



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

Processo nº 10925.001221/2005-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-01.200 – 3ª Turma Especial
Sessão de 1 de fevereiro de 2012
Matéria IRPJ
Recorrente PRESTADORA DE SERVIÇOS SMANIOTO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EXCLUSÃO POR EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

Havendo comprovação nos autos de que a Recorrente realiza atividade de prestação de serviço de terraplanagem e escavações de açudes- serviços auxiliares e complementares da construção civil, com cessão de mão-de-obra, deve ser determinada a sua exclusão do Simples, por incorrer na vedação do inciso V e Aline “f”, inciso XII, ambos do art. 9º, 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)

SELENE FERREIRA DE MORAES - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (Presidente), Sérgio Rodrigues Mendes, Walter Adolfo Maresch, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Meigan Sack Rodrigues e Victor Humberto da Silva Maizman.

Relatório

Trata-se da exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, mediante o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/JOA nº 37 de 27 de setembro de 2006, fl. 31, ao fundamento de que a empresa realiza atividade prestação de serviço de terraplanagem e escavações de açudes- serviços auxiliares e complementares da construção civil, com cessão de mão-de-obra, incompatível com o Simples, haja vista a vedação expressa do art. 9º ao 16, da Lei 9.317/96, bem como Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006, com efeitos a partir de 01.01.2002. Por medida de economia processual, adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ, que descreve com riqueza de detalhes os principais fatos a serem considerados:

Contribuinte argumenta:

- *Objeto social é a prestação de serviços de terraplanagem e escavações de açudes*
- *Sempre desenvolveu a mesma atividade e a opção pelo SIMPLES foi homologada pela SRF.*
- *O artigo 9º da Lei 9.317/96 deve ser interpretado literal e restritivamente, conforme art. 111 do CTN.*
- *Não se dedica a locação de mão de obra.*
- *Exclusão retroativa provocará desequilíbrio financeiro e fere o princípio da segurança jurídica.*
- *Ato próprio, caso SRF entendesse que atividade impeditiva existia desde a opção, seria indeferimento da opção e não exclusão.*
- *Exclusão deveria produzir efeitos a partir do mês subsequente ao da exclusão.*

Contribuinte requer:

- *Reexame do ADE de Exclusão.*

• *Caso não aceitas as argumentações, exclusão com efeitos a partir do mês subsequente e não efeitos retroativos a partir de 01/01/2002.*

A autoridade de primeira instância entendeu que o lançamento era procedente, vez que a atividade exercida pela recorrente realmente encontra-se nas vedações previstas pelo artigo 9º da Lei 9.317/96 e assim o transcreve. Completa seu entendimento referindo que a questão da locação de mão de obra não constou do ADE de exclusão e portanto não será examinada.

Ademais, reflete que o alegado desequilíbrio econômico ocorre em toda situação de vantagem concorrencial obtida de forma indevida e se manifesta negativamente nas empresas que atuam conforme a lei, cabendo ao Estado, quando verifica situação de irregularidade agir para tornar o ambiente regular. Quanto à retroatividade dos efeitos da exclusão, prossegue o julgador afirmando que a recorrente questiona os efeitos retroativos do ato declaratório, para 01/01/2002, no qual sustenta a tese de que este deveria surtir efeito a partir do mês subsequente ao da exclusão. Rebate a autoridade *a quo* salientando o §1º, inciso II do art. 24 da Instrução Normativa SRF n. 608, de 09.01.2006 que firmou-se no artigo 15 da Lei 9317/96 ao disciplinar a matéria e considerando que a empresa optou pelo SIMPLES em 03/02/1999, cabe observar ainda que o efeito do ato declaratório a partir de 01/01/2002 foi inclusive benéfico ao contribuinte. Isto porque, ao invés de retroagir à data da opção indevida da empresa, para o qual tinha amparo legal, a instrução normativa adotou, em decorrência de diversos enquadramentos equivocados pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nos anos que seguiram após a edição da Lei 9.317/96, uma situação mais benéfica para o contribuinte, com relação aos efeitos da exclusão, vez que observando os dispositivos da Instrução citada, os efeitos da exclusão retroagiram a partir de 1º de janeiro de 2002, o que foi extremamente vantajoso para a recorrente.

Cientificada da decisão, a recorrente apresentou de forma tempestiva recurso voluntário em que aduz de forma sintética o já disposto na inicial, contrapondo-se novamente à exclusão do SIMPLES, bem como a retroatividade do ato. No entanto, expõe de forma enfática que a Norma que vedava a empresa de estar no SIMPLES era infra-legal, posto tratar-se apenas de uma Instrução Normativa, já que na Lei 9.317/96 nada constava efetivamente. Cita para corroborar sua assertiva que participa efetivamente do SIMPLES novamente, de forma legítima, desde 2007, posto que na atualidade sua atividade não se encontra mais vedada e agora é aceita, por força da Lei Complementar 123.

Ainda, entende a recorrente que por força da Lei Complementar referida, qual seja, a LC123, que permitiu expressamente a adesão da recorrente ao SIMPLES, o presente processo administrativo teria perdido seu objeto quanto à exclusão propriamente dito, ficando a controvérsia tão somente em relação à retroatividade ou não da pretendida exclusão.

Prossegue na sua defesa requerendo, mais uma vez que não haja a cobrança dos anos anteriores, porquanto que ao ingressar e ser admitida no programa SIMPLES pela Secretaria da Receita Federal e lá permanecendo por anos, entende que não pode agora por um ato ser excluída e cobrada retroativamente os anos que se passaram sob a égide e anuência da Administração. Nesse caminho junta farta jurisprudência do STJ.

Observa que durante todos os anos que se passaram, nunca houve alteração contratual que modificasse o objeto social ou ramo atividade da recorrente, portanto, sua opção pelo SIMPLES, foi de boa fé, pois tal opção foi admitida pela Receita Federal através de ato administrativo, o que gerou presunção de legitimidade. Aduz que a exclusão da mesma, sem que tenha havido má-fé de sua parte e, ainda, com efeito retroativo, fere o princípio da confiança e agride o da segurança jurídica, pois havia um ato administrativo, expedido pela autoridade competente assegurando o direito ao SIMPLES. Cita jurisprudência nesse sentido.

É o relatório

Voto

Conselheira Meigan Sack Rodrigues.

O Recurso Voluntário preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Depreende-se da decisão de primeira instância que, no entendimento da DRJ, a questão se resume ao fato de a atividade exercida pela Recorrente ser de prestação de serviço de terraplanagem e escavações de açudes - serviços auxiliares e complementares da construção civil, o que invalidaria sua opção pelo SIMPLES. Em confronto à aludida decisão, a Recorrente sustenta que foi admitida no SIMPLES pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e que sua exclusão não poderia se dar de forma retroativa, por ferir a segurança jurídica, ainda refere que em virtude da publicação da Lei Complementar 123/2006 a sua atividade, na atualidade, se encontra permitida e superada e referida questão, restando tão somente a discussão quanto à retroatividade da cobrança dos tributos.

A exclusão da Recorrente do SIMPLES ocorreu com embasamento no inciso V, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, conforme transcrito abaixo:

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

E também pelo embasamento no inciso XII, letra “f”, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, conforme transcrito abaixo:

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

XII- que realize operações relativas a:

(...) f) prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

Da leitura das cláusulas contratuais abaixo e das notas fiscais juntadas aos autos, verifica-se claramente que a Recorrente presta serviços de terraplanagem, bem como atividade de prestação de serviços de escavações de açudes e locação de mão-de-obra. Confira-se:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Este contrato tem origem do Edital de convite n.º 39/2004 no qual, a contratada, Se compromete em efetuar-200 Horas de Prestação de serviços com retroescavadeira, com potência mínima de 70hp, duas conchas ' (larga e estreita) e com no máximo 15 anos de uso, hora máquina trabalhada, com fornecimento de combustível e todos os demais componentes necessários para a prestação dos serviços, conforme o cronograma estabelecido pela secretaria municipal da agricultura, destinado ao programa de desenvolvimento rural, visando a execução de serviços gerais nas propriedades rurais do município.

CLAUSULA SEGUNDA - DO REGIME DE EXECUÇÃO

O serviço licitado deverá ser prestado nos locais determinados pela Secretaria j da Agricultura desta Municipalidade, a qual manterá cronograma de execução com vistas à atender: os agricultores deste Município. As despesas decorrentes da execução do presente contrato, como transporte do equipamento da sede da Contratada até os locais informados pela Secretaria da Agricultura correrão por conta da Contratada.

CLÁUSULA TERCEIRA — DO PREÇO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO E REAJUSTE:

O preço ajustado para a prestação dos serviços de retroescavação será de R\$: 58,00 (cinquenta e oito reais) por hora de efetivo serviço prestado, perfazendo um total,, de R\$ 11.60,00 (onze mil e seiscentos reais).

O pagamento será efetuado até o 5º dia útil do mês subsequente ao do serviço prestado, mediante apresentação, por parte da contratada, de nota fiscal do serviço efetuado, GFIP quitada do período, GPS quitada e folha de pagamento dos empregados; e mediante apresentação por p arte da Secretaria da Agricultura .do, relatório dos serviços prestados. Na vigência deste contrato não haverá reajuste dos preços pactuados. Somente serão efetuados os pagamentos dos serviços efetivamente prestados. .

Do valor acima mencionado, ficará a encargo da contratante, 50% do valor por hora contratada, sendo que o restante será

pago à Contratada diretamente pelo beneficiário, não cabendo qualquer ônus ao Município pelo descumprimento da obrigação do pagamento por parte do beneficiário.

Em seu recurso a Recorrente admitiu a prestação de serviços de terraplanagem caracterizada. A questão em discussão sequer gira em torno da demanda de que a atividade era ou não vedada na época, a recorrente apenas atenta para a questão de que a atividade não era vedada em lei, mas tão somente por uma Instrução Normativa e que na atualidade encontra-se amparada por uma Lei Complementar que lhe dá guarida dentro da sistemática da legislação do SIMPLES. Ocorre que entendo de forma divergente, posto que na época dos fatos, a empresa encontrava-se desde sempre impedida pela norma que disciplinava o SIMPLES, qual seja a Lei 9.317/96, impedida de tributar por essa legislação, segundo disciplinado no seu artigo 9º.

Segundo o meu entendimento, independentemente da empresa, na atualidade, poder optar pelo SIMPLES, não invalida a autuação realizada no passado, quando então a mesma não podia fazer essa mesma opção. Ainda que ela tenha feito essa opção e recolhido sem que a Secretaria da Receita Federal se manifestasse a respeito, tenho que a opção corre por conta e risco da empresa que interpreta a norma. Convém lembrar que a consulta, instrumento disponibilizado e alcançado a todo e qualquer contribuinte, assim também o foi para a recorrente, que poderia ter questionado através da mesma à Secretaria da Receita Federal quanto à opção realizada pelo SIMPLES e sua atividade, ao interpretar a norma e também a Instrução Normativa, obtendo resposta, antes mesmo de ingressar nessa forma de tributação.

Ainda que a recorrente entenda que a Instrução Normativa não faça frente às normas legais, esta no presente caso somente esclareceu, de forma pormenorizada, o que a Lei Ordinária pátria já havia mencionado, segundo o meu entendimento, haja vista que a Lei 9.317/96 já mencionou em seu artigo 9º, inciso V, a vedação às empresas do ramo em que se encontra a recorrente. Desse modo, não é possível admitir a permanência da mesma, no período em comento, devendo prevalecer a cobrança dos tributos.

Isso sem mencionar a questão da locação de mão-de-obra, posto que este instituto tem a sua definição legal no parágrafo 3º do artigo 31 da Lei 8.212/91, segundo o qual “*entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação*”. Dando continuidade, a empresa, em várias notas fiscais também se auto intitulava “*Empreiteiros e Locadores de Mão de Obra*”, configurando o disciplinado no parágrafo 4º deste mesmo artigo:

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

Já no tocante à cobrança retroatividade, em virtude da exclusão, questionada pela recorrente, conforme exposto acima, entendo que não pode valer-se a mesma da própria torpeza para desculpar o seu comportamento. Na conformidade do que disciplina a norma, disposta no artigo 24 da Instrução Normativa SRF n.º 608, de 09 de janeiro de 2006, a cobrança realizada pela primeira instância encontra-se correta e mais benéfica, tal desde 01.01.2002, tal como segue:

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 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.

Em consulta realizada ao CNPJ da recorrente, tem-se que a mesma é optante pelo Simples desde 3/02/1999. As situações excludentes constatadas pela autoridade lançadora foram referentes aos períodos de 1999, 2003, 2004 e 2005. Dessa modo, tem-se que a exclusão deve reportar-se a 01/01/2002, tal como calculado pela autoridade fiscalizadora.

Diante das considerações expostas, nego provimento ao recurso voluntário interposto e mantenho a decisão que determinou a sua exclusão do SIMPLES.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues - Conselheira

Processo nº 10925.001221/2005-40
Acórdão n.º **1803-01.200**

S1-TE03
Fl. 118

CÓPIA