



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 10882.000602/2002-11
Recurso nº : 126.948
Acórdão nº : 302-37.199
Sessão de : 06 de dezembro de 2005
Recorrente : RRB MONTAGENS PROMOCIONAIS LTDA.
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES – EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

A mera indicação, como objetivo no Contrato Social da empresa, de atividade impeditiva à opção pelo SIMPLES, nos termos da Lei nº 9.317/96, juntamente com outras atividades não impeditivas, não é suficiente para a não inclusão ou a exclusão da contribuinte do referido Sistema. É necessário que o órgão competente traga para os autos a indispensável comprovação de que a empresa tenha efetivamente exercido a atividade impeditiva, no caso “operações de publicidade em geral”, por documento que indique receita obtida de tal atividade, o que não se comprovou no presente caso.

RECURSO 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, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Relator

Formalizado em: 24 JAN 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Luis Antonio Flora, Corinho Oliveira Machado, Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausentes os Conselheiros Paulo Affonseca de Barros Farias Júnior, Mércia Helena Trajano D' Amorim, Daniele Strohmeier Gomes e a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

RELATÓRIO

O presente processo tem início pela REPRESENTAÇÃO Nº 004/2002 (fls. 01), emitida pelo Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da DRF em OSASCO – SP, que se reporta à representação encaminhada pelo INSS, através do Ofício nº 21.028/245/2001 da Gerência Executiva em OSASCO, juntado às fls. 2 a 24, onde relata, em síntese, ter sido constatado que a empresa em referência desenvolve a atividade de prestação de serviços na área de publicidade, atividade vedada aos optantes do Simples, conforme art. 9º da Lei 9.317/96.

Segundo a referida Representação Fiscal, o INSS examinou o contrato social e suas alterações, cópias juntadas em anexo, bem como verificou as notas fiscais emitidas no período de 19/12/98 a 08/10/2001.

Em razão de tal fato foi proposto, pelo órgão fiscal indicado, a emissão do respectivo ato declaratório de exclusão do SIMPLES.

Efetivamente, a REPRESENTAÇÃO FISCAL originária do INSS encontra-se acostada às fls. 02/04, com anexos até fls. 24.

Às fls. 26 foi juntado o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 42, de 08/04/2002, assinado pelo Sr. Delegado da Delegacia da Receita Federal em Osasco – SP, declarando a exclusão do SIMPLES, da empresa em comento.

Dito Ato estabelece, textualmente, o que se segue:

“Art. 1º. Excluída da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, denominada SIMPLES, a pessoa jurídica abaixo identificada, em razão do exercício de atividade vedada – operações de publicidade em geral, não podendo usufruir do referido sistema, conforme dispõe a alínea “d” do inciso XII do Art. 9º da Lei 9.317/96.

Art. 2º. Os efeitos da exclusão obedecem ao disposto no art. 15 da Lei 9.317/96 e alterações posteriores.

Art. 3º. Poderá, o contribuinte, no prazo de 30 dias da ciência deste, manifestar por escrito, nos termos do inciso II da Portaria SRF nº. 3.608/94, sua inconformidade, relativamente ao procedimento acima, a esta Delegacia, por meio de Solicitação de Revisão da Exclusão da Opção pelo SIMPLES – SRS, assegurados o contraditório e a ampla defesa.



Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

Art. 4º. Não havendo manifestação no prazo indicado no artigo anterior, a exclusão tornar-se-á definitiva."

Do referido Ato Declaratório a Interessada tomou ciência em 29/05/2002 (AR fls. 32) e apresentou IMPUGNAÇÃO, tempestivamente, em 28/06/2002 (fls. 36 e segts).

Em seus fundamentos argumentou, em síntese, que:

- o Auditor Fiscal da Previdência Social, apesar de ter tempestivamente recebido todos os documentos solicitados, em nenhum momento lhes deu o direito de esclarecer eventuais dúvidas, preferindo ultimar denúncia, contida na Representação Fiscal objeto do aludido processo;

- a Empresa iniciou suas atividades em 01/04/1995 no ramo de confecção e vestuário mas, com o advento da globalização, deu-se a abertura do mercado para as importações e as pequenas e médias empresas daquele setor de atividade tiveram de buscar outras alternativas, daí porque ocorreu a mudança do objeto social;

-então a Empresa passou a exercer uma nova atividade e, de acordo com o Contrato Social, a redação constante é:

"Prestação de Serviços em geral, brindes promocionais em geral, marcas e logotipos, arte e acabamento gráficos, publicidade em geral, projetos e decorações de stands, comércio e representação."

- como se observa da pág. 3 do processo, o Auditor Fiscal do INSS relata que "Verificou as notas fiscais de nº 1001 a 7000", todavia, não se deu ao trabalho de detalhar o resultado de sua "verificação" visto que, ao mesmo tempo em que o Objeto Social reata a pretensa atividade de "publicidade em geral", também prevê outras atividades não impeditivas. Logo, nota-se que ao realizar a verificação o Auditor não observou a natureza da operação, constante das notas fiscais, assim como a descrição das tarefas realizadas pelo contribuinte visto que, desde sua fundação até os dias atuais, jamais auferiu receitas decorrentes da atividade "Publicidade em Geral".

- visando melhor esclarecer o entendimento do Sr. Delegado da Receita Federal, signatário do Ato Declaratório Executivo nº 42 de 08 de abril de 2002, apresenta fluxo das operações realizadas pelo Contribuinte:

- em sua totalidade, as operações do contribuinte consiste na: **Anexação de um produto a outro, através da juntada de suas embalagens e colagem de rótulos.** O fluxo é o seguinte:



Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

- a) cliente remete mercadorias para industrialização com o CFOP 593;
- b) registramos a nota fiscal do cliente no registro de entradas com o CFOP 193;
- c) o contribuinte retorna as mercadorias após a execução da encomenda, com o CFOP 594;
- d) o contribuinte emite a respectiva nota fiscal visando a cobrança da devida remuneração com o CFOP 513;
- e) para melhor esclarecer os fatos, anexamos parte da documentação representativa do fluxo acima descrito, distribuída por todo período em análise ou seja: nota fiscal de remessa do encomendante, nota fiscal de retorno, nota fiscal de cobrança, livro de registro de entradas e saídas.

- destaca Acórdãos que no seu entender são esclarecedores e decisivos na tomada de decisão justa e esperada. (ver transcrições às fls. 37/38)

- pede, por toda demonstração dada, que seja determinado o cancelamento do Ato Declaratório mencionado, propiciando ao contribuinte a continuidade dos benefícios no SIMPLES.

- apresentou, em anexo, os documentos que vão de fls. 40 até 390.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em CAMPINAS – SP, proferiu a decisão estampada no ACÓRDÃO DRJ/CPS Nº 2.451, de 11 de outubro de 2002, assim ementado (fls. 392):

“Assunto: Sistemas Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Ano-calendário: 2002

Ementa: ATIVIDADE. CONTRATO SOCIAL.

Indefere-se o pedido de permanência no sistema Simples, quando a interessada não traz aos autos nenhuma prova conclusiva de que realmente não exercia a atividade de publicidade em geral ou assemelhadas constante do seu contrato social.

Solicitação indeferida.”



Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

É o seguinte o Voto condutor do Acórdão supra, *verbis* (fls. 394/395):

“VOTO

Sendo a impugnação tempestiva e preenchendo os demais pressupostos de admissibilidade, dela se conhece.

Inicialmente, é de se observar que o contrato social da impugnante previa, como objeto social, a prestação de serviços em geral, brindes promocionais em geral, marcas e logotipos, arte e acabamento gráfico, publicidades em geral, projetos e decorações de stands, comércio e representação (fls. 18/22) e que o sócio Sr. Luiz Alberto Borba é publicitário.

Além disso, a exclusão do Simples através do Ato Declaratório Executivo nº 42, de 08 de abril de 2002, se baseou na constatação feita pela autoridade fiscal do INSS, de que a atividade da empresa era publicidade em geral, após ter verificado as notas fiscais de nºs 1001 a 7000, a primeira emitida em 19/12/1998 e a última em 08/10/2001.

Ocorre, que a interessada trouxe aos autos notas fiscais correspondentes aos meses desse mesmo período, acompanhadas dos registros de entrada e saída, porém totalmente inconclusas, ou seja, algumas notas por mês, inviabilizando, assim, a elaboração de um juízo favorável ao seu pleito, mesmo porque não há nem mesmo possibilidade de se ter uma amostra de algum mês ou meses de tal forma a se constatar que realmente não exercia a atividade de publicidade em geral apontada pela autoridade do INSS ou nenhuma das outras impeditivas constantes do seu contrato social.

Dessa forma, não ficando provado em nenhum instante, no presente processo, que a interessada não tenha auferido receitas das atividades relacionadas em seu contrato social, por impedimento da análise de pelo menos uma amostra de todas as notas fiscais de alguns meses, conforme dito acima, voto no sentido de indeferir a solicitação da contribuinte visando à ratificação do Ato Declaratório Executivo nº 42, de 08 de abril de 2002.

Edgard José Finazzi Filho – Relator.”

A Decisão em epígrafe foi adotada por unanimidade de votos.

A Contribuinte tomou ciência do Acórdão em 13/11/2001 (AR fls. 397) e apresentou Recurso em 12/12/2002 (fls. 399), tempestivamente.

A Recorrente fundamenta sua Apelação da seguinte forma, em síntese:



Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

“O Contribuinte anexou aos autos, uma amostra quantitativa, de suas notas Fiscais de saídas, com o intuito de esclarecer o fato de forma definitiva porém, no entendimento do digno Relator da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a referida amostragem, inviabilizou a elaboração de um juízo favorável à manutenção do contribuinte/recorrente no sistema de tributação SIMPLES eis que, a análise da amostra foi insuficiente, e não contemplava o fechamento de um mês ou meses encerrado das notas fiscais emitidas deixando, implícito, o entendimento de que o contribuinte/recorrente teria escolhido as notas fiscais que lhe interessava como prova.

O fato do Contribuinte apresentar, apenas as amostras das notas fiscais emitidas, de todo o período discutido, decorreu da grande quantidade de documentos envolvidos no processo, seria desnecessário a juntada de 6000 (seis mil notas fiscais) assim, procurou obedecer os princípios de contabilidade geralmente aceitos assim como, as normas de procedimento previstas no artigo 7º §§ 1º e 2º da Portaria da Receita Federal nº 1265 de 22 de novembro de 1999 desta forma, os Julgadores de ofício, poderiam a qualquer momento determinar que o contribuinte/recorrente, apresentassem o abundante documentário fiscal, objetivando, o total e completo esclarecimento dos fatos.

Com efeito não tem qualquer sustentação lógica ou jurídica o Acórdão, pois, parte da falsa premissa de que o Auditor Fiscal da Previdência Social, já havia analisado as notas fiscais e que, as mesmas apresentavam todavia, em nenhum momento da Representação deixou claro aquela conclusão.

Independente de qualquer norma infra-constitucional e provido de eficácia absoluta, encontra-se previsto, no artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da legalidade da Administração Pública.

De se ver, que a legalidade referente à Administração difere daquela aplicável aos administradores, pois enquanto a estes será permitido fazer tudo que a lei não proíba, àquela só e dado fazer o que a lei expressamente autorize. É o que nos ensina o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello in “Discricionariedade e Controle Jurisdicional” 2ª edição SP/Malheiros. pp 12-13, quando ensina:

“A atividade administrativa é atividade muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares. Essa idéia costuma ser sinteticamente expressada através das seguintes averbações: enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor portanto o



Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

princípio geral de liberdade, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido."

No exercício da atividade vinculada, não resta à Administração qualquer margem de livre opção em escolher anular, ou não, o seu próprio ato quando viciados de ilegalidades, sendo o dever – poder que a Administração tem para examinar os seus atos fato esse, expressamente acolhido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, consoante a Súmula nº 473, "in verbis":

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de inconveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Assim, das provas anteriormente juntadas, deixa claro que o contribuinte/recorrente, nunca teve como sua, a atividade de "publicidade em geral".

À vista do exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para fim de assim ser decidido, revogando-se o Ato Declaratório Executivo nº 42 de 08 de abril de 2002.

Junta a presente prova da documentação: Cópias das notas fiscais de saída, do nº 1001 a 7000."

Os anexos trazidos à colação pela Recorrente compõe os demais 24 (vinte e quatro) volumes que integram os autos, correspondentes às 6.000 (seis mil) Notas Fiscais mencionadas.

Vindo os autos a este Conselho, foram distribuídos, por sorteio, a este Relator, em sessão realizada no dia 05/07/05, conforme notícia o documento de fls. 6.531, constante do Volume nº 25, último documento destes autos.

É o relatório.



Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

VOTO

Conselheiro Paulo Roberto Cucco Antunes, Relator

Como visto, o Recurso é tempestivo, estando reunidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, motivo pelo qual Dele conheço.

Pelo que se depreende do instrumento de exclusão da Recorrente do SIMPLES, o Ato Declaratório Executivo nº 42, de 08/04/2002 (fls. 02), a exclusão da Contribuinte do SIMPLES deu-se pelo suposto exercício de atividade impeditiva prevista na Lei nº 9.317/96, qual seja, operações de publicidade em geral.

O que se depreende da documentação acostada aos autos, a conclusão alcançada pelo Sr. Delgado da Receita Federal em Osasco, para a prática de tal ato, foi alcançada pelo simples exame do Contrato Social da Empresa e suas posteriores alterações, onde efetivamente consta, **dentre várias outras**, a referida atividade impeditiva, assim como a mera informação trazida na Representação de fls. 3/4, produzida por Fiscal do INSS, de que foram verificadas as Notas Fiscais de nºs 1001 até 7.000, sem que nenhuma delas tenha sido acostada aos autos, pelo menos por cópia.

Do exame da referida Representação, não se encontra a afirmação do Auditor Fiscal do INSS de que tenha encontrado, em qualquer das Notas Fiscais analisadas, alguma indicação de receita auferida, originária da atividade de “publicidade em geral”.

A Receita Federal, por sua vez, também não juntou aos autos, nem analisou qualquer documento relacionado ao assunto, além da Representação Fiscal do INSS e das cópias do Contrato Social, Aditivos e Alterações indicados.

Ora, como se depreende dos referidos documentos, figura nos Objetivos Sociais da Contribuinte uma diversidade de atividades econômicas, a maioria admitida para o SIMPLES, como também aparece aquela atividade impeditiva, conforme a Lei de regência.

Ocorre que, para que a empresa seja excluída do referido sistema de pagamento de tributos (SIMPLES), não é suficiente que a atividade impeditiva conste de seu objeto social contratual, mormente quando outros objetivos não impeditivos figuram no mesmo contrato.

É necessário para que a Autoridade Administrativa adote o procedimento de exclusão do SIMPLES, que esteja devidamente comprovado o efetivo exercício, pela empresa, de atividade impeditiva, na forma da legislação de



Processo nº : 10882.000602/2002-11
Acórdão nº : 302-37.199

regência, comprovação essa cujo ônus, sem dúvida alguma, é do órgão público competente para a inclusão e exclusão do Sistema.

No presente caso, não houve nenhuma comprovação nesse sentido.

Ao contrário, observa-se que a DRJ em Campinas – SP, por sua 5ª Turma, ousou pretender que a Contribuinte produzisse uma prova negativa, do não exercício, no período indicado, de atividade impeditiva de permanecer no simples, ou seja, que não auferiu receita de uma das atividades inseridas no Contrato Social como seu objeto – publicidade em geral.

Observe-se o texto da Ementa do Acórdão atacado, às fls. 392, já transcrito e que aqui repetimos, *verbis*:

“Indefere-se o pedido de permanência no sistema Simples, quando a interessada não traz aos autos nenhuma prova conclusiva de que realmente não exercia a atividade de publicidade em geral ou assemelhadas constante do seu contrato social.”

Trata-se, efetivamente, além da mais absurda inversão do ônus da prova.

A Recorrente ofereceu, em sua Impugnação de Lançamento, uma coletânea de Notas Fiscais dentre o universo de 6.000 documentos, o que foi considerado insuficiente pelos I. Julgadores da 5ª. Turma da DRJ em Campinas – SP.

Agora, trouxe aos autos todas as 6.000 (seis mil) Notas Fiscais, espalhadas por 24 (vinte e quatro) volumes para comprovar que, no período indicado, não auferiu receitas da atividade impeditiva mencionada.

Ora, se pudéssemos considerar correto o entendimento manifestado na Decisão de primeiro grau, caberia ainda questionar se todas as Notas Fiscais do período foram mesmo juntadas ? Se a Empresa não auferiu tal Receita e deixou de emitir Nota Fiscal ? .. etc...etc...etc...

Para concluir, o que efetivamente emerge dos autos é que o Ato Declaratório Executivo nº 42, de 08/04/2002, que excluiu a empresa do SIMPLES, foi emitido açodadamente, sem qualquer respaldo em prova concreta de que a empresa houvesse cometido a infração à lei 9.317/96, antes mencionada.

Diante do exposto, meu voto é no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO em exame, cancelando o referido Ato Declaratório Executivo nº 42, de 2002, acostado às fls. 26 destes autos.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2005.


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES - Relator