



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO N° : 10880.016721/99-31
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2004
ACÓRDÃO N° : 301-31.600
RECURSO N° : 127.903
RECORRENTE : PASSAMANARIA NORMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SIMPLES – IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS ESTRANGEIROS – I

– A realização, por empresa optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, de operação relativa à importação de produtos estrangeiros destinados à comercialização deixou de ser punida com a exclusão a partir da Medida Provisória nº. 1.991-17/2000. II – Aplica-se retroativamente as normas que disciplinem operações vedada ao uso e consumo, à industrialização e ao ativo permanente, não configura causa de exclusão do Sistema, sob a égide do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 06/98, salvo se a destinação dos produtos é a de comercialização. II – Os fatos, o fundamento e a motivação do Ato Administrativo (Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES) devem ter correlação lógica recíproca, e corresponderem à efetiva hipótese de incidência da norma jurídica, a fim de que cumpram os requisitos de validade.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 02 de dezembro de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

LUIZ ROBERTO DOMINGO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, VALMAR FONSECA DE MENEZES e LISA MARINI VIEIRA FERREIRA DOS SANTOS (Suplente).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.903
ACÓRDÃO Nº : 301-31.600
RECORRENTE : PASSAMANARIA NORMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : LUIZ ROBERTO DOMINGO

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra decisão proferida pela DRJ – SÃO PAULO/SP, que manteve sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, levada a efeito por meio do Ato de Exclusão nº. 147.008, de 09 de janeiro de 1999, que teve por fundamento ter a contribuinte “Pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS” e “Importação efetuada pela empresa, de bens para comercialização.

A manutenção da exclusão firmada pela decisão de primeira instância fundamentou-se nos argumentos consubstanciados na seguinte ementa:

SIMPLES

Correta a exclusão da sistemática do SIMPLES, de empresa que tenha realizado operações relativas a importação de produtos estrangeiros antes da publicação da Medida Provisória nº 1991-15, de 10/03/2000, uma vez não comprovado que se trata de importação para o Ativo Permanente.

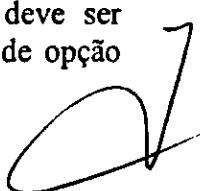
ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre constitucionalidade de leis, por ser competência exclusiva do Poder Judiciário.

SOLICITAÇÃO INDEFIRIDA

Ciente da decisão em 25/10/99, todavia inconformado, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 45/46, em alegando em síntese que:

- a) realizou apenas uma importação de bens que não se destinavam a comercialização;
- b) o Ato Declaratório SRF nº. 34, de 19/05/2000, deve ser interpretado retroativamente pois afasta a restrição de opção ao SIMPLES das empresas importadoras;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.903
ACÓRDÃO Nº : 301-31.600

No pedido, a Recorrente requer a sua manutenção no Simples, conforme decisão proferida pela DRF em Franca, que julgou deferida sua solicitação, conforme sua SRS, de 31/01/2001.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.903
ACÓRDÃO Nº : 301-31.600

VOTO

Conheço do Recurso Voluntário por preencher as condições e requisitos estabelecidos em lei e por conter matéria de competência deste Conselho.

No que tange à aplicação da legislação vigente à época dos fatos, andou bem a decisão recorrida ao entender que, somente a partir da edição da Medida Provisória nº. 1.991-15, de 10 de março de 2000¹, é que as empresas importadoras de mercadorias destinadas à comercialização estavam autorizadas à optar pelo SIMPLES, opção essa disciplinada, inicialmente, pelo Ato Declaratório SRF nº. 034, de 19 de maio de 2000, remetendo para o ano-calendário de 2001 o início do regime.

I - as pessoas jurídicas cuja receita decorrente da venda de bens importados seja superior a 50% (cinquenta por cento) de sua receita bruta total e as que realizem operações relativas a importação de produtos estrangeiros poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno porte – SIMPLES;

II - a opção de que trata o item anterior, efetuada no ano-calendário de 2000 ou até o último dia útil do mês de fevereiro de 2001, submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário de 2001;

III - no caso de início de atividade, no ano-calendário de 2000, a opção, a ser formalizada por meio da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica – FCPJ, submete a optante à sistemática do SIMPLES no próprio ano-calendário de 2000.

Não há dúvida, portanto, em relação ao aspecto temporal de incidência da norma de exclusão, que até 10/03/2000, era vigente.

Com base nessa interpretação, a Delegacia da Receita Federal em São Paulo, exarou o Ato Declaratório (Comunicado de Exclusão) pelos motivos já expostos (").

¹ Art 41. A Secretaria da Receita Federal poderá instituir obrigações acessórias para as pessoas jurídicas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituindo-se pela Lei nº 9.317, de 1996, que realizarem operações relativas a importação de produtos estrangeiros.

...
Art 47. Ficam revogados:

...
IV - a partir da publicação desta Medida Provisória, o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.903
ACÓRDÃO Nº : 301-31.600

O primeiro motivo foi afastado, já em Solicitação de Revisão, por ter a empresa comprovado sua situação regular. Ressalte-se que a falta de comprovação da inscrição da dívida ativa do INSS, por importar evidente cerceamento ao direito de ampla defesa e do contraditório, já seria suficiente para declaração de nulidade de todo o Ato Declaratório, uma vez que não é admissível em direito considerar-se um ato “meio válido”.

Contudo, a se considerar que a questão da denominadas “pendências” restam resolvidas, passa a apreciar as questões de fato que constituem a segunda motivação para exclusão.

Como vimos, o citado Ato Declaratório alega ter a Recorrente importado bens destinados à comercialização. Ocorre que tal alegação não foi comprovada nos autos.

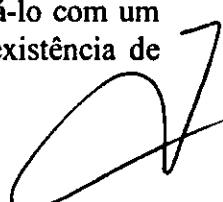
É princípio comezinho de direito que a prova cabe a quem alega (*Affirmanti incumbit probatio*), em especial se essa alegação consiste o elemento fático (motivação) do ato administrativo. A ausência da prova de que o Recorrente utilizou os bens importados para comercialização, retira do ato de exclusão o suporte fático.

Em relação ao ônus da prova da comercialização dos bens importados, indubitavelmente, é da autoridade administrativa que alega sua ocorrência. Paulo Celso B. Bonilha, ao tratar do ônus da prova na relação processual tributária, expõe que: "Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decorrer do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato."

Nessa esteira Alberto Xavier assevera:

“Porque no procedimento administrativo de lançamento se tende à averiguação da verdade material quanto ao objeto do processo – indispensável para a aplicação da lei de imposto – nele não se coloca, em rigor, um problema de repartição do ônus da prova como critério de juízo sobre o fato.

...
Que o encargo da prova no procedimento administrativo de lançamento incumbe à Administração fiscal, de modo que em caso de subsistir a incerteza por falta de prova (*Beweislösigkeit*), esta deve abster-se de praticar o lançamento ou deve praticá-lo com um conteúdo quantitativo inferior, resulta claramente da existência de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 127.903
ACÓRDÃO N° : 301-31.600

normas excepcionais que invertem o dever da prova e que são *presunções legais relativas*. Com efeito, a lei fiscal não raro estabelece presunções deste tipo em benefício do Fisco, libertando-o deste modo do concreto encargo probatório que na sua ausência cumpriria realizar; nestes termos, a Administração fiscal exonerar-se-á do seu encargo probatório pela simples prova do fato índice, competindo ao particular a demonstração do contrário."

Pois bem, a norma matriz de vedação de opção ao SIMPLES já excluía do rol de optantes as empresas que realizassem operações de importação, sendo que a Receita Federal abriu exceção àquelas que realizassem importações para o Ativo Permanente.

Ora, isso quer dizer que o simples fato de importar deixou de ser fator impeditivo de opção ao SIMPLES, dependendo de fato qualificador subsequente que deve pode ou não ser considerada condição impeditiva.

Diante disso, da constatação da importação não decorre a conclusão automática e infalível de que o importador não pode ser optante do SIMPLES, devendo estar, na seqüência comprovada a comercialização da mercadoria importada. Nesse sentido é o v. Acórdão nº. 302-35673, de 12 de agosto de 2003, cujo voto condutor é do Eminent Conselheiro Paulo Roberto Cuco Antunes, cuja ementa dispõe que:

"SIMPLES – EXCLUSÃO – IMPORTAÇÃO DESTINADA À COMERCIALIZAÇÃO – FALTA DE COMPROVAÇÃO.

A simples alegação de que o material importado pela Contribuinte foi destinado à comercialização, uma vez que não produziu Ela qualquer prova em contrário, não é suficiente para determinar a sua exclusão do Simples. A exclusão, de ofício, consoante o ato Declaratório Normativo COSIT nº 06/1998 impõe que a autoridade administrativa comprove a comercialização do produto importado, ao invés de esperar que a Contribuinte comprove o contrário. Inversão do ônus da prova.

RECURSO PROVIDO POR MAIORIA"

Diante do exposto, por ter sido expedido o Ato de Declaratório nº 147.008, de 09 de janeiro de 1999, sem os requisitos de prova dos fatos, o que prejudica o direito à ampla defesa e ao contraditório, entendo deva ser ANULADO O PROCESSO, *ab initio*.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2004

LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator