



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10830.003481/2003-47
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-003.608 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2019
Matéria SIMPLES- INCLUSÃO RETROATIVA
Recorrente ENGEHIDRO INSTALAÇÕES E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 1999

NULIDADE. DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O pedido de realização de diligência não elide nem tem o condão de transferir o ônus probatório da parte quanto ao que alega. Cabe à autoridade julgadora decidir sobre a realização de diligências, de ofício ou a pedido, indeferindo as que considera prescindíveis e seu indeferimento fundamentado não enseja cerceamento ao direito de defesa.

SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA EXPRESSAMENTE PREVISTA NOS ATOS CONSTITUTIVOS. PRESUNÇÃO DE SEU EXERCÍCIO. AFASTAMENTO. ÔNUS DA PROVA.

A atividade econômica explorada pelo contribuinte é exteriorizada, em princípio, pelo objeto definido em seus estatutos sociais, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar que não a exerce de fato por meio de elementos hábeis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Rogério Aparecido Gil, Maria

Processo nº 10830.003481/2003-47
Acórdão n.º **1302-003.608**

S1-C3T2
Fl. 60

Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias, Marcelo José Luz de Macedo (Suplente convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente). Ausente o conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, substituído pelo conselheiro Marcelo José Luz de Macedo.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 05-22.203 - 1º Turma da DRJ/Campinas/SP, proferido em 17 de junho de 2008, que indeferiu a solicitação de inclusão retroativa no Simples, conforme sintetizado na seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 1999

CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES FEDERAL.

O exercício de atividade na área da construção civil é circunstância que impede o ingresso ou a permanência no Simples Federal.

Cientificada em 08/08/2008 (AR - fls. 47), a interessada apresentou recurso voluntário em 05/09/2008 (fls. 48 e sgs), no argumenta em síntese:

Preliminares:

a) a nulidade do acórdão recorrido em face de cerceamento ao direito de defesa, caracterizada em face do indeferimento do pedido de diligências expressamente formulado em sua manifestação;

b) que seja reconhecida a nulidade processual, determinando-se a conversão do julgamento em diligência a fim de garantir a ampla defesa e o contraditório e elidir a nulidade processual decorrente do cerceamento ocorrido;

Mérito:

c) que exerce as atividades de comércio de materiais de construção e que não exerce, nem jamais exerceu, a prestação de serviços em instalação hidráulica e nenhuma outra que se amolde à construção civil ou correlata;

d) que, conforme os próprios registros fiscais oriundos da própria Receita Federal do Brasil, comprova que não exerce referida atividade ou ainda qualquer outra que vedada pela legislação;

e) que "o fato de constar a atividade vedada em contrato social da recorrente, por si só, não se presta ou é suficiente a manter a exclusão da recorrente do Simples Federal, especialmente por se tratar de atividade nunca exercida pela recorrente, como bem se demonstra a prova a se coligir aos autos, estando assim absolutamente apta a participar do Simples Federal";

Processo nº 10830.003481/2003-47
Acórdão n.º **1302-003.608**

S1-C3T2
Fl. 62

f) que, diante dos fatos expostos, seja deferida sua inclusão retroativa no Simples Federal a partir de 01/01/1999.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, dele conheço.

A recorrente alega, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida pelo fato de ter indeferido o pedido de realização de diligências formulado, ao mesmo tempo em que considerou que a interessada não trouxe nenhuma prova aos autos que pudesse desconstituir a acusação do exercício de atividade vedada.

Examinando os autos, verifica-se que a recorrente não acostou nenhum documento em sua manifestação de inconformidade, limitando-se a argumentar que não exercia atividades correlatas à construção civil ou qualquer outra vedada pela lei, o que estaria espelhado em suas declarações prestadas à Receita Federal.

Neste diapasão, requereu a conversão em diligência, caso a autoridade julgadora entendesse necessária *"a complementação de prova (...) fim de se apurar junto ao Fisco Federal, todas as declarações e informações prestadas pela recorrente no interregno legal e/ou ainda a produção de prova documental complementar"*.

Ora, a decisão recorrida é extremamente clara ao admitir que a atividade exercida pela recorrente em um primeiro plano se identifica a partir do seu contrato social, admitindo, porém que a declaração de vontade externada naquele instrumento pode ser desconstituída por outros elementos de prova, como por exemplo, a apresentação das notas fiscais de venda das mercadorias e produtos, que espelham a receita da atividade, ou mesmo a alteração dos atos constitutivos.

Ocorre que tal providência, visando comprovar o que alega, estaria a cargo da interessada, que nada trouxe ao processo, transferindo o ônus de obtenção da prova à autoridade julgadora e à administração tributária.

O Decreto nº 70.235/1972 estabelece que cabe à autoridade julgadora analisar a necessidade de realização de diligência, podendo promovê-la de ofício, quando entender necessário e indeferir o pedido de sua realização quanto considerá-las imprescindíveis, *verbis*:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Além disso, a interessada sequer especifica quais os elementos e informações que pretende obter na diligência, desatendendo ao disposto no art. 16, inc. V do mesmo decreto, *verbis*:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

V - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

No seu recurso, além de alegar a nulidade pelo indeferimento da diligência pelo colegiado recorrido, a recorrente reitera o pedido de realização de diligência, sem acostar aos autos quaisquer elementos novos, mesmo aqueles apontados exemplificativamente pelo acórdão recorrido como hábeis para infirmar a atividade declinada no contrato social.

Ante ao exposto, rejeito, a um só tempo a alegação de nulidade do acórdão recorrido e o pedido de realização de diligências.

No mérito, a recorrente se limita a alegar as mesmas razões trazidas na manifestação de inconformidade e examinadas com extrema propriedade pelo acórdão recorrido, do qual colho os principais aspectos, *verbis*:

[...]

Ao mérito, tudo se resolve desde que se perquiria sobre a atividade econômica explorada por este Contribuinte, coisa que se encontra, em primeira aproximação e para efeito de prova daquilo que mais proximamente pode retratar a sua realidade, nos atos constitutivos da sociedade empresária (ou no requerimento de empresário individual, no caso de exploração de atividade econômica por pessoa natural singularmente considerada). Assim o diz o Enunciado nº 54 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal sobre o art. 966 do Código Civil:

Empresa. Caracterização. Jornada I STJ 54: “É caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais.” [NERY JUNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código civil comentado e legislação extravagante. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.558]

Deste Enunciado segue-se a conclusão de que a demonstração da prática empresária (e é de atividade empresária que se cuida aqui) pode ser feita de dois modos: num primeiro momento, como se disse, a partir do que consignado nos atos constitutivos da sociedade a título de objeto social (ou o que anotado no requerimento individual); ou, num segundo estágio, a partir da demonstração da prática de atos de empresa.

Pela primeira via (atividade econômica explorada como consignada nos atos constitutivos ou no requerimento de empresário individual), vê-se que este Contribuinte explora a “prestação de serviços em instalações hidráulicas e mão de obra” (fl. 04). Tal atividade, sem mais outros elementos de distinção, pode bem figurar nos impedimentos versados nos incisos V e XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317, de 1996 (como anotado pelo DRF de origem), ainda mais quando se leva em linha de conta os dizeres do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 30, de 14/10/1999:

Ato Declaratório Normativo COSIT nº 030, DOU de 18/10/1999

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 199, inciso IV, do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF N° 227, de 3 de setembro de 1998, e tendo em vista as disposições do inciso V do art. 9° da Lei N° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, com as alterações promovidas pelo art. 4° da Lei N° 9.528, de 10 de dezembro de 1997.

Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que a vedação ao exercício da opção pelo SIMPLES, aplicável à atividade de construção de imóveis, abrange as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, tais como:

- 1. a construção, demolição, reforma e ampliação de edificações;*
- 2. sondagens, fundações e escavações;*
- 3. construção de estradas e logradouros públicos;*
- 4. construção de pontes, viadutos e monumentos;*
- 5. terraplenagem e pavimentação;*
- 6. pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação*
de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias; e
- 7. quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.*

(destacou-se)

A linha argumentativa experimentada pelo Contribuinte caminha no sentido de desqualificar o objeto social prestigiado em seus atos constitutivos.

De saída, não se nega tal possibilidade, apenas que isso demanda melhor esforço probatório.

Reforce-se que as pessoas, todas elas, vinculam-se aos efeitos jurídicos que naturalmente decorrem das declarações que emitem, sob pena de total insegurança jurídica. Por outro tanto, presentes os elementos existenciais, de validade do ato/negócio jurídico e, ainda, salvo eventuais vícios de consentimento, pressupõe o Direito que a declaração de vontade é sempre intencional, ou seja, é serviente ao fiel retrato do pensado (da vontade), bem como é sempre, ela, declaração de vontade, absolutamente séria, pena de não se ter estabilidade jurídica no trato comum da vida. Demais disso, não exigindo a lei forma específica, vale desde logo a declaração de vontade, isto é, gera efeitos jurídicos que vinculam as partes interessadas e/ou envolvidas. Assim expõe a doutrina, assim fixa o Código Civil, art. 107:

[...]

Adiante-se, outrossim, que não é o caso de o Contribuinte restar indefinidamente atrelado à declaração de vontade lançada nos seus atos constitutivos (contrato ou estatuto social, declaração de firma individual). Não. Como todo fato jurídico, tal declaração de vontade pode muito bem ser desconstituída por outra de igual ou superior força. Exemplo: declaração de vontade que altera o objeto social; declaração de vontade veiculada em notas fiscais (seqüenciais e que acobertem largo intervalo de tempo). Veja-se que tais declarações são tão ou mais robustas que “a

primeira (que fala da atividade econômica originalmente declarada), certo que, em todas elas, concorre a manifestação de vontade de terceiro desinteressado (do órgão competente do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, no caso de ato constitutivo; ou do adquirente do produto/serviço vendido pelo Contribuinte, na hipótese de notas fiscais, conforme estampado nos canhotos de ditas notas fiscais).

Presentemente, sem que o Contribuinte faça a juntada de outros instrumentos probatórios (tais os já citados: alterações de contrato social ou estatuto, de declaração de firma individual, notas fiscais de venda de produtos, mercadorias e/ou serviços), não se pode, pura e simplesmente, à força de simples alegação, ter por desconstituída (ou até restringida) a declaração de vontade impressa em seus atos constitutivos.

[...]

Não tenho reparos à análise, acima transcrita, adotando-a como fundamento para decidir a questão no seu mérito, posto que a recorrente não agregou nenhum argumento ou elemento novo à discussão, limitando-se a reiterar que não exercia a atividade vedada e a requiere a realização de diligência com vistas à demonstrá-la.

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Luiz Tadeu Matosinho Machado