



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

Processo nº 10746.000992/2004-47
Recurso nº 132.456 Especial do Procurador
Acórdão nº **9301-000.804 – 1ª Turma**
Sessão de 15 de dezembro de 2010.
Matéria SIMPLES
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Giordani e Maracaípe Ltda

*SIMPLES - INDEFERIMENTO DA INCLUSÃO - ATIVIDADE
CONSTANTE DO CONTRATO SOCIAL.*

Se o contrato social prevê como objeto da sociedade atividade impeditiva da opção pelo sistema simplificado, ante o indeferimento da inclusão, cabe ao contribuinte, em sua manifestação de inconformidade, a comprovação de que tal não esteja correspondendo à verdade material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional. Ausentes justificadamente os Conselheiros Claudemir Rodrigues Malaquias e Susy Gomes Hoffmann.

(assinado digitalmente)

CAIO MARCOS CANDIDO

Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

VALMIR SANDRI

Relator

Participaram do julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto, Francisco Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre de Lima da Fonte Filho, Leonardo de Andrade Couto, Karem Jureidini Dias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri, Nelson Losso e João Carlos de Lima Junior.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pelo Insigne Procurador da Fazenda Nacional, contra a decisão da Terceira Câmara do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes, consubstanciada no Acórdão nº 303-33.558, que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário.

É a seguinte a ementa da decisão recorrida:

"SIMPLES. INCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES IMPEDITIVAS DE OPTAR PELO SIMPLES. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO. Mesmo que esteja discriminada nos objetivos sociais atividade impeditiva de optar pelo Sistema Simplificado de Pagamentos, poderá o contribuinte optar e permanecer na sistemática do SIMPLES, desde que não seja comprovado que exerceu tal atividade.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO."

O recurso especial foi interposto com fulcro no artigo 5º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 55/98.

O recorrente alega divergência jurisprudencial, indicando como paradigma o Acórdão n. 303-31.356, cuja ementa é a seguinte:

SIMPLES. ATIVIDADE CONSTANTE DO CONTRATO SOCIAL.

Tendo sido a pessoa jurídica constituída para determinado fim social, cabe à mesma a comprovação de que tal não esteja correspondendo à verdade material, para fins enquadramento no sistema.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O douto Procurador requer a reforma do acórdão recorrido alegando que, uma vez que *"consta no contrato social da empresa atividades impeditivas de sua permanência no SIMPLES, cabe à mesma buscar demonstrar que não exerce tais atividades. Tal prova poderia ser facilmente produzida pelo contribuinte, com a juntada da alteração do contrato social, por exemplo, o que não aconteceu."*

A Presidência da Terceira Câmara do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes recebeu o recurso especial interposto pela Fazenda, vez que revestido dos requisitos de admissibilidade previstos na legislação de regência da matéria.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

O recurso especial de divergência tempestivamente interposto pela Fazenda Nacional diz respeito, essencialmente, ao ônus da prova do exercício de atividades impeditivas da opção pelo SIMPLES.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

SIMPLES. INCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES IMPEDITIVAS DE OPTAR PELO SIMPLES. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO. Mesmo que esteja discriminada nos objetivos sociais atividades impeditiva de optar pelo Sistema Simplificado de Pagamentos, poderá o contribuinte optar e permanecer na sistemática do SIMPLES, desde que não seja comprovado que exerceu tal atividade.

Recurso voluntário provido.

O paradigma (Ac. 301- 31.356) está assim ementado:

SIMPLES. ATIVIDADE CONSTANTE DO CONTRATO SOCIAL. Tendo sido a pessoa jurídica constituída para determinado fim social cabe à mesma a comprovação de que tal não esteja correspondendo à verdade material, para fins de enquadramento no sistema.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO

A divergência jurisprudencial ficou perfeitamente configurada. Enquanto o acórdão guerreado entendeu que cabe ao fisco provar o exercício da atividade impeditiva, o paradigma entendeu que cabe ao contribuinte provar o não exercício da referida atividade.

Assim, atendidos os pressupostos do especial, dele tomo conhecimento.

No mérito, a análise da questão traz algumas considerações:

À primeira vista, poderia parecer que não é razoável pretender que o contribuinte faça uma prova negativa (provar que não exerce atividade impeditiva), sendo mais razoável exigir do fisco a prova positiva (de que o contribuinte exerce a atividade impeditiva).

Esse raciocínio é perfeitamente adequado quando se trata de não admitir a inclusão de contribuinte (ou de excluí-lo) no SIMPLES, quando não consta do objeto social de seu contrato atividade impeditiva. Nesse caso, cabe ao fisco provar que o contribuinte não atende as condições para aderir ao sistema simplificado.

Outra é a situação de contribuinte cujo contrato social inclua, como objeto social, atividade impeditiva. Nesse caso, para aderir ao sistema, cabe sim, ao contribuinte provar que a verdade é diferente do que ostenta o contrato.

Na apreciação da solicitação de inclusão, a autoridade não dispõe de outro elemento, que não seja o contrato social, e é totalmente despropositado pretender que o indeferimento fica condicionado a que a fiscalização verifique se a atividade prevista no contrato é ou não exercida. Se a autoridade administrativa da DRF indefere a solicitação de inclusão sob o fundamento de que o objeto social da empresa prevê atividade impeditiva, não basta alegar que a referência é apenas formal, e que não exerce a atividade. Cabe ao contribuinte, ao formalizar sua manifestação de inconformidade, juntar alteração contratual (ou prova de que protocolizou a solicitação de alteração).

Assim, no presente caso, entendo correto o entendimento esposado pelo paradigma trazido pelo ilustre representante da Fazenda Nacional, no sentido de que cabe ao contribuinte provar que não exerce a atividade impeditiva constante em seu contrato social, o que, diga-se de passagem, não ocorreu nos presentes autos.

Isto posto, voto no sentido de DAR provimento ao recurso da D. Procuradoria.

Sala das Sessões, em 15 de dezembro de 2010.

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri