



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

Processo nº 10845.001877/2002-18
Recurso nº 333.355 Voluntário
Acórdão nº 1802-00.450 – 2ª Turma Especial
Sessão de 17 de maio de 2010
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO RETROATIVA
Recorrente HIDROTOP CONSTRUÇÕES E LEVANTAMENTOS LTDA
Recorrida 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP

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

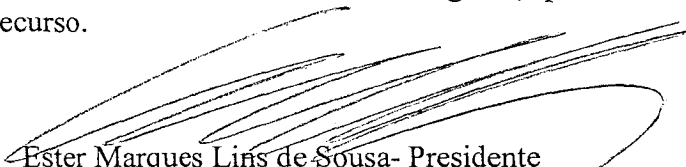
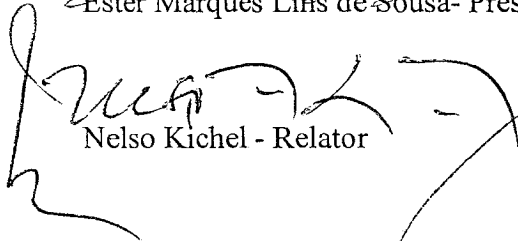
Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

OPÇÃO PELO SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. ATIVIDADE VEDADA.

Tendo em vista a empresa ter desenvolvido atividades impeditivas, relacionadas a serviços de engenharia, profissão cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida, deve ser mantida a vedação ao regime de tributação do SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.


Ester Marques Lins de Sousa- Presidente

Nelso Kichel - Relator

EDITADO EM: 08 JUL 2010

Participaram da Sessão de Julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Gilberto Baptista

(Suplente Convocado), Gabriela Maria Hilu da Rocha Pinto (Suplente Convocada) e João Francisco Bianco (Vice-Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.

Relatório

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face do Acórdão da DRJ/São Paulo de 16/06/2005 que indeferiu a solicitação de inclusão retroativa no Sistema SIMPLES, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos (fl. 127):

(...)

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

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa: OPÇÃO PELO SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. ATIVIDADE VEDADA.

Tendo em vista a empresa ter desenvolvido atividades impeditivas, relacionadas aos serviços de engenharia, profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, deve ser mantida a vedação ao regime de tributação do SIMPLES.

Solicitação Indeferida

(...)

Quanto aos fatos, reproduzo o relatório constante da decisão recorrida (fl. 129):

A contribuinte acima qualificada teve sua opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) indeferida por meio de despacho decisório (fls. 28 a 30) exarado pela Delegacia da Receita Federal em Santos (DRF/STS), tendo como motivação a inexistência de opção por esta sistemática de pagamento no ano-calendário de 1997.

2. Cientificada da decisão supra descrita em 16/08/2002 (fl. 30 e 33), a contribuinte manifesta seu inconformismo em 05/12/2003 (fl. 37 a 42), alegando, em síntese, que o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 30/1997 e o Ato Declaratório Interpretativo nº 16/2002 garantir-lhe-ia o direito a inclusão retroativa no SIMPLES, visto que cumpriu as exigências impostas, quais sejam, ter efetuado os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e ter apresentado anualmente a Declaração Anual Simplificada.

3. Em nova decisão (fls. 101 a 106), a DRF de Santos manteve o indeferimento à solicitação de reconhecimento de opção pelo SIMPLES, tendo como fundamento o art. 9º da Lei nº 9.317/1996 e Ato Declaratório Normativo COSIT nº 30/1999, eis que o



contribuinte exercia as atividades vedadas de terraplanagem, demolição e construção.

4. Cientificada da nova decisão em 13/02/2004, a contribuinte manifesta seu inconformismo em 27/02/2004 (fl. 108 a 116), alegando, em síntese, que o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 30/1997 e o Ato Declaratório Interpretativo nº 16/2002 garantir-lhe-iam o direito a inclusão retroativa no SIMPLES, visto que cumpriu as exigências impostas, eis que efetuou os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e apresentou anualmente a Declarações Anual Simplificada. Ademais, entende, com fulcro no art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 355/2003, que a exclusão de ofício do contribuinte do SIMPLES, caso fosse possível, só poderia produzir efeitos a partir de 01/01/2002.

A recorrente tomou ciência da decisão da DRJ/São Paulo de fls. 127/134 em 14/07/2005 (fl.136); apresentou Recurso Voluntário em 05/08/2005 de fls. 137/145, juntando, ainda, os documentos de fls. 146/164.

Constam, em síntese, das razões dos Recurso Voluntário os seguintes argumentos:

- que, em relação aos anos-calendário 1997 a 2001, apresentara as Declarações Anuais Simplificadas do SIMPLES, requisito para a manifestação da opção por esse regime de tributação fovorecido, consoante Ato Declaratório (Normativo) nº 30/97;

- que, mesmo que houvesse erro de fato na manifestação da opção, ainda assim a inclusão no SIMPLES deveria ser acatada, conforme entendimento das Superintendências Regionais da RFB (7ª e 9ª Regiões), e Ato Declaratório Interpretativo nº 16, de 04/10/2002;

- que tendo apresentado as Declarações Anuais Simplificadas do SIMPLES, quanto ao período citado, e tendo efetuado os recolhimentos em DARF-Simples dos tributos respectivos, teria formalizado a opção pelo SIMPLES;

- que, por conseguinte, estaria incluída no SIMPLES, até que fosse formalmente excluída, conforme disposto nos arts. 12 e 15 da Lei nº 9.317/96;

- que, no caso, a exclusão não poderia ter sido retroativa, em face das diversas modificações de redação do art. 15, II, da Lei nº 9.317/96; que – na tentativa de conciliar essas regras de direito intertemporal – a Receita Federal fez constar no artigo 24 da INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 250/02, (mantido pelo artigo 24 da INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 355/03):

"Art. 24 A exclusão do Simples nas condições de que tratam os artigos 22 e 23 surtirá efeito:

(...)

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 aquele em que se proceder à exclusão, quando efetuada em 2001; II - de 1º 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."

- que, sendo assim, a exclusão só poderia ter efeitos a partir de 01/01/2002;

- que, no entanto, a D. autoridade recorrida (fl.132), criando uma figura inexistente nos atos administrativos acima referidos, qual seja, a "inclusão retroativa", houve por bem considerar como "não inscrita" no SIMPLES desde o início, a pretexto de que não formalizou Termo de Opção ao SIMPLES, e que a empresa vinha exercendo atividades impeditivas de adesão ao SIMPLES", conforme conforme cópias do Contrato Social (fls. 18/27)e de notas fiscais (fls. 52/100);

- que não é porque exercia "atividades impeditivas de adesão ao SIMPLES" (que são em número cada vez maior, em face da sanha arrecadatária de que estão possuídas as nossas autoridades fazendárias), que podia ser considerada como não incluída na sistemática, porquanto, como demonstrado, a legislação de regência estabelece regras exatamente para atender os casos em que a empresa não preenche os requisitos do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, e mediante as quais deve ser processada a respectiva exclusão;

- que ante mansa, pacífica e torrencial, jurisprudência do então E. 1º Conselho de Contribuintes, cabe o reconhecimento da opção pelo SIMPLES mesmo na ausência do Termo de Opção, como se vê no Acórdão nº 105-15051 (Recurso nº 141013), cuja ementa contém:

"IRPJ- SIMPLES - AUSÊNCIA DE TERMO DE OPÇÃO - É de se reconhecer a opção pela sistemática do Simples quando o contribuinte, demonstrando erro de fato quanto à não-opção, recolhe e apresenta declarações como se estivesse incluído nessa forma de tributação. Entendimento esposado no ADI nº16/2002. Recurso provido."

- que – em tese - uma empresa incluída no SIMPLES, mediante Termo de Opção, mas sem condições de nele permanecer, a exclusão ocorre partir de 01/01/2002, prevista no artigo 24 da Instrução Normativa SRF Nº 355/03, e não fazê-lo ou não aplicar essa regra à recorrente, que exerce mesma atividade, a pretexto de que nele não se encontrava *inscrita*, como feito pela decisão recorrida, caracteriza a quebra do princípio constitucional da isonomia.

Ante o exposto, a recorrente pede o acolhimento do recurso.

É o relatório.



Voto

Conselheiro NELSO KICHEL, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

A questão a ser aqui enfrentada, em grau de recurso, diz respeito à irresignação da recorrente contra a decisão recorrida que indeferiu a solicitação de inclusão retroativa no SIMPLES, para os anos-calendário 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001.

Desde o início, convém frisar que os presentes autos não tratam de exclusão do SIMPLES, pois sequer ficou configurada ou formalizada a opção pelo SIMPLES.

A propósito, convém transcrever excertos da primeira decisão nos autos, prolatada pela unidade de origem da RFB (fls. 28/30), *in verbis*:

O contribuinte solicita às fls. 01 a regularização de sua situação fiscal, alegando ser optante pelo Simples em razão de haver apresentado a Declaração Anual Simplificada nos anos de 1998 a 2002, bem como efetuado os pagamentos mensais de DARF Simples.

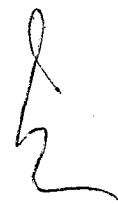
2. Alega, ainda, que sua opção manifestou-se pela apresentação, em 1998, da Declaração Anual Simplificada, conforme estabelecido no Ato Declaratório (Normativo) Cosit nº 30, de 24 de dezembro de 1997.

3. O contribuinte equivoca-se em sua interpretação do citado ADN, querendo dar a ele alcance que não tem. O ADN em questão não pode se sobrepor à Lei e aos demais atos normativos que regem a matéria nem ser contrário a eles.

4. O ADN apenas regulamentou uma situação que envolvia a confirmação ou a desistência da opção e apenas para o ano calendário 1997. Nada além disso. A apresentação da Declaração somente ratifica a opção anteriormente feita, nos termos do Art. 10 da IN SRF nº 074/96.

Na verdade, a razão da edição do ADN está no Inciso II, que determina a desistência da opção efetuada, para o ano calendário 1997, em caso de não apresentação da Declaração Simplificada até a data prevista para a entrega no exercício 98.

5. Não se pode ignorar que a base legal da opção pelo Simples é o Art 8º, caput, e § 1º da Lei 9.317/96:



"Art 8º A opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuições do Ministério da Fazenda.

§ 1º As pessoas jurídicas já devidamente cadastradas no CGC/MF exercerão sua opção pelo SIMPLES mediante alteração cadastral."

6. A IN SRF nº 074/96 regulamentou esse dispositivo da Lei no Art 10:

"Art.10 - A opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF.

§ 1º A pessoa jurídica, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes - CGC/MF até 31 de dezembro de 1996, formalizará sua opção para adesão ao SIMPLES mediante apresentação de "Termo de Opção" instituído por Instrução Normativa específica.

(...)

7. A IN SRF nº 075/96 instituiu o Termo de Opção, (...). Posteriormente a IN SRF nº 102/97 eliminou a forma de opção através do Termo de Opção, determinando que a opção fosse feita, a partir do ano calendário 1998, somente pelo uso da FCPJ instituída pela IN SRF nº 068/96 (...)

9. Diante do exposto e no uso da competência a mim delegada pela Portaria DRF/STS nº 60/2001, indefiro o pedido de inclusão do contribuinte no Simples, devendo ele providenciar a retificação das declarações indevidamente apresentadas, bem como a regularização dos pagamentos indevidamente efetuados na rubrica do Simples, (...)

Como visto, embora a recorrente tivesse apresentado as Declarações Simplificadas Anuais do SIMPLES e efetuado os recolhimentos dos tributos do SIMPLES em DARF Simples, nunca formalizou o Termo de Opção ou a FCPJ, conforme exigência da legislação de regência. Por isso, não há se que falar em exclusão do SIMPLES, pois a opção nunca fora formalizada. Então, foi indeferida a solicitação de inclusão no SIMPLES (fls. 28/30).

Tomou ciência dessa decisão em 16/08/2002 (fl. 30).

Não houve impugnação dessa decisão.

Entretanto, em 05/12/2003, lapso temporal superior a um ano da ciência dessa decisão, a contribuinte, novamente, voltou ao assunto, alegando que o Fisco deveria reconhecer sua condição de empresa do SIMPLES, desde 1997 até 2001; que - embora não tivesse formalizado sua opção ou adesão ao SIMPLES pela entrega do Termo de Opção ou a FCPJ - entregara Declarações Simplificadas do SIMPLES no período e fizera os recolhimentos dos tributos em DARF -SIMPLES e que esses atos indicariam sua inegável opção por esse

regime favorecido de tributação; que a jurisprudência administrativa, nesse caso, com base no erro de fato, tem deferido a opção pelo SIMPLES aos contribuintes (fls. 37/43).

Novamente a unidade de origem da RFB denegou o pleito da contribuinte (fls. 102/106). Agora, acrescentando o fundamento de que a atividade exercida pela empresa, desde o início, não se enquadraria no SIMPLES; que a opção, nesse caso, é vedada pela Lei do SIMPLES, pelo art. 9º, V e XIII, da Lei nº 9.317/96.

Nesse sentido, convém transcrever excertos e parte dispositiva dessa decisão da unidade de origem da RFB, de 10/02/2004 (fl.105/106):

(...)

Dispõe o inciso V do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

V - que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;

§ 4º Compreende-se na atividade de construção de imóveis, de que trata o inciso V deste artigo, a execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, como a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

(...)

As atividades de terraplanagem, demolição e construção são também impeditivas à opção pelo SIMPLES.

(...)

Com base no que consta do processo e na informação retro, e no uso da competência a mim delegada pelo art.3º, inciso VI da Portaria DRT/STS nº 60, de 11 de outubro de 2001, decido indeferir o pedido de inclusão no Simples a partir de 01/01/1997."

(...)

Tomando ciência dessa decisão, a contribuinte solicitou revisão junto DRJ/São Paulo/SP, em 26/02/2004 (fls.108/116).

Mais uma vez, o seu pleito foi denegado, conforme Acórdão da DRJ/São Paulo/SP, de 16/06/2005 (fls. 127/134), cujos fundamentos foram os seguintes no voto condutor do Acórdão:

(...)

11. Dessa forma, seria lícito concluir pela possibilidade de inclusão retroativa no SIMPLES, dos contribuintes que tiveram eventual problema com a recepção do termo de opção entre os anos-calendário de 1997 a 2002, desde que seja possível identificar, além da (i) apresentação do termo de opção, a



intenção do contribuinte em optar por essa sistemática de pagamentos, seja através da comprovação (i) da entrega das Declarações Anuais Simplificadas, seja por meio da apresentação (ii) dos comprovantes de pagamento (Darf-Simples), conquanto seja sempre necessário (iii) considerar ainda que o contribuinte não poderia ter exercido qualquer atividade vedada pelo art. 9º da Lei nº 9.317/1996.

12. Assim sendo, não há como reconhecer razão à manifestação de inconformidade do contribuinte, eis que embora conste nos autos as Declarações Anuais Simplificadas (fls. 119 a 123), não há o termo de opção ao SIMPLES, além do contrato social de fls. 18 a 27 e as notas fiscais de fls. 52 a 100 demonstrarem claramente que a empresa vinha exercendo atividades impeditivas de adesão ao SIMPLES, como bem relatou a autoridade fiscal. Percebe-se que a própria impugnante não apresentou argumentos contra este fundamento, restringindo-se a afirmar que o despacho exarado teria os efeitos de um ato de exclusão de ofício.

Sobre a matéria o art. 9º , inciso XIII, da Lei nº9.317/1996 dispõe o que segue:

"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:" (grifo nosso)*

13. Quanto ao último argumento trazido para debate, decerto não merece melhor sorte, afinal, pretende o contribuinte locupletar-se com o seu próprio erro, omitindo, inclusive, sua responsabilidade legal, decorrente dos arts. 12 e 13 da Lei 9.317/1996, de comunicar à SRF o exercício de atividades econômicas vedadas.

A exclusão de ofício do SIMPLES trata das opções efetuadas e recepcionadas pela SRF que, apenas após algum lapso de tempo, vem manifestar-se contrariamente à possibilidade jurídica do pedido. Nestes casos, entendeu por bem a legislação que a exclusão de ofício do contribuinte, quando, por exemplo, efetuada no ano de 2002, produziria efeitos a partir deste ano-calendário, desde que a situação excludente tivesse ocorrido até 31/12/2001.

14. Contudo, a situação do presente julgamento é distinta. O contribuinte não fez a opção pelo SIMPLES conforme determina o art. 8º da Lei nº 9.317/1996.

Assim sendo, não há como, conforme a própria legislação citada na impugnação, permitir a retificação de ofício do Termo de



Opção ao SIMPLES, simplesmente porque não há declaração a retificar.

(...)

Compulsando os autos, constata-se na Cópia do Instrumento de Contrato Social – Segunda Alteração Contratual de **01/10/96** – Cláusula Segunda - que o objeto social da recorrente no período de 1997 a 2001 foi o exercício de atividade de engenheiro ou de profissão regulamentada pelo CREA (fls.148/157), *verbis*:

CLAUSULA SEGUNDA:

O objetivo da sociedade que era a exploração do ramo de atividade: HIDROGRAFIA, TOPOGRAFIA, PERITAGEM NAVAL, SERVIÇOS AQUÁTICOS, FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE SERVIÇOS EM GERAL; passa a ser: CONSTRUÇÃO CIVIL, MANUTENÇÃO PREDIAL, PINTURA, IMPERMEABILIZAÇÃO, REMOÇÃO E TRANSPORTE DE RESTOS DE CONSTRUÇÃO, DRAGAGEM, LEVANTAMENTOS TOPOGRÁFICOS, BATIMETRIA, IMPLANTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE BALIZAMENTO NÁUTICO, FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE SERVIÇOS AFINS E CORRELATOS.

As notas fiscais – cópias – confirmam o exercício dessa atividade não abrangida pelo SIMPLES no período de 1997 a 2001 (fls.52/101).

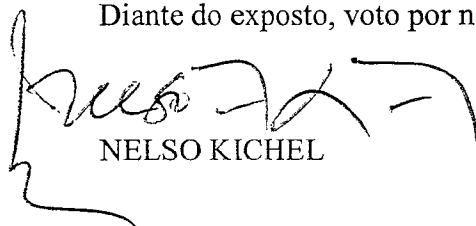
Desse modo, a atividade exercida pela recorrente no período de 1997 a 2001 constituiu óbice, ou seja, é atividade vedada de opção pelo SIMPLES (art. 9º, incisos V e XIII, do Lei nº 9.317/96).

Assim, somente seria razoável invocar erro de fato na formalização da opção, no sentido de aperfeiçoá-la, caso a opção fosse permitida ou lícita, que não é o caso, pois a atividade econômica exercida pela recorrente é vedada de opção pelo SIMPLES.

Os precedentes jurisprudenciais invocados, também, não a socorrem, pois não possuem força normativa ou vinculante, justamente pela falta de lei nesse sentido (CTN, art. 100, II).

Por tudo que já foi exposto, a recorrente – além de não ter formalizado a opção pelo SIMPLES na forma do art. 8º da Lei nº 9.317/96 – ainda estava vedada de fazer a opção pelo SIMPLES, pois, conforme Cópia da Segunda Alteração do Contrato Social e cópias da notas fiscais do período de 1997 a 2001, exerceu atividade incompatível com a legislação de regência do SIMPLES.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso.


NELSO KICHEL