



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

Processo nº 13976.000248/2003-46
Recurso nº 139.480 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 302-39.986
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente RINEMACO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA - EPP
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES. EXCLUSÃO MÚLTIPLO OBJETO SOCIAL. ONUS PROBANTI.

Quando há mais de uma atividade econômica ou profissional inclusa no objeto social do contribuinte, cabe ao Fisco a prova de que este efetivamente praticou alguma atividade vedada à opção da sistemática de tributação do SIMPLES, sendo impossível exigir prova negativa do contribuinte.

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

MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Ricardo Paulo Rosa, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente). Ausente a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade ao Despacho Decisório nº 206/2004, da DRF/Joinville que indeferiu o pedido de inclusão retroativa no Simples desde 01/01/2001 (fls.55/56).

A autoridade fiscal indeferiu o pedido tendo como razão o fato de a reclamante desenvolver atividade vedada àquela sistemática.

Inconformada, apresentou o pedido de fls. 63/64, afirmando que mantinha em seu contrato social a previsão de diversas atividades que pretendia desenvolver mais tarde, porém optou por exercer somente o comércio varejista de materiais de construção e ferragens. Assim, pede seu enquadramento retroativo face não desenvolver atividade vedada e ante o fato de haver alterado o contrato social para excluir os serviços que lhe impedem de aderir ao Simples. Junta ao processo de fls. 65 a 100.

Nos termos da Portaria MF nº 179, de 13 de fevereiro de 2007, o processo foi transferido à essa DRJ em Curitiba-PR, para julgamento.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2001

INCLUSÃO RETROATIVA.

Indefere-se o pedido de inclusão retroativa ao Simples quando a reclamante não comprova, de forma inequívoca, por meio dos atos previstos na legislação de regência, seu desejo de aderir ao benefício.

Solicitação indeferida.

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados a este Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator

Entendo que o recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais.

Observo que a decisão de primeira instância está viciada por deixar de apreciar o principal motivo da negativa de inclusão do contribuinte na sistemática de tributação do Simples, limitando-se a incluir uma nota/lembrete, em tonalidade distinta do restante do voto, com o seguinte teor: “Falar sobre as atividades.”.

Aparentemente, a relatora do voto condutor pretendia inserir naquele ponto, seus argumentos sobre a matéria, contudo deixou de fazê-lo por motivos não trazidos aos autos.

Esta omissão conduz à clara nulidade da decisão recorrida, que apesar de não arguida pelo recorrente deve ser conhecida de ofício por este julgador (*Dec. 70.235/72 Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.*), entretanto, como entendo que podemos neste momento julgar o mérito de forma favorável ao contribuinte, não apreciarei esta matéria preliminar, na forma do disposto parágrafo 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Art. 59. São nulos:

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

No presente caso, não há prova nos autos de que a ora recorrente tenha efetivamente exercido qualquer atividade impeditiva da opção pela sistemática de tributação do Simples, ao contrário, o contribuinte nega tê-las exercido e observa-se que há Certidão às fls 146 da Prefeitura Municipal de Rio Negrinho, Estado de Santa Catarina, que atesta que a atividade econômica da recorrente é o comércio de materiais de construção.

Ademais, o contribuinte, ora recorrente, em seu recurso afirma que “desde 2001 vem praticando todos os seus atos como empresa enquadrada no simples” (fls. 110), o que as provas trazidas aos autos parecem confirmar.

Como já decidiu reiteradas vezes este Colegiado, havendo mais de uma atividade prevista no contrato social do contribuinte, cabe à autoridade fiscal provar que este efetivamente exerceu a atividade vedada, o que não ocorre nestes autos.

A exemplo desta jurisprudência deste Colegiado, cito o brilhante voto do ilustre Conselheiro Corintho Oliveira Machado, proferido nos autos do recurso voluntário nº 136.239, cuja ementa é a seguinte:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. OBJETO SOCIAL MÚLTIPLO. ÔNUS DA PROVA.

Havendo mais de uma atividade no objeto social da empresa, e nem todas vedadas à opção pelo SIMPLES, no procedimento de exclusão do regime cabe à Administração Tributária provar que a recorrente praticava pelo menos uma das atividades vedadas constantes de seu contrato social, ou mesmo não constante desse, e não à recorrente fazer prova negativa de que não praticava nenhuma atividade vedada, portanto, é indevida a exclusão.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Por esta razão, VOTO por conhecer do recurso e dar-lhe integral provimento para reconhecer ao contribuinte, ora recorrente, o seu direito à inclusão retroativa a partir do ano calendário de 2001, inclusive, devendo a autoridade competente fiscalizar o cumprimento dos demais requisitos previstos em lei e sem prejuízo de sua eventual exclusão, no caso de desobediência a comando legal.

Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2008

Marcelo Ribeiro Nogueira
MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator