



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

Processo nº 10120.004015/2008-08
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1801-001.211 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 03 de outubro de 2012
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente CONSTRUTORA IDEAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

PRAZO PARA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. TERMO INICIAL É A DATA DO DEFERIMENTO DA ÚLTIMA INSCRIÇÃO, SEJA MUNICIPAL OU ESTADUAL.

Empresa de construção civil que realiza contratos de empreitada com fornecimento de materiais e que está obrigada, perante a legislação estadual à inscrição como contribuinte. O prazo de dez dias para efetuar a opção pelo Simples Nacional prescrito no art. 7º da Resolução CGSN n.04/2007 deve ser computado a partir do último deferimento de inscrição, seja municipal ou estadual.

ATIVIDADE IMPEDITIVA QUE NÃO É EFETIVAMENTE EXERCIDA PELA EMPRESA

É ilegítima a exclusão de pessoa jurídica do Simples Nacional quando exclusivamente motivada na descrição do objeto social da empresa, se comprovado que a empresa efetivamente não exerce tais atividades.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes, Presidente

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Maria de Lourdes Ramirez, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Ana de Barros Fernandes. Ausente momentaneamente o Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Relatora

Trata-se de recurso voluntário contra decisão de indeferimento de inclusão retroativa no Simples Nacional sob o fundamento (i) de intempestividade de solicitação de opção de empresa em início de atividade; (ii) constar do contrato social da empresa atividades vedadas à opção pelo Simples Nacional, em conformidade com o Anexo I da Resolução CGSN n. 6, de 18/06/2007, alterada pela Resolução CGSN n. 20, de 15/08/2007.

A Recorrente teve o seu pedido indeferido (fls.03), pois, de acordo com a decisão veiculada no portal do Simples Nacional, pela *internet*, a opção teria sido formalizada após o prazo de dez dias contados do último deferimento da inscrição municipal ou estadual.

Isto porque, de acordo com o art. 7º da Resolução CGSN n.04/2007 “a ME ou EPP, após efetuar a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica CNPJ, bem como obter a sua inscrição estadual e Municipal, caso exigíveis, terá o prazo de 10 (dez) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional”.

No caso concreto, a Recorrente teve o deferimento de inscrição municipal em 10/01/2008 (fls.09), da Secretaria do Estado de Fazenda em 24/01/2008 (fls08), ao passo que a sua opção pelo Simples Nacional foi exercida em 29/01/2008.

Às fls. 01 a 02, a Recorrente apresentou impugnação ao termo de indeferimento, alegando a subsunção aos ditames do art.7º da Resolução CGSN n.04/2007, uma vez que entre o deferimento da inscrição junto à Secretaria da Fazenda do Estado e a opção pelo Simples Nacional, não teria transcorrido mais de dez dias.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Goiânia/GO, pelo Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário, emitiu o Despacho DF/GOI/Sacat n. 1711/2008 (fls.16-18) propondo a manutenção do indeferimento da opção, porque no contrato social da Recorrente consta como objeto atividades de instalação e manutenção de rede elétrica em edificação rural e urbana, inclusive elevadores, escadas, vedadas, por estarem expressamente mencionadas no Anexo I da Resolução CGSN n.06/2007, alterada pela Resolução n.20/2007.

Por outro lado, em relação à questão dos prazos para opção, em virtude de disposição do inciso I, §3º do art.7º da Resolução n. 04/2007, alterada pela Resolução CGSN n. 41, de 01 de setembro de 2008, que previa o prazo de 30 (trinta dias) contados do último deferimento para efetuar a opção pelo Simples Nacional. Assim, por aplicação do art.105 do CTN, sua opção seria tempestiva.

Às fls. 23, contudo, foi retificado o Despacho DF/GOI/Sacat n. 1711/2008, para confirmar o indeferimento também pela intempestividade, pois o art.2º da Resolução CGSN n. 41, de 01 de setembro de 2008, estabeleceu o início de sua vigência na data de sua publicação.

A Recorrente novamente apresentou impugnação ao referido despacho (fls.24-26) alegando que (i) que o prazo de 10 dias para opção deveria ser contado da data do deferimento da inscrição estadual, pois seu ramo de atividade, construção civil, implica na compra de mercadorias em seu nome a serem agregadas às construções contratadas e, portanto, na necessidade da inscrição estadual; (ii) a despeito de em seu contrato social constar atividades impeditivas, a única atividade que, de fato, realiza, é a de construção civil, apenas constando a descrição das outras atividades “como finalidade de impedir tal desclassificação juntamente às licitações”. E como fundamento ao seu último argumento, acostou aos autos cópias dos “contratos de execução de obras e serviços” celebrados junto à Prefeitura Municipal de Inhumas.

Às fls. 41-42, complementou sua impugnação, aduzindo que as empresas cujas atividades, tal como ela própria, para efeitos de inclusão no Simples Nacional, sejam ambíguas, poderiam efetuar a opção pelo regime simplificado, pela *internet*, desde que declarem que exercem tão-somente atividades permitidas.

A 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília, ao apreciar a defesa da Recorrente, manteve o indeferimento da inclusão por meio do Acórdão 03-36.235, em decisão (fls. 97 -) ementada nos seguintes termos:

Assunto: Simples Nacional

Ano-Calendário:2008

OPÇÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

Solicitação de inclusão intempestiva. Contribuinte isento de inscrição estadual, prevalece como termo a quo da inscrição exigível municipal.

Em relação a ano-calendário de 2008, não atende ao requisito para ingresso ao Simples Nacional, a microempresa ou empresa de pequeno porte cujo objeto social seja a manutenção da rede de distribuição de energia elétrica, tampouco a instalação, manutenção e reparação de elevadores, escadas e esteiras rolantes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Sem crédito em litígio.

A DRJ fundamentou a sua decisão na intempestividade do pedido, pois conforme se depreende das fls. 15, a Recorrente seria isenta de inscrição estadual, o que levaria o termo inicial para a contagem do prazo de 10 (dez) dias para opção, a data da inscrição municipal, na forma do inciso I, §3º, do art. 7º da Resolução CGSN n. 4/2007.

Ademais, o indeferimento também se manteria em função do exercício de atividade vedada, pois somente teriam sido superadas as vedações para a atividade de “manutenção de redes de distribuição de energia elétrica, bem como instalação, manutenção e

reparação de elevadores, escadas e esteiras rolantes”, partir de 01/01/2009, em decorrência da alteração da Lei Complementar n. 123/2006, pela Lei Complementar n. 128/2008. Portanto, a vedação à atividade referida apenas deixou de existir quando da publicação da Resolução CGSN n.50, de 22/12/2008, que alterou a Resolução CGSN n. 4/2007.

A Recorrente apresentou recurso voluntário às fls. 104 a 107, acrescentando aos argumentos apresentados nas peças de defesa anteriores, que, de acordo com a legislação do Estado de Goiás, estaria obrigada à inscrição estadual, além de que, as atividades verdadeiramente exercidas pela Recorrente, conforme os contratos de prestação de serviços acostados aos autos, não estariam dentre aquelas expressamente vedadas, constantes do Anexo I da Resolução CGSN n.06/2007, ao passo que a atividade vedada, não seria efetivamente exercida, o que lhe viabilizaria a opção pelo Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

A presente contenda que versa sobre a inclusão retroativa no Simples Nacional, de empresa em início de atividade, gravita em torno de dois pontos: (i) intempestividade de solicitação de opção de empresa em início de atividade; (ii) constar do contrato social da empresa atividades vedadas à opção pelo Simples Nacional, em conformidade com o Anexo I da Resolução CGSN n. 6, de 18/06/2007, alterada pela Resolução CGSN n. 20, de 15/08/2007.

Sobre a tempestividade, a Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, estabelecia que:

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

[...]

3º No caso de início de atividade da ME ou EPP no ano-calendário da opção, deverá ser observado o seguinte:

[...]

I - a ME ou a EPP, após efetuar a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como obter a sua inscrição estadual e municipal, caso exigíveis, terá o **prazo de até 10 (dez) dias, contados do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional**; (grifado)

A controvérsia dos autos é quanto ao termo inicial da contagem do prazo de dez dias, pois se contados do prazo de inscrição municipal, a Recorrente teria extrapolado o prazo, enquanto que, contado o prazo da inscrição estadual, seria tempestiva sua opção.

Na decisão da Delegacia de Julgamento entendeu-se que, em sendo a Recorrente isenta de inscrição estadual, por ser empresa de construção civil, sua opção seria intempestiva.

Portanto, relevante a verificação da obrigatoriedade da inscrição estadual para a Recorrente.

Na legislação estadual, mais precisamente o Decreto Estadual nº 4.852 de 29.12.1997 (D.O.E: 29.12.1997), que regulamenta Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, Código Tributário do Estado de Goiás, tem-se os seguintes dispositivos:

Art. 24. Considera-se empresa de construção civil, para fins de inscrição e cumprimento das demais obrigações fiscais previstas neste anexo, toda pessoa, natural ou jurídica, que executar obra de construção civil ou hidráulica, promovendo a circulação de mercadoria em seu próprio nome ou de terceiro.

Art. 25. O ICMS incide sempre que a empresa de construção promover saída de mercadoria:

I -decorrente de obra executada ou de demolição, inclusive sobra e resíduo, quando destinados a terceiro;

II -de fabricação própria.

Art. 27. **Deve inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do Estado - CCE/GO -, antes de iniciar suas atividades, a pessoa que promover as operações referidas no artigo anterior.**

§ 1º Se a empresa mantiver mais de um estabelecimento, ainda que simples depósito, em relação a cada um deles é exigida inscrição.

§ 2º Fica dispensada de inscrição:

I - a empresa que se dedique exclusivamente a atividade profissional relacionada com a construção civil, mediante prestação de serviço técnico, tal como elaboração de planta, projeto, estudo, cálculo, sondagem de solo e assemelhado;

II - a empresa que se dedique à exclusiva prestação de serviço em obra de construção civil, mediante contrato de administração, fiscalização, empreitada ou subempreitada, sem fornecimento de material.

§ 3º A empresa mencionada no parágrafo anterior, caso venha a realizar operação relativa à circulação de mercadoria, em nome próprio ou de terceiro, em decorrência de execução de obra de construção civil ou hidráulica, fica obrigada à inscrição e ao cumprimento das demais obrigações previstas neste anexo.” (g.n.)

Observa-se que em consonância com a legislação do Estado de Goiás, haverá a incidência do ICMS sempre que a empresa de construção promover saída de mercadoria, decorrente de obra executada ou de demolição, inclusive sobra e resíduo, quando destinados a terceiro e de fabricação própria, devendo inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do Estado de Goiás (CCE-GO), antes de iniciar suas atividades.

Dos contratos acostados aos autos pela Recorrente, depreende-se que tem como objeto a prestação de serviços de construção civil “*sob o regime de empreitada global*”, obrigando-se a contratada a fornecer serviços e materiais necessários para a execução das obras.

Destarte, de acordo com o Código Civil, Lei n. 10.406/2002, em seu art. 610, que dispõe sobre o contrato de empreitada “*o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais*”, e o parágrafo § 1º estabelece que “*a obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.*”

Nesse contexto, resta claro que a Recorrente era obrigada à inscrição estadual, uma vez comprovado que os contratos celebrados com a Prefeitura de Inhumas, previam obrigação de fornecimento de materiais.

Portanto, o termo inicial da opção ao Simples Nacional deveria ser computado pela data da inscrição estadual, em **24/01/2008 (fls.08)**, de sorte que considerando que a sua opção pelo Simples Nacional ocorreu em **29/01/2008, estava dentro do prazo legal, devendo ser dado provimento ao recurso voluntário, nesse ponto.**

Sobre a atividade impeditiva, à época do pedido de inclusão da Recorrente, vigia a Resolução CGSN n.06/2007, com as alterações da Resolução n. CGSN n. 20/2007, cujo Anexo I trazia as atividades impeditivas para opção ao Simples Nacional, dentre as quais:

4221-9/03 Manutenção de redes de distribuição de energia elétrica

4329-1/03 Instalação, manutenção e reparação de elevadores, escadas e esteiras rolantes, exceto de fabricação própria

No CNPJ da Recorrente, consta como atividade econômica principal a realização de obras de alvenaria (CNAE 43.99-1-03), e como atividade secundária, realização de obras de terraplanagem (CNAE 43.13-4-00), entretanto, em seu contrato social, há a descrição das atividades acima descritas.

Em sua defesa a Recorrente alega que sua atividade principal é a de construção civil, especificamente a de edificações de residências, industriais, comerciais e construção de praças públicas em obra municipal e que apenas incluiu as atividades de “*manutenção de redes de distribuição de energia elétrica, bem como instalação, manutenção e reparação de elevadores, escadas e esteiras rolantes*”, com o intuito de “*não perder qualquer licitação de concorrência que seja, pela alegação de que a atividade comercial licitada não constasse em seu contrato social, especificamente*”. Contudo, declara que desde o início de suas atividades, nunca teria efetivamente exercido tais atividades.

Nesse ponto, na decisão da Delegacia de Julgamento entendeu-se que o fato de constar no contrato social da Recorrente atividade impeditiva para opção pelo Simples Nacional, constante do Anexo I da Resolução CGSN n.04/2007, ainda que não efetivamente exercida, seria suficiente para o indeferimento.

Da mesma forma, sobre esse ponto, entendo que a decisão recorrida não merece prosperar, pois à luz da verdade material, não se legitima indeferimento de opção pelo Simples

Nacional, unicamente lastreada na descrição do objeto social do optante, ainda que demonstrado que não há o efetivo exercício da atividade vedada.

Nesse contexto, os contratos acostados aos autos são todos de execução de obras e serviços, realizados com a Prefeitura de Inhumas, decorrentes de procedimento licitatório, não se vislumbrando, em nenhum deles, a contratação de atividade vedada. Com efeito, constata-se que têm como objeto:

-(fls.127) – execução de serviços de reconstrução da Praça Manoel da Silva Luis Brandão;

-(fls.134) – construção de uma praça pública no conjunto habitacional Amélio Alves dos Reis;

-(fls.141) – reforma da biblioteca Moacir José Reis;

-(fls.148) – reconstrução da Praça Abelardo Vaz da Costa;

-(fls.155)- serviços de calçamento com meio-fio;

E em diversas ocasiões, esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, manifestou-se sob as mesmas premissas, conforme se depreende dos seguintes julgados:

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

Ano- calendário: 2002

SIMPLES REPRESENTAÇÃO COMERCIAL ATIVIDADE IMPEDITIVA QUE NÃO É EFETIVAMENTE EXERCIDA PELA EMPRESA INCLUSÃO RETROATIVA

Quando o objeto social da empresa é composto por diversas atividades e uma delas é vedada ao Simples, restando comprovado que as receitas auferidas decorreram exclusivamente das atividades compatíveis com o Simples, inexistindo óbice legal para o enquadramento do contribuinte nesse regime de tributação. Verificado que a empresa, de forma inequívoca, quis se enquadrar no Simples, apresentando as declarações nesse regime de tributação e pagando os tributos também nessa modalidade.

(Acórdão nº 180200.871 – 2ª Turma Especial, Processo nº 10830.003172/200377)

SIMPLES — EXCLUSÃO — MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE MÁQUINAS INDUSTRIAIS — EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ASSEMELHADA À DE ENGENHEIRO — NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

A vedação imposta pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317, de 1996 se aplica à pessoa jurídica que, comprovadamente, desempenhe atividades que dependam de habilitação profissional legalmente exigida.

O exercício de atividade assemelhada à de engenheiro deve ser comprovada à luz de documentos que demonstrem, inequivocamente, se tratar de ocupação com o mesmo grau de complexidade e exigência curricular.

Carece de legitimidade a exclusão de pessoa jurídica do Simples quando exclusivamente motivada na descrição do objeto social da empresa de prestação de serviços de manutenção e reparação de máquinas.

(Acórdão nº 1402-00.165 — 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Processo nº 13982.000591/2003-10)

Acresça-se que é ônus da fiscalização colacionar provas de que o contribuinte exerce atividade vedada à opção pelo Simples Nacional.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário interposto.

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo