



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16366.000329/2009-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.283 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 07 de maio de 2020
Recorrente PRESTES E MUNIZ LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2005

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

A exclusão, de empresa optante do regime de tributação pelo SIMPLES, deste sistema de tributação diferenciado, sob o fundamento do exercício de atividade vedada à opção pelo SIMPLES, requer a devida instrução processual por elementos de prova suficientes à efetiva demonstração do exercício da atividade vedada, cabendo à Administração Tributária o ônus de demonstrar por outros meios de prova o efetivo exercício de atividade vedada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 06-35.945 da 2ª Turma da DRJ/CTA, de 15 de março de 2012 (fls. 90 a 96):

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo nº 14, de 15/03/2010 emitido ao amparo da Representação Fiscal SAORT DRF/LON, fl. 0205, acompanhada dos documentos de fls. 0650, que excluiu a contribuinte ao Simples, com efeitos a partir de 01/10/2005, em face de ter incorrido na vedação expressa prevista no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996 que corresponde à prestação de serviços de contabilidade.

2. A exclusão decorre de representação, conforme já relatado, sendo de se destacar os trechos abaixo:

No processo constam cópias de notas fiscais indicadas a seguir (são relacionados os números e datas de emissão), emitidas em competências do período de 07/06 a 06/07 com a discriminação de serviços de digitação e compilação de dados, para o contratante. Adrian Hinterlang & Contadores Associados S/C Ltda, de CNPJ 04.401.992/000110, com endereço na R. 13 de maio 313, Centro, Santo Antonio da Platina, PR, de acordo com o CNPJ. Pode-se portanto constatar que os cadastros das duas empresas, contratante e contratada, no CNPJ, indicam endereços vizinhos : números 311ª e 313 da Rua 13 de maio no município de Santo Antonio da Platina.

...

O quadro a seguir mostra os nomes dos segurados empregados relacionados nas folhas de pagamento, os períodos em que eles aparecem nestas folhas, e as funções indicadas nas cópias de recibos de pagamento que constam no processo. Estes recibos mostram a seguinte informação, demonstrando que os funcionários só trabalham para o tomador Adrian Hinterlang & Contadores Associados S/C Ltda : “CC:0100 Adrian Hinterlang e Cont.A”.

As folhas de pagamento de 07/06 a 06/07 também relacionam um segurado contribuinte individual : o sócio-administrador Paulo de Tarso Prestes.

Nome	Período	Função
Anderson Lopes Cezario	07/06 a 06/07	Auxiliar de escritório
Mpre Luiz Matavello	11/06 a 06/07	Auxiliar de escritório
Carlos Leandro Dropa	07/06 a 06/07	Gerente de dep. Pessoal
Flávia Lemes de Toledo	07/06 a 06/07	Aux. De dep. Pessoal
Gisele Maria de Carvalho	05/07 a 06/07	Auxiliar de escritório
José Augusto dos Santos	07/06 a 06/07	Assistente contábil
Josiane Paiola de Moraes	02/07 a 06/07	Recepcionista
Lazaro Benedito de Souza	09/06 a 06/07	Gerente administrativo
Paula Regina da Silva	01/07 a 06/07	Zelador
Rafael Félix da Silva	07/06 a 08/06	Aux. Dep. Fiscal
Rafaela da Costa Borges	09/06 a 05/07	Auxiliar de escritório
Ricardo Alexandre Matavello	07/06 a 06/07	Adm. de contabilidade e registro

.....

O contrato de prestação de serviços de digitação e compilação de dados de 01/06/06 (cópia anexada no processo), efetuado entre a empresa e o contratante citado, tem com objeto a digitação, compilação ou manipulação de dados, prestação de serviços de apoio administrativo, como elaboração de mala direta, separação de matérias para clientes e confecções de cadastro, sendo este exatamente o objeto social indicado no contrato social da empresa de 23/09/05. Neste contrato de serviços a contratante foi representada pela sua sócia gerente Wancleiza Aparecida Martinez de Barros, de CPF 531.926.72900.

Na Intimação 378/2009, emitida em 04/03/09 para a Prestes, Lopes e Cia Ltda, foi solicitada uma declaração assinada pelo contador e pelo representante legal da empresa informando que esta possui escrituração contábil regular. Posteriormente foi enviada uma declaração de 14/02/08 da Adrian Hinterlang & Contadores Associados S/C Ltda, representada pelo seu sócio José Augusto dos Santos, onde este assina a declaração como contador da Prestes, Lopes e Cia Ltda. Pode-se constatar que o Sr. José Augusto dos Santos, indicado como segurado empregado da Prestes Lopes nas folhas de pagamento de 07/06 a 06/07, é também contador contratado da própria empresa, além de ser sócio da empresa tomadora Adrian Hinterlang dos serviços relativos As notas fiscais emitidas. Também se verifica por esta declaração que a empresa Adrian Hinterlang é a responsável pela contabilidade Prestes Lopes.

Uma consulta ao sistema informatizado da Receita Federal do Brasil – RFB em 03/03/09 demonstra que são sócios cadastrados da Adrian Hinterlang & Contadores Associados S/C Ltda : Wancleiza Aparecida Martinez de Barros, José Augusto dos Santos, Ricardo Alexandre Matavello, Carlos Leandro Dropa, e Paulo de Tarso Prestes. Os Srs. Ricardo e Carlos também constam como segurados empregados nas folhas de pagamento da Prestes Lopes, e o Sr. Paulo consta portanto como sócio das duas empresas, contratante e contratada.

Também foram consultados (em 06/05/09) os vínculos empregatícios anteriores dos segurados empregados da Prestes Lopes, no sistema informatizado CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, no módulo “Consulta Vínculos Empregatícios do Trabalhador”. Estas consultas mostram que os segurados Anderson Lopes Cezario, ☐mpre Luiz Matavello, Carlos Leandro Dropa, Josiane Paiola de Moraes, Paula Regina da Silva, Rafael Felix da Silva e Ricardo Alexandre Matavello foram anteriormente empregados da firma individual W. Martinez de Barros, de CNPJ 01.995.427/000130, bem como o sócio-administrador Paulo de Tarso Prestes.

De acordo com outra consulta no sistema informatizado da RFB, em 06/05/09, a titular da firma W. Martinez de Barros é a Sra. Wancleiza Aparecida Martinez de Barros, de CPF 531.926.72900, e o endereço desta empresa é na R. 13 de Maio 313 em Santo Antonio da Platina, o mesmo endereço da Adrian Hinterlang & Contadores Associados S/C Ltda.

Desta forma, as informações descritas acima indicam que o serviço vinculado as notas fiscais possivelmente se refere à atividade de contabilidade, vedada aos optantes do Simples.

....

3. Regularmente cientificada, em sua defesa argumenta que embora o ato de exclusão esteja datado de 15/03/2010, ele pretende retroagir os efeitos a 01/10/2005; que isso não pode ocorrer pois não corresponde aos fatos; que presta serviços de digitalização de documentos e encadernação de livros fiscais; que em nenhum momento prestou serviços de contabilidade; que o fato de o sócio possuir registro junto ao Conselho Regional de Contabilidade não constitui indicativo suficiente para sua exclusão; que o serviço contábil é atinente ao profissional habilitado; que presta serviços de organização e digitalização dos documentos e não lançamentos contábeis ou apuração de tributos não se podendo alegar que presta serviços contábeis.

4. Prossegue contestando a data de emissão do ato declaratório e seu efeito retroativo, alegando que fere o princípio da segurança jurídica. Requer a anulação do ato ora atacado, bem como sua manutenção no Simples.

3. Regularmente cientificada, em sua defesa argumenta que embora o ato de exclusão esteja datado de 15/03/2010, ele pretende retroagir os efeitos a 01/10/2005; que isso não pode ocorrer pois não corresponde aos fatos; que presta serviços de digitalização de documentos e encadernação de livros fiscais; que em nenhum momento prestou serviços de contabilidade; que o fato de o sócio possuir registro junto ao Conselho Regional de Contabilidade não constitui indicativo suficiente para sua exclusão; que o serviço contábil é atinente ao profissional habilitado; que presta serviços de organização e digitalização dos documentos e não lançamentos contábeis ou apuração de tributos não se podendo alegar que presta serviços contábeis.

4. Prossegue contestando a data de emissão do ato declaratório e seu efeito retroativo, alegando que fere o princípio da segurança jurídica. Requer a anulação do ato ora atacado, bem como sua manutenção no Simples.

A DRJ/CTA julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade, por entender que a empresa contribuinte exercia atividade vedada, nos seguintes termos (fl. 94):

A contribuinte foi excluída do Simples Federal porque incidiu nas vedações constantes do art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/1996, ou seja, exerceu atividades de contabilidade, próprias de contador. O mencionado dispositivo estabelece:

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 espetáculo, 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.*

10. As atribuições dos profissionais da área de administração se encontram previstas no art. 2º, da Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de técnico de administração, denominado administrador a partir da edição da Lei nº 7.321, de 13 de junho de 1985. As atribuições privativas dos contabilistas, cuja profissão divide-se nas categorias de contador e de técnico em contabilidade, encontram-se previstas no art. 3º da Resolução CFC nº 560, de 28 de outubro de 1983, que regulamentou o Decreto-lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946.

Dessa forma, a 2ª Turma da DRJ/CTA decidiu pela manutenção do ato declaratório que excluiu a impugnante do SIMPLES, em todos os seus termos (fl. 96).

Face ao referido Acórdão da DRJ/CTA, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 100 a 104), aduzindo que a sua exclusão do SIMPLES teria afrontado o princípio

da legalidade e que seria injusta a retroatividade dos efeitos do Ato Declaratório Executivo – ADE (fl. 82), datado de 15/03/2010, o qual estabeleceu os efeitos da exclusão a partir de 01/10/2005.

A contribuinte apresenta, ainda, documentos de identificação (fls. 105 a 117).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão do SIMPLES, desvinculada de exigência de crédito tributário, com efeitos a partir do 01/10/2005.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 18 de abril de 2012, vide carimbo de protocolo físico com numeração 0910205-1 – ARF/Jacarezinho/PR, fl. 100, face ao recebimento da intimação datada de 23 de março de 2012, fl. 99), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo nº 14/10/DRF/LON de 15 de março de 2010 (fl. 82), *“em razão da empresa exercer atividades relacionada aos serviços de Contabilidade, atividade com vedação expressa no inciso XIII, art. 9º da Lei nº 9317 de 05.12.1996 e não ter efetuado a comunicação obrigatória de exclusão, mediante alteração cadastral, (art. 13, inciso II, letra “a” e § 1º e art. 14, inciso I, da lei 9317 de 05 de dezembro de 1996, com alterações dadas pela lei nº 9.732 de 11 de dezembro de 1998, lei nº 9779 de 19 de janeiro de 1999 e MP 2.189-49 de 23 de agosto de 2001”*.

No Recurso Voluntário o contribuinte alega que durante todo período em que integra tal regime de tributação, sempre observou atentamente os requisitos legais e nunca se enquadrou nas hipóteses de exclusões previstas na Lei Federal nº 9.317/96.

A recorrente aduz ainda que afronta a legalidade a sua exclusão pelo SIMPLES e que o ato declaratório de exclusão seria ilegal por ter estabelecido efeito retroativo a partir de 01.10.2005, data em que a empresa se cadastrou no SIMPLES.

Nessa mesma linha, sustenta a inconstitucionalidade do ato declaratório “*in commento*”, tendo em vista, o ato ser praticado por meio de Instrução Normativa, entendendo o contribuinte, que não tem efeito de criar normas em razão da estrita legalidade, e, desrespeita “diversos” artigos e preceitos constitucionais. Por conseguinte, finaliza alegando que a Lei Federal nº 9.317/96 afronta o art. 179 da Constituição Federal.

Diante dos fatos e fundamentos esposados no Recurso Voluntário, o contribuinte sustenta a ilegalidade do ADE requerendo inclusive a “reconsideração do período estipulado pelo Ato Declaratório Executivo, de forma a afastar a retroatividade do período de 05 anos imposta” (fl. 104).

Contudo, sobre toda a fundamentação alegada, cumpre nos esclarecer que o CARF possui entendimento sumulado segundo o qual não lhe cabe pronunciar inconstitucionalidade de uma lei (normas em geral), nos seguintes termos:

Súmula Vinculante CARF nº 02:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Dessa forma, o CARF não tem competência legal para analisar matéria que versa sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato, ao passo que, fica prejudicado o requerimento do contribuinte no que tange ao pedido de reconsideração para afastar a retroatividade, com fundamento na inconstitucionalidade da norma.

Por isso, corroborando com o entendimento sumular, necessário trazer à baila o entendimento jurisprudencial desse Egrégio conselho (grifos nossos):

Acórdão CARF nº 1002-000.209 – Turma Extraordinária / 2ª Turma

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

Data do Fato Gerador: 01/01/2002

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. MATÉRIA SUMULADA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF n.º 2).

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. EFEITO DECLARATÓRIO. ATIVIDADE VEDADA.

Consoante o que dispõe a legislação do Simples Federal, Lei 9.317, de 1996, é cabível a exclusão da pessoa jurídica quando incorrer em situação vedada.

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos. Os efeitos do ato de exclusão do Simples Federal

devem observar o disposto na legislação de regência.

No caso de contribuintes que fizeram a opção pelo SIMPLES Federal até 27 de julho de 2001, constatada uma das hipóteses de que tratam os incisos III a XIV, XVII e XVIII do art. 9.º da Lei n.º 9.317, de 1996, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1.º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002 (Súmula CARF n.º 56).

Recurso Voluntário Negado

Acórdão CARF nº 1002-000.215 – Turma Extraordinária / 2ª Turma.**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES**

Data do Fato Gerador: 01/01/2002

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. EFEITO DECLARATÓRIO.

ATIVIDADE VEDADA.

Consoante o que dispõe a legislação do Simples Federal, Lei 9.317, de 1996, é cabível a exclusão da pessoa jurídica quando incorrer em situação vedada (atividades desportivas).

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos. Os efeitos do ato de exclusão do Simples Federal devem observar o disposto na legislação de regência.

No caso de contribuintes que fizeram a opção pelo SIMPLES Federal até 27 de julho de 2001, constatada uma das hipóteses de que tratam os incisos III a XIV, XVII e XVIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002 (Súmula CARF n.º 56).

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. MATÉRIA SUMULADA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF n.º 2).

Recurso Voluntário Negado

Ademais, o CARF já decidiu também de maneira sumulada que “*é vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples*”. (Súmula CARF nº 81. Vinculante. Conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018), o que indica que, ainda que a atividade de contabilidade tenha sido possível de ser passível de ser tributada pelo regime do SIMPLES com o advento de lei ulterior (Lei

Complementar nº123/2006 e alterações), eventual sanção haveria de persistir à luz da lei em vigor ao tempo da eventual atividade vedada.

Todavia, em homenagem ao princípio da oficialidade e da verdade material, que dão ensejo a que a administração pública busque a verdade dos fatos especialmente os evidenciados nos autos, necessário compreender que a exclusão da empresa ora recorrente dependeria da demonstração cabal de que tal atividade vedada à adesão pelo SIMPLES estivesse por ela sendo prestada.

Isso porque, à luz da 2ª parte da Súmula nº 134 do CARF, há indicação da necessidade da efetiva comprovação da atividade vedada, para que seja possível a exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES, nos seguintes termos:

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, **sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.**

Em que pese o esforço do Fisco, verificou-se a não demonstração cabal, por meio das provas constantes nos autos, de que o recorrente presta serviços contábeis.

No item 1 da Representação Fiscal, fl. 81, o Fisco conclui já no início da representação que a Recorrente está em desacordo com a legislação vigente e informa que a atividade desenvolvida é “ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE”, pelo fato dos empregados da empresa serem relacionados à área contábil.

Apesar disso, referida Representação Fiscal não apontou, não especificou, qual a documentação suporte que evidenciasse que os empregados da empresa recorrente estariam “relacionados à área contábil”.

Vale ressaltar que, ainda que os profissionais da empresa ora recorrente estivessem relacionados à área contábil, tal fato, por si só, seria insuficiente à demonstração cabal de que a empresa exerce atividade de contabilidade.

Vale ressaltar que a própria administração pública não possui certeza do exercício de tal atividade, conforme se demonstra de trecho extraído da fl. 4 (grifos nossos):

Desta forma, as informações descritas acima indicam que o serviço vinculado às notas fiscais **possivelmente** se refere à atividade de contabilidade, vedada aos optantes do Simples.

Portanto, é necessário verificar se a empresa deveria ter permanecido como optante do Simples desde 29/09/05, quando foi cadastrada, até a implantação do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123 de 14/12/06.

Para determinar a ocorrência da **situação excludente** **devem ser analisados outros documentos** relativos ao período de atividade da empresa antes de 31/07/06, bem como outros documentos relativos ao período posterior a esta data. E também deve ser verificada a existência de outras hipóteses de exclusão.

De acordo com as informações obtidas, **pode** ser necessário **verificar as condições reais das atividades exercidas**, e a regularidade da constituição de empresas separadas,

Assim, destaca-se que o Fisco não trouxe provas irrefutáveis e cabais de que a recorrente exercia a atividade de escritório de contabilidade, tanto é que na representação fiscal (fl. 04) há determinação de que devem ser analisados outros documentos relativos ao período de atividade da empresa antes de 31/07/06, bem como outros documentos relativos ao período posterior a esta data.

A representação fiscal, fl. 81, por sua vez, reitera-se, não produziu meios adicionais de prova que demonstrassem cabalmente tal execução, tendo iniciado sua explanação já com a conclusão acerca da atividade vedada com pressuposição de fatos que se demonstram insuficientes à comprovação do exercício da atividade de contabilidade.

Ademais, na fl. 50, há comprovante que, na verdade, quem exercia a contabilidade da empresa PRESTES & MUNIZ era a empresa ADRIAN HINTERLANG & CONTADORES ASSOCIADOS S/C LTDA.

As decisões contidas no presente processo (Acórdão da DRJ, Representação Fiscal e ADE), portanto, por terei concluído que a empresa PRESTES & MUNIZ exerce atividades de contabilidade, decidiram contra as provas dos autos, as quais se encontram eivadas de “error in iudicando”, ou seja, erro quanto à apreciação das provas.

Dessa forma, seria ônus da Administração Tributária trazer elementos que indicassem que a empresa prestava EFETIVAMENTE serviços de contabilidade, o que não restou demonstrado.

Nesses termos, a nulidade do ADE, e dos atos ulteriores que o ratificaram, é medida que se impõe.

Dispositivo

Posto isso, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo contribuinte, anulando-se o Ato Declaratório Executivo nº 14/10/DRF/LON em 15.03.2020, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram, afastando-se a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros