



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

Processo nº 13855.001334/2003-42
Recurso nº 137.383 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 302-39.987
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente M A VICENTE MORRO AGUDO - ME
Recorrida DRF-RIBEIRÃO PRETO/SP

**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 pessoa jurídica não pode ser excluída do SIMPLES sem que tenha sido buscada ao longo do procedimento fiscal a comprovação da efetiva prática das atividades vedadas por lei.

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: Corinho 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.

A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório Executivo nº 16, de 18 de julho de 2003, de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em Franca, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), em razão de sua atividade econômica: locação de mão-de-obra (fl. 39). Fundamentou-se na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, art. 9º, XII, f.

A exclusão foi motivada pela Representação do INSS que informou ter constatado que a empresa dedica a prestação de serviços de transporte de cana-de-açúcar, mediante cessão de mão-de-obra, e que é também responsável pelos trabalhadores que prestam serviços na empresa contratante.

A interessada, inconformada, ingressou com a manifestação de fls. 35/37 alegando que o INSS tomou por base para a sua representação tão-somente o contrato social, não realizando qualquer diligência ou solicitando esclarecimentos e que a Receita Federal também não procurou verificar se as atividades constantes no contrato social são efetivamente exercidas. Alegou que, apesar de haver previsão contratual, nunca exerceu a atividade de cessão de mão-de-obra, tendo desde a sua constituição prestado serviço tão-somente de transporte rodoviário de cargas. Citou que é o entendimento da Secretaria da Receita Federal que não pode uma empresa ser desenquadrada do Simples por ter em seu contrato social uma atividade impeditiva se nunca auferiu receita dessa atividade.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento 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

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

A pessoa jurídica que exerce a atividade de empreitada de mão-de-obra ou locação de mão-de-obra não pode optar pelo Simples.

Se no contrato social consta atividade incompatível com o Simples, a prova de que não exerce tal atividade cabe ao contribuinte, não o fazendo é lícito considerar válidas as informações constantes no contrato social.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa, Relator

O recurso é tempestivo, vez que o contribuinte foi intimado da decisão de primeira instância no dia 15 de dezembro de 2006 (fl. 61) e a sua protocolização perante a autoridade de jurisdição deu-se no dia 12 de janeiro de 2007. Trata-se de matéria de competência deste Terceiro Conselho. Dele tomo conhecimento.

A empresa reconhece no recurso a presença no contrato social de atividade impeditiva, qual seja, “*mão-de-obra rural*”. Contudo, declara que, apesar disso, nunca executou serviços de cessão de mão-de-obra rural. Que a mera previsão de atividade impeditiva no contrato social da empresa não afasta seu direito de optar pelo Sistema. Cita diversas decisões administrativas e apresenta documentos de comprovação de que sua atividade é a de venda de serviços de transporte rodoviário de carga.

No voto condutor da decisão *a quo*, o i. Julgador de primeira instância, além de levar em consideração a declaração contida no contrato social da empresa para formação de sua convicção, considerou, também, que o contrato de prestação de serviços apresentado pela recorrente fazia prova contra ela.

Também opera em desfavor da requerente o Contrato Particular de Prestação de Serviços entre a contratante (Usina de Açúcar e Alcool MB Ltda) e a contratada (M A Vicente – Morro Agudo ME) do qual depreende-se que a contratada assume a obrigação pela prestação de serviços, qual seja, o transporte de cana de açúcar, ficando a contratada obrigada à contratação de empregados, os quais ficam sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. Além disso, a forma de remuneração é em função da quantidade de cana transportada. Ora, não obstante as notas fiscais apresentadas, não há como aceitar, em face do contrato particular, de que a atividade da contribuinte seja tão-somente de transporte de cana de açúcar, ainda mais levando-se em conta a Declaração de Firma Individual que prevê a atividade de empreitada de mão-de-obra e a contribuinte não provou não ter exercido tal atividade.

Ao meu sentir, não é isso que se depreende dos termos contratuais em que a prestação de serviço foi pactuada. O fato de toda a responsabilidade pelos empregados que realizam o serviço, “*do ponto de vista jurídico*”, ficar a cargo da empresa contratada, não admite a presunção de que esta esteja locando mão-de-obra, apenas delimita os termos em que o serviço será contratado e se destina a dispensar a contratante de responsabilidades de natureza trabalhista. Houvesse qualquer evidência de vinculação hierárquica entre os empregados e a contratante e, aí sim, poder-se-ia pensar nesta direção, mas não há.

No que diz respeito ao objeto informado no contrato social da empresa e à falta de provas para desconstituir a declaração de vontade por ele representada, cuja responsabilidade é atribuída à recorrente, permito-me mais uma vez propor entendimento diverso do que embasou a decisão *a quo*.

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.

Decorre disso que a solução da lide mais uma vez recai sobre a questão do ônus probante.

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 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.

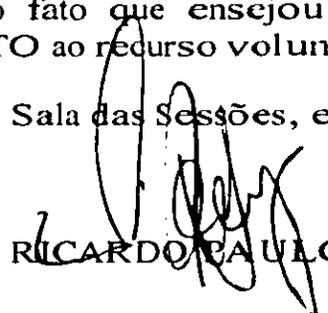
Embora isso, tais pressupostos não dispensam a administração de laborar em busca da obtenção das provas.

No caso concreto, tem-se que a administração tributária excluiu do SIMPLES pessoa jurídica exclusivamente pelo fato de constar do contrato social atividade vedada e por considerarem-se insuficientes os documentos apresentados pelo contribuinte com vistas a fazer prova em sentido contrário.

Não pode toda a responsabilidade pela adequada instrução processual recair 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. 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 se pode esperar e muito menos exigir que o contribuinte traga aos autos as provas necessárias à solução do litígio em seu favor antes que ele seja intimado a apresentar os documentos correspondentes.

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