



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

**Processo nº** 10830.007069/2003-04  
**Recurso nº** 138.586 Voluntário  
**Matéria** SIMPLES - EXCLUSÃO  
**Acórdão nº** 302-39.989  
**Sessão de** 13 de novembro de 2008  
**Recorrente** CARLOS ALBERTO HUSS DOMINGUES CAMPINAS - ME  
**Recorrida** DRJ-CAMPINAS/SP

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

Ano-calendário: 2002

**ATIVIDADE IMPEDITIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS.**

Não pode ser excluído do SIMPLES empresa que preste serviços de montagem e manutenção de elevadores, se não comprovado nos autos que tais atividades são semelhantes às de engenheiro e cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida.

**RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

  
JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente

  
RICARDO PAULO ROSA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corinθο Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente). Ausente a Conselheira Beatriz Verissimo de Sena. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

## Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório que embasou a decisão de primeira instância que passo a transcrever.

*1. Trata-se de SRS (protocolada em 04/09/2003), sem apreciação de mérito por parte da DRF de origem, certo que, na hipótese, entendeu-se que o contribuinte discutia questão exclusivamente de direito (fl. 16). Na indigitada SRS, então, ponderava o contribuinte que desempenharia a atividade de "MONTAGEM E MANUTENÇÃO DE ELEVADORES E COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIO PARA ELEVADORES" (fl. 01) e que, para tanto, só faz reunir partes e peças, sob a orientação técnica do contratante, o que revelaria, no seu caso, a prescindibilidade do domínio de conhecimento técnico próprio de engenharia. Em tempo, o Ato Declaratório Executivo (ADE) que excluira o contribuinte do Simples foi sumariamente motivado nos termos seguintes: "atividade econômica vedada: 4541-1/00 Instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive elevadores, escadas, esteiras rolantes e antenas" (fl. 02).*

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetiza sua decisão na ementa correspondente.

*Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples*

*Ano-calendário: 2002*

**CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES.**

*O exercício de atividade reservada a profissional da engenharia e/ou a ela assemelhada é circunstância que impede o ingresso ou a permanência no Simples.*

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa, Relator

O recurso é tempestivo. Trata-se de matéria de competência deste Terceiro Conselho. Dele tomo conhecimento.

Em sede de recurso, o contribuinte limita-se a apresentar os documentos que, segundo entendeu do teor do voto condutor da decisão *a quo*, teriam força para desconstituir a manifestação de vontade expressa no contrato social da empresa, que ensejaram sua exclusão do Sistema, quais sejam, notas fiscais de venda e ordens de serviço.

A razão da exclusão foi o fato de a empresa exercer atividade vedada, segundo regramento contido na Lei 9.317/96.

*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 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.*

O teor do inciso XIII do artigo 9º da Lei, acima transcrito, dá margem a interpretações diferentes sobre o seu real alcance.

O que a empresa tenta demonstrar com os documentos apresentados é o acerto da informação prestada originalmente, conforme folha 02 do processo.

*"5. Que os serviços prestados não exigem da contribuinte conhecimentos técnicos específicos de engenharia, nem tampouco habilitação profissional legalmente exigida, conforme item 2;"*

*"2. A atividade de MONTAGEM resume-se apenas na reunião das partes físicas pré-fabricadas dos elevadores, não envolvendo a parte de instalação elétrica;"*

Os documentos apresentados pela recorrente identificam serviços de montagem, colocação de chapas e de execução de prumada.

Prumada, segundo dicionário Aurélio, refere-se posição vertical da linha de prumo.

Ao meu sentir, não restou comprovado nos autos que a atividade desenvolvida pelo contribuinte seja assemelhada a de engenheiro ou que dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

Acolho integralmente a manifestação contida no voto do i. Julgador *a quo* em tudo que se refere à expressão de vontade e suas conseqüências jurídicas, contudo, permito-me discordar que tais argumentos possam ser aproveitados no caso presente.

É que a dita manifestação contida na cláusula contratual diz respeito aos objetivos visados pela empresa, de acordo com a vontade de seus sócios, quando de sua fundação e das transformações que lhe sucederam, ao passo que a vedação à opção pelo SIMPLES atinge as empresas que prestem serviços profissionais de e não as que possam prestá-los, foram criadas para prestá-los ou que estejam, presumivelmente, prestando tais serviços.

A presença, inclusive, de outras atividades não vedadas no contrato social da pessoa jurídica admite a hipótese de que as atividades impeditivas não estejam sendo executadas, exigindo que se siga em frente na obtenção de informações que ofereçam condições à formação de convicção do julgador.

Em regra geral, considera-se que o ônus de provar recai sobre quem alega o fato ou o direito.

A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código do Processo Civil, fixa responsabilidades com base em idêntico critério.

*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, na relação jurídica entre sujeito passivo e o Estado, o comando legal que atribui ao autor a responsabilidade por apresentar as provas do fato constitutivo do seu direito precisa ser aplicado tendo-se em conta o modelo sob o qual tais responsabilidades são exercidas. No campo do direito tributário, é do próprio administrado o dever registrar e guardar consigo os documentos e demais efeitos que testemunham a ocorrência dos eventos cuja existência se pretende comprovar. Não sendo da natureza das relações fisco-contribuinte que o primeiro guarde consigo os documento firmados pelo segundo e mesmo que o fato constitutivo do direito tenha sido formalmente pactuado, a comprovação depende de que o administrado seja intimado a apresentar os documentos que a lei o obriga a produzir e manter em bom estado, ou que manifeste sua vontade por meio de declaração contida em documentos previamente elaborados ou perante a própria fiscalização que a colhe a termo, ou, ainda, pela obtenção desses documentos ou verificação da ocorrência de fatos no local de funcionamento da empresa. Em todas estas situações, a obtenção das provas depende quase sempre de que o administrado exerça em sua plenitude a função de anotar e manter em boas condições os registros contábeis e fiscais e os apresente ao fisco quando exigido. Sem essa providência, salvo algumas poucas exceções, não haverá como comprovar a ocorrência ou inoocorrência de um fato.

Isto posto, há que se admitir a premissa de que, nas relações fisco-contribuinte, a obtenção e a apresentação das provas do fato constitutivo do direito do autor - na maior parte das vezes o Fisco - depende quase sempre de o contribuinte colocá-las à disposição do fisco,

sendo-lhe negado o direito de negligenciar tal função, sob pena de ser-lhe atribuída a responsabilidade pela ausência de provas no processo e, corolário, o próprio ônus probante.

Acrescente-se, ainda, que o único modelo viável para as relações jurídico-tributárias entre o particular e o Estado pressupõe o pleno exercício das obrigações por parte do administrado, sem o que incorrer-se-ia em indesejável custo social, com vistas à manutenção de uma máquina estatal capaz de atingir todos os fatos econômicos independentemente da colaboração do primeiro.

Por esta mesma razão é que também não vejo motivos para distinções feitas com base na pessoa que impulsionou a demanda contida no processo, pois a apresentação das provas, até certo ponto, será sempre dependente da ação do contribuinte.

Embora isso, tais pressupostos não dispensam a administração de laborar em busca da obtenção das provas.

No caso concreto, tem-se que a administração tributária excluiu do SIMPLES pessoa jurídica exclusivamente pelo fato de constar no CNAE fiscal atividade vedada. O controle exercido com base no CNAE fiscal ou do contrato social das empresas é por demais precário, na medida em que considera as atividades que a empresa pode estar executando e não as que ela efetivamente executa.

A meu sentir, melhor seria que a exclusão fosse antecedida de uma intimação à empresa, exigindo-lhe a apresentação de documentos que comprovassem que as atividades impeditivas não estão sendo exercidas.

Não tendo sido feito isso e uma vez decidido pela exclusão da empresa do Sistema, a mesma apresentou espontaneamente alguns documentos.

Não pode que toda a responsabilidade pela adequada instrução processual recaia sobre o contribuinte. Se ele sequer foi intimado a apresentar os documentos considerados pela administração como hábeis à comprovação de que a empresa não exerce as atividades vedadas, como se pode atribuir-lhe a responsabilidade pela omissão. É cediço que a ninguém é dado o direito de escusar-se de seus compromissos por alegado desconhecimento da lei, mas deve-se ter especial atenção às situações em que a providência do administrado depende de uma escolha tomada discricionariamente pela autoridade pública e não comunicada ao particular. Quando as coisas são assim decididas, não é possível que se espere e muito menos se exija do contribuinte a adequada instrução do processo antes que ele seja intimado a apresentar os documentos considerados necessários.

Ante o exposto, considerando que não ficou demonstrado nos autos a efetiva ocorrência do fato que ensejou a exclusão da empresa do SIMPLES, VOTO POR DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2008

  
RICARDO PAULO ROSA - Relator