



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

Processo n° 10805.000680/2006-53
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.738 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria Simples Federal
Recorrente VWC Equipamentos de Instrumentação e Comércio Ltda
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. ASSEMELHADOS.

A interpretação analógica é técnica de interpretação permitida e autorizada no termo “assemelhados”, presente no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, José Roberto Adelino da Silva e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Ato Declaratório DRF/SAE nº 568.244, de 02 de agosto de 2004 (e-fl. 47), através do qual o contribuinte referenciado foi excluído do SIMPLES FEDERAL em razão de constatação de situação incluída nas hipóteses de vedação à opção pela sistemática

tributária em questão, no caso, prestação de serviços assemelhados a engenharia, por força do artigo 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96."

Por bem resumir o litígio reproduzo a seguir o Relatório da decisão recorrida (e-fls. 33/35):

Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório 568.244, de 02 de agosto de 2004 (fl.14), em virtude de o contribuinte exercer atividade econômica não permitida - Código CNAE 2821-5/02 (Manutenção e reparação de tanques, reservatórios metálicos e caldeiras para aquecimento central).

A Delegacia da Receita Federal em Santo André indeferiu a Solicitação de Revisão de Exclusão do contribuinte (fl. 10), justificando que o contribuinte desenvolve atividades características de profissional habilitado ou assemelhado, vedada ao Simples, e que contesta matérias de direito, cuja análise é de competência da DRJ.

Cientificado do indeferimento da SRS em 27/03/2006 (fl.09 - verso), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 13/04/2006 (fls. 01/08), alegando, em síntese, que:

A palavra "assemelhados" e' aplicada de forma absurdamente extensiva, colocando em risco a capacidade financeira da empresa. No caso de perpetrar-se sua exclusão do Simples, suas atividades restarão inviabilizadas;

O ato de exclusão é totalmente arbitrário, pois que sua retroatividade afronta os princípios constitucionais da segurança jurídica, "não surpresa", da irretroatividade e legalidade tributária, bem como ao disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional. Ainda, o artigo 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, disporia que "a exclusão do simples surtirá efeito a partir do mês subsequente ao da exclusão, não sendo devidas as contribuições de forma retroativa";

Caso não se conclua pelo alegado, que os efeitos da exclusão ocorram somente a partir da data do recebimento do Ato de exclusão.

A 1ª Turma da DRJ/CPS indeferiu a manifestação de Inconformidade, através do acórdão n. 05-18.719 (e-fls. 33/35) afastando as questões de direito suscitadas.

Cientificada da decisão de primeira instância em 12/09/2007 (e-fl. 38) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 27/09/2007 (e-fl. 39), em que repete os argumentos da manifestação de inconformidade.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

O recurso ao CARF é tempestivo. Dele conheço.

Quanto ao mérito, o artigo 9º, inciso XIII, e art. 13, II, "a" da Lei n.º 9.317/96, prescrevem sobre o impedimento da opção e à obrigatoriedade da exclusão quando constatado que houve opção indevida:

*“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, dentista, 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 dependa de habilitação profissional legalmente exigida" (Destaquei)".*

(...)

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

(...)

II - Obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

Já os efeitos da exclusão foram fixados a partir de 1º de janeiro de 2002 conforme o disposto no art. 15, II, da Lei 9.317/96:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;

Ressalte-se que alegações de excesso inconstitucional do legislador ordinário deve ser levado a apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe a verificação da compatibilidade da norma jurídica com os preceitos constitucionais. Estes argumentos são inoponíveis na esfera administrativa. Nesse sentido o art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972. E no mesmo sentido cabe a atenção da autoridade administrativa aos dispositivos legais, não cabendo seu afastamento por apelo à doutrina ou à jurisprudência não vinculante.

Duvida também a Recorrente da legalidade do uso do termo "assemelhados". Mas tal previsão provém da autorização contida no CTN para a aplicação legal da interpretação analógica. Assim propriamente destacou a decisão de piso sobre a legalidade da aplicação do termo citado e da retroatividade da exclusão:

Da leitura do texto em comento, não há como dizer que o contribuinte prescindiria de conhecimento de profissional da área de engenharia, ou a ele assemelhado, para o exercício de suas atividades.

Por outro lado, como o contribuinte não contesta a motivação de sua exclusão, limitando-se a questionar a respeito da interpretação do termo “assemelhados”, da legalidade, e da retroatividade de seus efeitos, restringe-se esta análise a tais questionamentos.

Sobre o termo “assemelhados”, constante da Lei nº 9.317/96, art. 9º, inciso XIII, in fine, o que aí se consagra é a possibilidade de aplicação da interpretação analógica. Ocorre sempre que a Lei, após discorrer casuisticamente sobre as hipóteses materiais de sua incidência e/ou de circunstâncias de modo, tempo, ou lugar, pertinentes àquela materialidade, expressamente consigna que o aplicador do direito pode (deve, mesmo) trazer à subsunção outras tantas hipóteses materiais semelhantes. É dizer, que a relação de atividades daquele dispositivo legal não seria exaustiva, incluindo qualquer atividade de prestação de serviço que tenha similaridade ou semelhança com aquelas enumeradas.

Nessa linha de raciocínio, deve-se assentar o fato de que basta o exercício da prestação dos serviços relacionados no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, com supervisão, assinatura ou execução por profissional regulamentado ou não, para que a opção pelo Simples seja vedada. Diante disso, mesmo que os serviços sejam prestados por outro tipo de profissional ou pessoa não qualificada, a pessoa jurídica não poderá permanecer no regime simplificado, porquanto se trata do exercício de atividades assemelhadas às vedadas à opção pela sistemática.

No tocante à alegação do contribuinte de que sua exclusão não poderia ser retroativa, é de se registrar, de início, que o fato de a contribuinte ter efetuado opção, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade do próprio contribuinte, que a exerce se e quando o quiser, sujeitando-se, apenas, à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode, e deve, excluí-lo de tal sistemática. Assim, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo.

Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples, sobreleva lembrar que o art. 73, da Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001, convalidada pela MP 2.158/35, de 24/08/2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se

dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata de seus termos:

Art. 73 - O inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º,'

Estribado nesse dispositivo legal, o art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002, repetido pelo art. 24 da Instrução Normativa nº 355, de 2003, dispôs que:

A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 22,'

II - a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 20;

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, na hipótese prevista no parágrafo 2º do art. 3º;

VI -(H) Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

I - do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001,'

II - de 12 de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002. (destaque acrescido)

Constata-se, portanto, que as aludidas instruções normativas, ao fixarem a data de início dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da Medida Provisória nº 2.158-34, de 2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1.999, que detennina à Administração a observância do princípio da segurança jurídica, não havendo que se falar em arbitrariedade da exclusão.

Nem se diga que estaria ocorrendo aplicação retroativa de nova interpretação, o que também é vedado à Administração, pelo inciso XIII do citado art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, haja vista que as atividades da contribuinte impediam o seu ingresso na sistemática do Simples, tendo ela, contribuinte, efetuado a opção por sua conta e risco e, portanto, sujeita à fiscalização posterior.

Por fim, a respeito da mudança no contrato social (e-fl. 50), 01 de Fevereiro de 2.000, esta habilita-se expressamente somente para mudar a cláusula I do contrato, que previa seu endereço.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa