



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

Processo nº 10945 006271/2004-02
Recurso nº 340.700 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.292 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2010
Matéria Exclusão do SIMPLES FEDERAL
Recorrente METALÚRGICA AII LTDA
Recorrida 2ª Turma da DRJ/Curitiba

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

Ano-calendário: 2002

CONSTRUÇÃO CIVIL. ATIVIDADE ADMITIDA NO SIMPLES NACIONAL. RETROATIVIDADE. INADMISSIBILIDADE.

Não se cogita de aplicação retroativa de norma que altera as vedações à opção pelo SIMPLES, porque inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, mormente quando a atividade é admitida no SIMPLES Nacional sem a concessão de isenção para contribuições previdenciárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso para manter o ato declaratório da exclusão, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.


FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ - Presidente.


EDELÍ PEREIRA BESSA - Relatora

EDITADO EM: 01/06/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente da turma), Alexandre Andrade Lima da Ponte Filho (Vice-Presidente), Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa e Shelley Henrique Dalcamin. Ausente o conselheiro José Ricardo da Silva.

Relatório

METALÚRGICA AJJ LTDA, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba/PR, que por unanimidade de votos, INDEFERIU a manifestação de inconformidade interposta contra o Ato Declaratório Executivo, de 16/07/2004 (fl. 29), o qual a excluiu do SIMPLES a partir de 01/01/2002.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório Executivo, de 16/07/2004 (fl. 29), de emissão do Chefe do SECAT da Delegacia da Receita Federal em Foz do Iguaçu-PR, tendo por fundamentação a Informação Fiscal SECAT DRE/FOZ, de fls. 23/28, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeitos a partir de 01/01/2002, informando como causa, o exercício de atividade econômica vedada, em afronta ao disposto nos incisos V, XII, alínea "I" e XIII do artigo 9º e seu § 4º da Lei nº 9317, de 1996.

A ação que culminou com a exclusão da contribuinte ao Simples teve origem em Representação Administrativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio de sua gerência executiva em Cascavel-PR. A referida representação foi instruída com os documentos de fls. 04 a 10.

Cientificada em 23/07/2004, apresentou manifestação de inconformidade de fls. 31/33, onde alega que o ato não pode prosperar pois o simples fato de constar do contrato social atividade impeditiva não autoriza a exclusão ao benefício, que as notas fiscais acostadas ao processo demonstram apenas pequenos serviços prestados de forma pontual, os quais não caracterizam construção; que o entendimento deve ser no sentido de que não existe situação excludente; que o STJ já emitiu decisão nesse sentido; que a se manter sua exclusão, haverá ofensa ao princípio da não-cumulatividade, uma vez que obrigada a arcar com o IPI quando da compra da matéria prima, estava impedida de apropriar-se do custo, na venda do produto. Pede a reforma do feito.

A Turma Julgadora recorrida afastou tais alegações argumentando que:

- O Contrato Social de constituição da empresa, registrado em 23/05/1991 (fls. 04/07) apresentava como objeto a fabricação e comércio de esquadrias metálicas e de alumínio; estruturas metálicas, box para banheiros e móveis de metal, artigos para parques infantis, comércio varejista de vidros em chapas e cortados; comércio varejista e atacadista de produtos metalúrgicos e de construção; serviços de montagem e colocação de estruturas, esquadrias e vidros; serviços de reparação e conservação de esquadrias metálicas. Em 11/05/2001 foi incluída a previsão de serviços de construção civil (fls. 08/09).
- A prestação de serviços complementares de construção civil está evidenciado nas notas fiscais, que também apontam outras circunstâncias impeditivas à opção do SIMPLES, quer seja pela execução de montagem de estrutura metálica, ou remoção e reforma de calhas, ou vedação de elevador, ou alinhamento e recolocação de telhas, ou reforma de janelas, pintura, colocação de vidros, ou reforma de telas, escada, portas e janelas.

- O exercício de qualquer atividade impeditiva, independentemente da participação percentual desta atividade na receita total da empresa, veda a adesão ao sistema, tendo em vista que não há base legal para o pagamento de tributos e contribuições parte pelo Simples, parte por outro sistema de tributação.
- Informações extraídas do *site* da empresa na *internet* ilustram, de uma forma bem completa, as atividades por ela desenvolvidas e que não encontram guarida para sua pretensão de voltar ao Simples. O fato de sua atividade hoje estar direcionada também à agropecuária e suinocultura não afasta o impedimento de aderir ao Simples.

Cientificada da decisão de primeira instância em 22/01/2009 (fl. 43), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 25/02/2009 (fls. 46/50).

Após relatar que sempre efetuou recolhimentos regulares, descreveu o procedimento desenvolvido para a exclusão, sua impugnação e a decisão da DRJ, e acrescentou que com a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, deixou de existir a vedação ao SIMPLES das atividades de construção de imóveis e obras de engenharia em geral, conforme previsto no art. 17, § 1º, inc. XII. Ainda, o § 2º do mencionado dispositivo prevê a possibilidade de opção pelo SIMPLES de microempresas e empresa de pequeno porte que prestem outros serviços que não sejam objeto de vedação expressa pela Lei Complementar.

Invoca a aplicação retroativa destes dispositivos, a teor do art. 106, II do CTN, e consoante expresso pelo STJ, no Recurso Especial nº 577.654-PE (2003/0131639-3), publicado em 03/05/2004.

Cita, também, acórdão do Terceiro Conselho de Contribuintes:

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

Exercício: 2002

EMENTA: SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADES DE ENGENHARIA. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. As atividades de construção de imóveis e de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, não são mais vedadas ao SIMPLES nos termos do artigo 17, § 1º, inciso XIII, da LC 123/2006. Aplicação retroativa em virtude do artigo 106, inciso II, alínea "b", do Código Tributário Nacional.

SIMPLES. RETROATIVIDADE DE LEI NOVA. JULGAMENTOS PENDENTES. EFEITOS. A lei nova tem repercussão pretérita aos casos pendentes de julgamento, por força do caráter interpretativo da norma jurídica impeditiva anterior, revogada pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem à regra do artigo 106 do CTN. (RV 131108, 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 301-34578, Rel. Conselheira Irene Souza da Trindade Torres -DPU)

Acrescenta que os documentos retirados do site da Recorrente e acostados às fls. 35/38, não são prova cabal para sua exclusão do SIMPLES por desempenhar atividade vedada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. E ressalta que esta lei, em seu artigo 89, expressamente revogou a Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, invocando, por fim, o art. 179 da Constituição Federal.

É o relatório.



Voto

Conselheira FÉLIX PEREIRA BESSA

A recorrente não contesta o fato de prestar serviços de construção civil, mas sim invoca a aplicação retroativa das normas que admitiram esta atividade no âmbito do SIMPLES Nacional.

O ato de exclusão recorrido, por sua vez, decorre de representação que aponta a inclusão de serviços de construção civil no objeto social da empresa, bem como a execução de serviços de montagem de estrutura metálica (fls. 02/16). Em procedimento desenvolvido pelo SECAT da DRI/Proz do Iguaçu constatou-se a execução de serviços incluídos no conceito de construção civil, consistentes em reforma de telhados, calhas, escadas, janelas, portas, elevadores e parques infantis, além de montagens industriais que exigiriam o exercício profissional de engenheiro ou assemelhados.

É certo que a legislação mencionada admitiu, no âmbito do SIMPLES Nacional, o ingresso/permanência de empresas que exercem atividades de construção de imóveis, inclusive sob a forma de subempreitada. Todavia, no período em análise (exclusão com efeitos a partir de 01/01/2002), havia vedação expressa na Lei nº 9.317/96, nos seguintes termos:

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

Por sua vez, já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça a inaplicabilidade do art. 106, do CTN, para fins de retroatividade de normas que admitiram o ingresso de contribuintes na sistemática simplificada de recolhimentos, cujas atividades antes eram vedadas

Veja-se a referência mais recente ao tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003. PRECEDENTE EDCI no RESP N.º 882553/RS, julgado em 23.04.2009



1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLER.

2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLER, 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,

(...)"

[...]

5. Em 30 de maio de 2003, sobreveio a Lei 10.684, que, em seu artigo 24, assim dispôs:

"Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:

I – creches e pré-escolas;

II – estabelecimentos de ensino fundamental,

III – centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

IV – agências lotéricas;

V – agências terceirizadas de correios,

VI – (VETADO)

VII – (VETADO)' (NR)

(...)"

6. As Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei 10.034/2000 (que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLER, impostas pelo artigo 9º, da Lei nº 9.317/96), uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, verbis:

[...]"

68

7 Precedentes das Turmas de Direito Público REsp 1 042 793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008, REsp 829 059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007, DJ 07/02/2008, e REsp 721 675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23/08/2005, DJ 19/09/2005)

8 Consequentemente, ante a irretroatividade do benefício fiscal instituído pela Lei 10 034/2000, reveste-se de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida, no período anterior a 25/10/2000.

9 Recurso especial provido. (REsp nº 1 056 956/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 26/05/2009, publicação do DJe em 01/07/2009)

As razões dos precedentes mencionadas foram originalmente firmadas pelo Ministro Castro Meira, no REsp nº 722.307/SC, no qual se extrai:

TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO PRÉ-ESCOLAR E FUNDAMENTAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ART. 557 DO CPC. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. LEI Nº 10.034/00. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO.

1 Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido. Ausência de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2 Ainda que não seja dominante o posicionamento favorável à retroatividade da Lei nº 10 034/00, a parte não foi prejudicada, pois teve a questão apreciada pelo órgão colegiado, ante a apresentação de agravo regimental. Falta de interesse em recorrer no particular.

3 O art. 106, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra em qualquer das hipóteses, não havendo de se falar em retroação da Lei nº 10.034/00.

4 A pessoa jurídica que se dedica à pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei nº 10 034/00 que não pode ter aplicação retroativa.

5 Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Primeiramente, quanto à suposta ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem apreciou toda matéria controvertida, não havendo nos autos qualquer omissão a ser sanada. A própria recorrente assevera que "a matéria, ora enfrentada, foi devidamente prequestionada, não só com a menção explícita aos dispositivos legais tidos por violados, mas também quanto à discussão e solução da questão jurídica trazida à baila" (fl. 108).

No tocante ao não-cabimento do art. 557 do mesmo diploma legal, a Fazenda Nacional aponta inexistência de jurisprudência pacífica favorável à retroatividade da Lei nº 10 034/00. Contudo, ainda que não seja dominante o posicionamento acerca dessa tese, não houve prejuízo à parte, que teve a questão apreciada pelo órgão colegiado, ante a apresentação de agravo regimental.

Portanto, a recorrente carece de interesse em recorrer no particular.

Relativamente ao mérito propriamente dito, a discussão a respeito do tema não foi debatida muitas vezes por esta Corte. Ao pesquisar a jurisprudência desta Casa, localizei apenas quatro precedentes da relatoria do Min. Luiz Fux, considerando

possível a retroação da lei tributária em casos semelhantes ao presente (EDcl no REsp 603.451/PE, DJU de 25.10.04, REsp 577.654/PE, DJU de 03.05.04; REsp 500.477/SC, DJU de 09.02.04, e, AgRg no REsp 433.697/PR, DJU de 23.06.03). Em tais julgados, consignou-se que a Lei nº 10.637/02 - que passou a permitir às agências de viagem e turismo a opção pelo SIMPLES - deveria retroagir "a teor dos incisos do art. 106, do CTN, porquanto referido diploma autoriza a retrooperância da lex mitior".

Analisando a questão, ousou divergir de tal posicionamento. É cediço que, em regra, aplica-se o princípio da irretroatividade das leis ao Direito Tributário. O art. 106 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses excepcionais em que a lei tributária poderá ser aplicada a ato ou fato pretérito, consoante se constata de seu teor, a seguir transcrito:

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito.

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática"

Da leitura de seus incisos, não verifico a possibilidade de retroação da lei pela mera existência de regra mais benéfica ao contribuinte.

O primeiro inciso restringe-se à lei expressamente interpretativa, o que não é o caso. Já o segundo inciso, subdividido em alíneas, estabelece quando a lei pode retrooperar para atingir atos não definitivamente julgados. A hipótese dos autos não se enquadra em qualquer das alíneas desse último inciso.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, vigente no momento em que a recorrida passou a ser optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem a seguinte redação:

"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,

(...)"

Portanto, as empresas que prestassem serviços profissionais educacionais eram atingidas pela vedação imposta. Não se cuida aqui de infração ou penalidade, devendo ser afastadas, de pronto, as letras "a" e "c" do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Poder-se-ia entender pela incidência, na espécie, do previsto na letra "b" do artigo em alusão. Ocorre que a simples leitura da parte final de tal alínea impossibilita

essa conclusão, pois o fato de o recorrido ter optado pelo SIMPLES quando não era permitido certamente importou em falta de pagamento de tributo, na forma como era devido à época

O recorrido foi excluído da restrição constante da Lei nº 9.317/96 apenas com o advento da Lei nº 10.034/00, cujo art. 1º preceitua:

"Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental"

Cumpra registrar, unicamente a título de informação, que o dispositivo mencionado foi alterado pela Lei nº 10.684/03, passando a vigor nos moldes abaixo.

"Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades

I - creches e pré-escolas,

II - estabelecimentos de ensino fundamental,

III - centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

IV - agências lotéricas;

V - agências terceirizadas de correios;

VI - vetado

VII - vetado"

Assim, o aresto hostilizado merece reparos, uma vez que, somente a partir da vigência da Lei nº 10.034/00, o recorrido teve o direito de optar pelo SIMPLES, não podendo retroagir a norma em comento para alcançar atos ou fatos pretéritos

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

Os efeitos destas decisões, relativamente à atividade ali tratada, inclusive, foram recentemente consolidados na Súmula nº 448 do Superior Tribunal de Justiça (*A opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24/10/2000, data de vigência da Lei nº 10.034/2000*)

Claro está, portanto, que não se trata de lei expressamente interpretativa, cuja retroação se dá a teor do art. 106, I do CTN, bem como não trouxe, ela, qualquer "retroatividade benigna", a invocar a aplicação do inciso II daquele dispositivo, pois apenas se presta a desenhlar o campo de vedação ao ingresso no SIMPLES NACIONAL (ou de permissão, depende do ponto de vista), sob a ótica da atividade econômica explorada.

Destaque-se, ainda, que especificamente em relação à atividade aqui em destaque, a sua admissibilidade no âmbito do SIMPLES NACIONAL se fez de forma diferenciada, mantendo a obrigação de recolhimento previdenciário patronal de acordo com as regras contidas no art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

Assim se dá relativamente às atividades contidas no Anexo IV da LC, nos termos do parágrafo 5º-C do artigo 18 da LC 123/2006, com redação dada pela LC 128/2008, que são: construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores; e serviço de vigilância, limpeza ou conservação



Impróprio, portanto, também sob esta ótica, cogitar de efeitos retroativos da legislação citada, na medida em que o SIMPLES FEDERAL implicava a isenção de tais contribuições previdenciárias.

Por todo o exposto, VOTO no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, e manter os efeitos do ato de exclusão recorrido.


EDELÍ PEREIRA BESSA - Relatora