



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

Processo nº 13737.000710/2003-28
Recurso nº 138.422 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 302-39.899
Sessão de 16 de outubro de 2008
Recorrente IKÓ DE PIABETÁ REFRESCOS LTDA - ME
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

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

Ano-calendário: 2003

ATIVIDADE IMPEDITIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS.

A exclusão de empresa do SIMPLES não pode ser feita unicamente com base em indícios de que a atividade impeditiva esteja sendo exercida, sem que o contribuinte tenha sido intimado a apresentar documentos considerados necessários para comprovação em contrário.

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: Corintho Oliveira Machado, Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente), Davi Machado Evangelista (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausentes os Conselheiros Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e 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.

Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/NIT nº 444.104, de 7 de agosto de 2003 (fl. 34), fundamentado no fato de que a contribuinte exerceria atividade econômica não permitida ('industrialização de bebida classificada no capítulo 22 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Tipi', fl. 39).

A interessada apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (fls. 01/02), na qual alegou que na ocasião de sua constituição utilizou-se de CNAE errado, isto é o correspondente a 'Fabricação de Refrigerantes' e o correto seria o relativo a 'Fabricação de refrigerantes, xaropes e pós para refrigerantes' (fl. 24).

A Delegacia da Receita Federal em Niterói indeferiu a solicitação da contribuinte devido ao exercício de atividade econômica vedada a optar pelo Simples, de acordo com seu contrato social, ou seja, 'Fabricação de Refrigerantes e Refrescos; Engarrafamento e Gaseificação de Águas Minerais e Fabricação, Retificação, Homogeneização e Mistura de Aguardente e outras Bebidas destiladas' (fls. 06/10).

Cientificada do indeferimento de sua SRS em 30/04/2004, a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 26/04/2004 (fls. 20/21), onde alega que o indeferimento acima não foi fundamentado como deveria e que não teria levado em consideração seu ramo de atividade que é a 'Fabricação de Refrescos' (fls. 21 e 24).

Face aos fatos aqui apresentados, requer a procedência do recurso e a sua reinclusão no cadastro do Simples.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento assim sintetizou 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: 2003

OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A partir de 1º/01/2001 estão impedidas de optar pelo SIMPLES as empresas que entre suas atividades econômicas exerce a industrialização de bebida classificada no capítulo 22 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI).

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.

A empresa alega ter-se equivocado na classificação informada no CNAE-Fiscal, que o correto seria 1033-3/02 e não 11.22-4/03 como constou e que desde a sua constituição somente fabrica refrescos de frutas, “*fato que comprova através de N. Fiscais de Aquisição de Matéria Prima e Venda dos Produtos*”.

O objeto da empresa foi alterado com vistas à correção do alegado equívoco. A questão já foi examinada em primeira instância.

A interessada alega que o seu ramo de atividade é a 'Fabricação de Refrescos' (fls. 21 e 24). Constata-se que esta atividade teve início com a alteração contratual nº 01 registrada na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 25 de novembro de 2003 (fl. 25). Logo, ao ato declaratório, emitido em 07 de agosto de 2003, não poderia considerar este contrato e sim o de fls. 06/10, registrado nesta Junta Comercial em 07/12/2000.

À folha 05 do processo consta o objeto social antigo da empresa - fabricação de refrigerantes e refrescos, engarrafamento e gaseificação de águas minerais e fabricação, retificação, homogeneização e mistura de aguardente e outras bebidas destiladas.

Na decisão *a quo*, esse fato não constitui-se na única razão para negativa às pretensões da recorrente, pois o i. Julgador considerou que a atividade de fabricação de refrescos também impediria a empresa de optar pelo SIMPLES.

"Ressalve-se que a atividade que a interessada diz exercer, ou seja, 'Fabricação de Refrescos', também se encontra vedada pelos motivos já expostos, visto que está classificada no código 2202.10.00 (fl. 39)".

Peço vênia para discordar.

A vedação é dirigida às empresas que exercem atividades de industrialização dos produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 da TIPI, que estiverem sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798/89, e não às empresas que exercem atividades de industrialização de qualquer um dos produtos classificado naqueles capítulos.

XIX - que exerça a atividade de industrialização, por conta própria ou por encomenda, dos produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, mantidas, até 31 de dezembro de 2000, as opções já exercidas.



Por sua vez, a Lei 7.798/89, em seu anexo I, especifica quais são esses produtos, dentre os quais não se encontram os refrescos classificados na posição 2202.10.00.

Art. 1º. Os produtos relacionados no Anexo I desta Lei estarão sujeitos, por unidade, ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI fixado em Bônus do Tesouro Nacional - BTN, conforme as classes constantes do Anexo II.

ANEXO I

Produtos a que se refere o art. 1º identificados de acordo com os códigos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovado pelo Decreto 97.410, de 23 de dezembro de 1988.

Código	DESCRIPÇÃO DO PRODUTO	CLASSE	
		Minima	Máxima
2204	Vinhos de uvas frescas, incluídos os vinhos enriquecidos com álcool	A	F
2204	Mostos de uvas, excluídos os do círculo 2009	A	I
2205	Vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizadas por plantas ou substâncias aromáticas	A	N
2208 20	Auardentes de vinhos ou de bagacés de uvas	A	T
2208 30	Uísques	A	Z
2208 40	Cachacas ou caninha (Rum e Tafíá)	A	T
2208 50	Gim e Genebra	A	Z
2208 90 020	Vodka	A	Z
2208 90 020	Auardentes de agave ou de outras plantas ("tequila" e semelhantes)	A	O
2208 90 020	Auardentes de frutas (de cidra de ameixa, de cereja ou "Kirsch" ou de outras frutas)	A	T
2208 90 03	Auardentes compostas	A	O
2208 90 040	Licores ou cremes (curacão, marrasquino, anisete e outros)	A	T
2208 90 05	Aneritivos e amarecos ("Ritter" e outros)	A	T
2208 90 060	Batidas	A	R
2208 90 990	"Strinhaber"	A	S
2208 90 990	Pisco	A	T
2208 90 990	Bebida alcoólica de iurubeba	A	O
2208 90 990	Bebida alcoólica de gengibre	A	O
2208 90 990	Bebida alcoólica de óleos essenciais de frutas	A	T
2208 90 990	"Korn", "Arack" e outros	A	O
2208 90 999	"ex" Bebida refrescante de vinho denominada "Cooler"	A	O

Afastada uma das razões nas quais baseou-se a decisão recorrida para o indeferimento de pleito do contribuinte, examino a restante, qual seja, a presença no contrato social da empresa de atividade impeditiva.

Liminarmente, há que se considerar a presença de outras atividades não vedadas no objeto social informado pela empresa no contrato social, o que permite que se conjecture sobre a possibilidade de que ela, tal como afirma, nunca tenha de fato exercido a atividade impeditiva.

Na medida em que a razão impeditiva é o exercício da atividade e não a previsão dela no contrato social, a decisão da lide exige a obtenção de provas a esse respeito.

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 documentos 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 inocorrência 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.

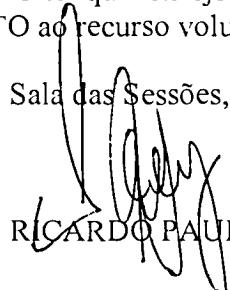
No caso concreto, tem-se que, no presente feito, a administração tributária excluiu do SIMPLES pessoa jurídica exclusivamente pelo fato de constar no CNAE fiscal e depois no contrato social atividade vedada. O controle exercido com base no CNAE fiscal ou do contrato social das empresas é por demais precário, 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 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 16 de outubro de 2008


RICARDO PAULO ROSA - Relator