenda Nacional demonstrar a legitimidade de eventual ato declaratório de exclusão ou o indeferimento da opção da pessoa jurídica pelo Simples. Contudo, quando o Contribuinte insere voluntariamente entre seus objetivos sociais atividades que sabidamente são proibitivas da opção pelo regime de tributação simplificado e, mesmo assim, simultaneamente, mantém-se vinculado ao SIMPLES, incumbe a ele (contribuinte) demonstrar a Fiscalização a origem de suas receitas de sorte a comprovar que elas não decorreram de atividades impeditivas de opção ao citado regime de tributação.

Em outros termos, a inserção pelo contribuinte de atividade vedada entre seus objetivos sociais implica presunção relativa de que a pessoa jurídica não poderia optar validamente pelo SIMPLES. Tal se dá, a meu ver, pelo fato de a lei vigente a época não impedir a opção pelo Simples de empresas que arrolem determinadas atividades em seu objeto social, mas sim e tão-somente daquelas que efetivamente "realizem operações" (Lei n. 9.317/96, art. 9º, XII) ou "prestem serviços profissionais de" (Lei n. 9.317/96, art. 9º, XIII).

No caso, e à vista das provas produzidas nos autos, parece-me evidente que a Contribuinte não exerce atividades relacionadas a publicidade e a propaganda no sentido estrito dos termos respectivos.”

Da análise dos autos constata-se as seguintes descrições das atividades praticadas pelo contribuinte:

(...)

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional para, no mérito, negar-lhe provimento.

No caso sob julgamento, a empresa teve indeferido seu pedido de inclusão no Sistema ao fundamento de que consta no seu Contrato Social e alterações que uma das atividades por ela exercidas refere-se a "*colocação de vidros, pisos e forrações*", o que, segundo a autoridade competente, caracteriza a vedação do inciso V, artigo 9.º da Lei 9.317/96, ratificada pelo ADN COSIT n.º 030.

Em manifestação de inconformidade a interessada esclareceu que anteriormente mantinha em seu contrato social a previsão de diversas atividades que pretendia desenvolver mais tarde, porém optou por exercer somente o comércio varejista de materiais de construção e ferragens, e pediu seu enquadramento retroativo em razão de não desenvolver atividade vedada e ante o fato de haver alterado o contrato social para excluir os serviços que lhe impedem de aderir ao Simples.

A decisão de primeiro grau que indeferiu a manifestação de inconformidade foi reformada pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, que embora entendendo ser nula a decisão de primeira instância por ter deixado de apreciar o principal motivo da negativa de inclusão na sistemática do Simples, com base no § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.125/72, deixou de declarar a nulidade por entender que, no mérito, o recurso merecia provimento. Constatou do voto condutor:

“Observo que a decisão de primeira instância está viciada por deixar de apreciar o principal motivo da negativa de inclusão do contribuinte na sistemática de tributação do Simples, limitando-se a incluir uma nota/lembrete, em tonalidade distinta do restante do voto, com o seguinte teor: “Falar sobre as atividades.”.

Aparentemente, a relatora do voto condutor pretendia inserir naquele ponto, seus argumentos sobre a matéria, contudo deixou de fazê-lo por motivos não trazidos aos autos.

Esta omissão conduz à clara nulidade da decisão (...), entretanto, como entendo que podemos neste momento julgar o mérito de forma favorável ao contribuinte, não apreciarei esta matéria preliminar, na forma do disposto parágrafo 3º do no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, verbis:

(...)

No presente caso, não há prova nos autos de que a ora recorrente tenha efetivamente exercido qualquer atividade impeditiva da opção pela sistemática de tributação do Simples, ao contrário, o contribuinte nega tê-las exercido e observa-se que há Certidão às fls 146 da Prefeitura Municipal de Rio Negrinho, Estado de Santa Catarina, que atesta que a atividade econômica da recorrente é o comércio de materiais de construção.

Ademais, o contribuinte, ora recorrente, em seu recurso afirma que “desde 2001 vem praticando todos os seus atos como

empresa enquadrada no simples" (fls. 110), o que as provas trazidas aos autos parecem confirmar.

Como já decidi reiteradas vezes este Colegiado, havendo mais de uma atividade prevista no contrato social do contribuinte, cabe à autoridade fiscal provar que este efetivamente exerceu a atividade vedada, o que não ocorre nestes autos."

De tudo que consta nos autos, tem-se que o único motivo elencado pela Administração para indeferir a inclusão da empresa no sistema foi o fato de constar do seu contrato social, entre as atividades previstas no objeto social da empresa, a "*colocação de vidros, pisos e forrações*, e que essa atividade estaria abrangida pela vedação prevista no inciso V do art. 9º da Lei nº 9.317/96 (construção de imóveis), por se tratar de serviço auxiliar e complementar da construção civil, conforme definido no Ato Declaratório Normativo COSIT 30/1999.

No curso do processo a interessada asseverou que nunca exerceu essa atividade, e que sempre se dedicou exclusivamente à comercialização de materiais de construção.

Os documentos juntados militam no sentido de confirmar as alegações do contribuinte. Os balanços indicam que todo o resultado advém de venda de mercadorias, não há indicação de que a empresa seja contribuinte do ISS, havendo ainda, uma certidão da Secretaria de Finanças Municipal declarando que a empresa está inscrita no Cadastro Municipal de Contribuintes desde 1992, que não consta nos registros do órgão solicitação de autorização para impressão de bloco de nota fiscal de prestação de serviço, e que a empresa tem como atividade o comércio de materiais de construção, atividade esta, que não incide ISS.

Por seu turno, a Fazenda não se preocupou em produzir uma única prova de que o contribuinte exercia a atividade vedada de construção civil (ou de prestação de serviço auxiliar à construção civil, no entendimento do ADN).

Ora, havendo mais de uma atividade no objeto social da empresa, nem todas vedadas à opção pelo SIMPLES, e se o contribuinte assevera que exerce apenas uma, que não é vedada nem se enquadra no inciso V do art. 9º da Lei nº 9.317/96, para indeferir a opção pelo regime cabe à Administração Tributária provar que ela praticava pelo menos uma das atividades vedadas, e não à Recorrente fazer prova negativa de que não praticava nenhuma atividade vedada.

Isto posto, conheço do recurso da Fazenda Nacional para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2014.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri - Relator.

Processo nº 13976.000248/2003-46
Acórdão nº **9101-002.058**

CSRF-T1
Fl. 8

CÓPIA