



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10855.000009/2005-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.629 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 04 de junho de 2020
Recorrente A. A. CIAPPINA EMPREITEIRA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. INTENÇÃO DO AGENTE. IRRELEVANTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

Nos termos Do art. 136 do CTN, salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A fase litigiosa do procedimento fiscal de exclusão do Simples inicia-se somente com a impugnação (manifestação de inconformidade) ao Ato Declaratório de Exclusão, momento a partir do qual tem a pessoa jurídica assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, e do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal.

SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. SERVIÇOS AUXILIARES DE CONSTRUÇÃO CIVIL. EXCLUSÃO.

Comprovado por documentos juntados aos autos que a contribuinte realizava serviços auxiliares de construção civil, há que ser mantida sua exclusão do SIMPLES Federal, nos termos do inciso V, § 4º do art. 9º da Lei nº 9.317 de 1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, e, no mérito em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 14-22.038 de 26 de janeiro de 2009, da 1ª Turma da DRJ/RPO que considerou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte contra o ADE - Ato Declaratório Executivo nº 16 da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba que a excluiu do SIMPLES Federal (e-fl. 70).

A exclusão decorreu de Representação Administrativa da Gerência Executiva do INSS, na qual a Autoridade Fiscal noticia que a contribuinte exerceria, em tese, atividade vedada a optantes do SIMPLES Federal (e-fls. 2-5).

A Representação foi analisada pelo SECAT – Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba que entendeu, com base na Declaração de Firma Individual e alterações, contratos de empreitada e nas notas fiscais de serviços emitidos pela contribuinte, a ocorrência de situação excludente do SIMPLES prevista no inciso V, § 4º do art. 9º da Lei nº 9.317 de 1996, por exercer, desde 199, a atividade de serviços de construção civil.

Contra o ADE a contribuinte interpôs manifestação de inconformidade onde alegou que realiza atividade de cultivo de eucalipto, serviço de pulverização e controle de pragas agrícolas, consistindo essas suas atividades principais, Que requereu relatórios circunstanciados relativas às retenções das contribuições previdenciárias dos tomadores dos seus serviços para fins de apuração do valor a compensar/restituir daqueles tributos, uma vez que ocorre a retenção de 11% sobre a fatura emitida a título de contribuição previdenciária, pois é optante do SIMPLES e a contribuição previdenciária está incluída na base de cálculo do valor apurado pelo regime simplificado,

Aduz que na data de 18/06/2004 foi fiscalizada para fins de concretização do processo de restituição e que não houve conclusão daquele procedimento, tampouco autuação da empresa por parte da Fiscalização do INSS, pois nunca recebeu comunicação oficial conclusivo do órgão fiscalizador no sentido de que a mesma não poderia permanecer enquadrada no SIMPLES Federal.

A manifestação de inconformidade foi julgada improcedente pela 1ª Turma da DRJ/RPO que verificou, pelas notas fiscais juntadas aos autos, que a contribuinte realizou, dentre outras atividades, reformas e confecção de cerca, o que caracterizaria o exercício de atividade de construção civil, uma vez que a confecção e reforma de cerca caracterizariam benfeitoria agregada ao solo nos termos do entendimento exarado no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 30/1999.

A contribuinte tomou ciência do acórdão em 23/04/2009 (e-fl. 182).

Irresignada como o r. acórdão a contribuinte, ora Recorrente, apresentou recurso voluntário em 25/05/2009 (e-fls. 186-681), onde alega que:

-o acórdão combatido só seria válido se a Recorrente tivesse praticado o ato com nítida intenção de fraudar a lei;

-a exclusão da Recorrente do SIMPLES deveria ter sido precedida de procedimento administrativo regular, com a observância dos princípios de ampla defesa e do contraditório, o que segundo a mesma, não teria sido observado no presente caso, pois a Recorrente foi intimada a apresentar documentos, e sem que tenha sido notificada à apresentação de defesa foi cientificada da sua exclusão, devendo o ato de exclusão ter anulado;

-não exerce a atividade de construção de imóveis, e nem abrange obras e serviços auxiliares e complementares de construção civil, elencadas no inciso I (construção, demolição, reforma e ampliação de edificações) e VII (quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo) referenciadas no Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 30/1999;

-que exerce a atividade considerada impeditiva deste que optou pelo SIMPLES. Como a opção foi deferida, o ato é revestido de presunção de legitimidade e que só por meios próprios poderia ser desconstituído. Então deferia haver indeferimento da opção e não caso de exclusão;

-que os serviços auxiliares de construção civil por ela exercidos são esporádicos e de caráter eventual, realizados apenas para complementar sua atividade-fim (empreiteira de serviços em silvicultura), que não está vedada a optantes do SIMPLES

-que se não for entendimento dos Julgadores a manutenção da Recorrente no SIMPLES, que os efeitos da exclusão ocorram a partir de 22/01/2008 nos termos do inciso II, do art. 15 da Lei n.º 9.317 de 1996.

Requer ao final o provimento do recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

O recurso voluntário atende aos requisitos formais de admissibilidade, assim dele tomo conhecimento.

A Recorrente alega que a decisão recorrida só seria válida se tivesse praticado o ato com nítida intenção de fraudar a lei. Ocorre, que nas infrações objetivas, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a intenção do agente, configura-se o ilícito, conforme prescreve o artigo 136 do CTN – Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Portanto não há que se falar em nulidade do acórdão por não restar configurado a intenção da Recorrente de fraudar a lei.

A Recorrente alega que a exclusão não teria observado procedimento administrativo regular, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não assiste razão à Recorrente.

Ora, nos termos do § 3º do art. 15 da Lei n.º 9.317/96, abaixo transcrito, tendo sido constatada a ocorrência de alguma das vedações prescritas para optantes do SIMPLES, caberá à autoridade administrativa a exclusão de ofício por meio de Ato Declaratório

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

§ 3 A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (grifei)

Portanto não há previsão legal para apresentação de defesa do contribuinte antes da emissão do ato declaratório. O contribuinte tem direito a exercer o contraditório e à ampla defesa no âmbito do processo administrativo tributário.

In casu, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade, quando pode então exercer plenamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, de modo de que não há que se falar em nulidade do Ato Declaratório de exclusão.

Quanto ao mérito, a Recorrente alega que não exerce a atividade de construção de imóveis, e tampouco obras e serviços auxiliares e complementares de construção civil, elencadas no inciso I (construção, demolição, reforma e ampliação de edificações) e VII (quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo) referenciadas no Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 30/1999.

Aduz, ainda, que exerce a mesma atividade desde que foi deferida a sua opção ao SIMPLES e assim o ato se presume revestido de presunção de legitimidade e que só por meios próprios poderia ser desconstituído.

De fato a opção da Recorrente foi deferida, de acordo com as informações que havia prestado ao FISCO quando da opção. Ocorre que o contribuinte fica sujeito a fiscalização posterior para que seja verificado a veracidade das informações prestadas e caso constatado, como o foi no presente processo, que incorreu em uma das vedações a optantes do SIMPLES, há que ser excluído de ofício.

Portanto o deferimento inicial da opção não lhe garante o direito de permanecer no SIMPLES, caso se confirme a acusação fiscal de que se enquadrava em uma das vedações a optantes desse regime tributário favorecido.

A Recorrente alega que não exerce a atividade de construção de imóveis, e nem abrange obras e serviços auxiliares e complementares de construção civil. Contudo os seguintes fatos/documentos contrariam a afirmação da Recorrente:

1 – O excerto abaixo, transcrito da Representação Administrativa (e-fls. 3-5) informa que a Recorrente tem funcionários (pedreiros e auxiliares) e realiza obras auxiliares de construção civil:

[...]

II – DA SITUAÇÃO DE VEDAÇÃO CONSTATADA

A atividade principal da empresa era Comércio de Gramas, Plantas Ornamentais, Empreiteira de Serviços de Silvicultura, Jardinagem, Auxiliar da Construção Civil e Gerais CÓDIGO DE ATIVIDADE 5249399, conforme Declaração de Firma Individual da Junta Comercial, com data de 03/05/2002, em anexo. (grifei)

Conforme Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, em anexo, com data de situação cadastral em 31/03/2001, sua atividade passou para o código de atividade 02.13.5.00 - Atividades dos Serviços Relacionados com a Silvicultura e a Exploração Florestal.

Em verificação junto ao Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, constatou-se que a empresa NÃO possui autorização para talões de venda de mercadorias. Assim, nunca praticou atos de comércio, em desacordo com sua atividade inicial que também incluía "comercio". A empresa está constituída como natureza jurídica "Empresário Individual - código 213-5"

Verificamos que, desde o início de atividade até a presente data, não emitiu nenhuma nota fiscal de venda de materiais mas somente notas de prestação de serviços.

O contrato inicial e os demais contratos remetem ao "ANEXO I" (doc. anexo) o tipo e preço dos serviços.

Verificando as faturas da empresa (em anexo) constatamos que, além da cobrança por metro existe o tipo "Intervenção em Área de Infra-estrutura" cuja cobrança é feita por dias trabalhados. A título de exemplo, podemos constatar tal fato na fatura 327 de 16/09/2002, em anexo. (grifei)

O titular da empresa informou que esta cobrança é feita por dia trabalhado porque não há como medir os diversos tipos de serviços executados, que vão sendo solicitados no dia a dia.

Constatamos que a partir de 15/04/2003, existem faturas com diárias pagas a Pedreiros e seus Ajudantes. Indagado sobre tal fato, o titular da empresa explicou que uma empresa faz o projeto e que solicita os pedreiros e ajudantes para a construção de estufas, viveiros de mudas. São feitos pisos, muretas etc. e instalação dos materiais completando assim a construção prevista no projeto. Podemos verificar a fatura 368 de 15/04/2003 na qual este tipo de serviços iniciou. (grifei)

Verificamos o Livro de Registro de Empregados da empresa e constatamos que existem Pedreiros e Ajudantes registrados como "serviços gerais" . (grifei)

Constatamos ainda a existência do termo "atividade avulsa" que também é cobrada "por dia", conforme se verifica a título de exemplo, na fatura 369 de 28/04/2003 em anexo

[...]

2 – A própria Recorrente no seu recurso voluntário, não obstante afirmar que sua atividade principal é a silvicultura, admite que tem como uma de suas atividades a prestação de serviços de construção civil,, Confira-se excerto do recurso voluntário (e-fl. 188):

A recorrente não tem como sua atividade preponderante a prestação de serviços de construção civil e o seu faturamento anual, nos últimos 06 (seis anos), dá conta de que a sua atividade principal, a silvicultura, é a grande responsável quase que totalmente pelos seus lucros obtidos, conforme comprovam as inclusas cópias dos demonstrativos e notas fiscais, e como se pode ver no quadro abaixo:

Ano	Atividade de Construção Civil	Atividade de Silvicultura
2002	4,80% porcentagem do faturamento	95,20% porcentagem do faturamento
2003	36,00 % porcentagem do faturamento	64,00% porcentagem do faturamento
2004	39,92% porcentagem do faturamento	60,08% porcentagem do faturamento
2005	30,43% porcentagem do faturamento	69,57% porcentagem do faturamento
2006	14,89% porcentagem do faturamento	85,11% porcentagem do faturamento
2007	11,62% porcentagem do faturamento	88,38%porcentagem do faturamento

3 – Depreende-se das notas fiscais juntadas aos autos e aos “Relatórios de faturamento mensal por atividade juntados às e-fls.202, 231-231, 293-294, 385-387, 502-504 e 627-628), cujo exemplo segue abaixo, que a Recorrente exercia atividade auxiliares de construção civil:

A .A. CIAPPINA EMPREIREIRA / C.N. P.J. Nº 01.796.007/0001-24

RELATÓRIO DE DE FATURAMENTO MENSAL POR ATIVIDADE : ANO2002						
COMPETÊNCIA	N.F. Nº	SILVICULTURA	CONST. CIVIL	RETENÇÃO 11% INSS	% const.civil	silvicul.
16/9/2002	326	R\$ 1.469,90	R\$ 0,00	R\$ 161,69		
16/9/2002	327	R\$ 13.335,14	R\$ 0,00	R\$ 1.466,87		
16/9/2002	330	R\$ 321,48	R\$ 0,00	R\$ 10,61		
16/9/2002	331	R\$ 120,84	R\$ 0,00	R\$ 13,27		
25/9/2002	332	R\$ 252,00	R\$ 0,00	R\$ 27,72		
TOTAL / MÊS	9	R\$ 15.499,16	R\$ 0,00	R\$ 1.680,16		
7/10/2002	333	R\$ 0,00	R\$ 4.000,00	R\$ 0,00		
16/10/2002	334	R\$ 968,20	R\$ 0,00	R\$ 31,95		
16/10/2002	335	R\$ 4.410,00	R\$ 0,00	R\$ 485,10		
16/10/2002	338	R\$ 1.494,80	R\$ 0,00	R\$ 82,21		
16/10/2002	339	R\$ 24.850,19	R\$ 0,00	R\$ 2.733,52		
24/10/2002	340	R\$ 630,00	R\$ 0,00	R\$ 69,30		
TOTAL / MÊS	10	R\$ 32.353,19	R\$ 4.000,00	R\$ 3.402,08		12,36%

Por todo o acima exposto conclui-se que a Recorrente incidiu na vedação a optantes do SIMPLES federal prevista no inciso V, § 4º do art. 9º da Lei nº 9.317 de 1996.

Quanto ao pedido da Recorrente para que os efeitos da exclusão ocorram a partir de 22/01/2008, nos termos do inciso II, do art. 15 da Lei nº 9.317 de 1996, não há como ser deferida.

É que nos termos do inciso II, do art. 15 da Lei nº 9.317 de 1996, vigente à época da exclusão (17 de dezembro de 2007), com a redação dada pela Lei nº 11.196 de 2005 os efeitos da exclusão dar-se-iam da seguinte forma:

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

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9 desta Lei;

Regulamentado a Lei nº 9.317 de 1996 com suas alterações, foi editada a Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006 (publicada no DOU em 12 de janeiro de 2006), que assim estabelecia, quanto aos efeitos da exclusão:

Art. 20. 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;

[...]

§ 3º 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.

[...]

Art. 22. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 20;

[...]

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

[...]

§ 1º Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XIII e XVI 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 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.

Assim, correto o ADE quanto a data de início da exclusão, eis que a Recorrente fez a opção pelo SIMPLES desde 30/04/1997 (e exercendo a mesma atividade, conforme declarado pela própria Recorrente), a situação excludente se verifica desde a opção e a exclusão foi efetuada em 17 de dezembro de 2007, portanto incidindo na situação prevista no inc. II, §1º do art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006, ou seja os efeitos da exclusão dão-se a partir de 01 de janeiro de 2002.

Há que se ressaltar que a situação excludente se verifica desde o início de sua atividade, conforme se depreende da Representação Administrativa, mas que por questão de decadência, a exclusão não poderia retroagir a ano-calendário anterior a 2002.

Por todo o acima exposto voto em rejeitar as preliminares arguidas, e no mérito, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama