



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 13855.001261/2006-31
Recurso nº 137.092 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.804
Sessão de 16 de outubro de 2008
Recorrente SILMARA DONIZETTI FRANCHI PACAGNAN
Recorrida DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Data do fato gerador: 19/11/2001

SIMPLES. EXCLUSÃO. O ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito é do contribuinte. Não havendo prova do direito alegado pelo contribuinte, é de ser o mesmo negado, inclusive com base na robusta produção de prova formada pela autoridade fiscal. Mantém-se a exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.


SUSY GOMES HOFFMANN - Presidente em Exercício e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Valdete Aparecida Marinheiro e José Fernandes do Nascimento (Suplente).

Relatório

Trata o presente processo de solicitação de revisão da exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei n.º. 9317, de 05 de dezembro de 1996.

Referida exclusão foi determinada pela Delegacia da Receita Federal em Franca/SP – após procedimento de fiscalização pela Previdência Social - através do Ato Declaratório nº 11 de 6 de abril de 2006, pelo fato de o contribuinte exercer atividade econômica de assessoria contábil, que é vedada à opção pelo SIMPLES, nos termos do art. 9º, XIII da Lei 9317/1996.

Inconformado, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls.44/46) alegando em síntese:

que desde a abertura da empresa a atividade exercida é de prestação de serviços de "digitação de trabalhos escolares, currículos, digitação de monografias, projetos e anti-projetos de monografias, digitação de slides para projeção em seminários, e comércio de suprimentos para informática";

que a exclusão retroativa fere o princípio constitucional da irretroatividade; e que tal determinação culminará ao encerramento das atividades da empresa;

que o auditor fiscal não analisou a situação da empresa in loco para concluir pela real atividade exercida;

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento da Ribeirão Preto/SP proferiu acórdão (fls. 67/70) indeferindo a solicitação, posto que restou comprovado o exercício de atividade vedada (contador).

O contribuinte apresentou recurso (fls. 74/76) reiterando praticamente os mesmos argumentos trazidos com a manifestação de inconformidade.

É o relatório.



Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

O presente recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

O contribuinte é empresário individual que tem como atividade econômica o “comércio de suprimentos e serviços para informática” (fl. 4).

Ocorre que, segundo o entendimento da Secretaria da Receita Federal, a real atividade exercida pelo contribuinte seria de assessoria contábil e por isso, estaria impedida, em tese, de optar pelo regime do Simples, tendo em vista a vedação contida no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317, de 05/12/1996:

Lei nº. 9.317, de 05/12/1996:

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, 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 depende de habilitação profissional legalmente exigida.

Podemos verificar que para formação e comprovação deste entendimento a autoridade fiscal se pautou nos seguintes documentos:

Livros de registro de empregados, onde constam as ocupações de “escrituraria” e “auxiliar de escritório” (fls. 07/10), segundo a auditoria fiscal, tais documentos refutam a hipótese de exercício de comércio ou serviços de informática, por não haver empregados contratados para o serviço de digitação ou mesmo, vendedores;

Livro de registro de inventário (fls. 13/15), em que se verifica a inexistência de estoque, descaracterizando o exercício de atividade de comércio de suprimentos;

Anúncio de jornal local (fl. 21) sobre escritório de contabilidade com endereço do contribuinte e cujo nome fantasia “Exactus Contabilidade e Assessoria” pertence à empresa fiscalizada conforme documentos de fls. 17 e 29;

Instrumento de Procuração “concedida por cliente de Claudinei Roberto Pacagnan, contador, onde consta a existência de escritório de contabilidade no endereço da empresa em questão”.

Em contrapartida, verifica-se da detida análise dos autos que o contribuinte não apresentou provas ou contraprovas para corroborar as alegações de exercício de atividade permitida que justificasse a sua reinclusão no SIMPLES.

Neste aspecto cabe analisar a questão do ônus da prova no processo administrativo.

Segundo Hugo de Brito Machado¹, pode-se dizer que o ônus da prova é dividido entre as partes, veja-se:

“O desconhecimento da teoria da prova, ou a ideologia autoritária, tem levado alguns a afirmarem que no processo administrativo fiscal o ônus da prova é do contribuinte. Isto não é, nem poderia ser correto em um Estado de Direito democrático. O ônus da prova no processo administrativo fiscal é regulado pelos princípios fundamentais da teoria da prova, expressos, aliás, pelo Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis ao processo administrativo fiscal.

No processo tributário fiscal para apuração e exigência do crédito tributário, ou procedimento administrativo de lançamento tributário, autor é o Fisco. A ele, portanto, incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que serve de suporte à exigência do crédito que está a constituir. Na linguagem do Código de Processo Civil, ao autor incumbe o ônus do fato constitutivo de seu direito (Código de Processo Civil, art.333, I). Se o contribuinte, ao impugnar a exigência, em vez de negar o fato gerador do tributo, alega ser imune, ou isento, ou haver sido, no todo ou em parte, desconstituída a situação de fato geradora da obrigação tributária, ou ainda, já haver pago o tributo, é seu ônus de provar o que alegou. A imunidade, como isenção, impedem o nascimento da obrigação tributária. São, na linguagem do Código de Processo Civil, fatos impeditivos do direito do Fisco. A desconstituição, parcial ou total, do fato gerador do tributo, é fato modificativo ou extintivo, e o pagamento é fato extintivo do direito do Fisco. Deve ser comprovado, portanto, pelo contribuinte, que assume no processo administrativo de determinação e exigência do tributo posição equivalente a do réu no processo civil”. (grifo nosso)

Depreende-se da leitura do texto acima transcrito que a alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do crédito tributário devem ser comprovados pelo contribuinte.

Dessa forma, caberia ao contribuinte comprovar o exercício da atividade de prestação de serviços de informática e comércio de suprimentos.

Nota-se, contudo, que nas defesas apresentadas nos presentes autos o contribuinte apoiou-se apenas em afirmações de que a sua exclusão do Sistema prejudicaria a

¹ Machado, Hugo de Brito; Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 5. ed., São Paulo: Dialética, 2003, p.273

manutenção financeira da empresa, que o auditor fiscal não fiscalizou a empresa "in loco", entre outras.

Ou seja, o contribuinte não juntou qualquer prova de suas alegações com exceção de cópias de textos dos quais afirma serem trabalhos digitados, a fim de fazer prova da atividade desenvolvida (fls. 54/62). Ocorre que tais textos, no meu entendimento, não fazem prova destas alegações, posto que são de fácil confecção, o que prejudica o convencimento dos julgadores.

Além disso, tais documentos não são suficientes, a meu ver, para rebater as provas colhidas e apresentadas pela autoridade fiscal.

Por fim, quanto a alegação recursal de que a exclusão do Simples com efeitos retroativos fere o princípio da irretroatividade, igualmente não merece prosperar, uma vez que a previsão legal (Lei nº 9.317/96, art. 15, II) para a exclusão estabelece que esta se dará a partir do momento em que verificada a prática de atividade vedada, veja-se:

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei;

Neste sentido, veja-se o entendimento jurisprudencial desta Câmara:

(...)RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA. Não há se falar em retroatividade quando norma jurídica que dispõe sobre o instituto da exclusão do Simples, remete a data da exclusão para o mês subsequente ao da opção vedada. (Art. 15-II, Lei 9.317/96, com redação dada pela MP nº 2.158-35/01).

Recurso Negado por Unanimidade. Acórdão nº 301-33968. Processo nº 10580.000394/2005-99. Relator Otacilio Dantas Cartaxo. Julgado em 14/06/2007.

Além disso, incabível a referida argumentação, posto que o princípio da irretroatividade estabelece que a lei nova somente poderá surtir efeitos relativamente aos eventos futuros, contudo, no caso ora analisado não há sequer uma lei nova.

Isto posto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto para exclusão do contribuinte do regime do Simples, por exercer atividade vedada.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2008


SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora