



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

Processo nº 10980.004238/2006-75
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-000.957 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de abril de 2013
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente PAN TELAS IND E COM DE TELAS E ARAMES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. ATIVIDADES DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS. CANCHA DE GRAMA SINTÉTICA COBERTA. VEDAÇÃO DE OPÇÃO.

A construção de cancha de grama sintética coberta enquadra-se na hipótese prevista na legislação como sendo atividade de construção de imóveis e, por isso, encontra expressa vedação de opção pelo sistema SIMPLES no recolhimento de impostos e contribuições federais.

SIMPLES. ATIVIDADES QUE EXIGEM A NECESSIDADE DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO (ENGENHEIRO). NÃO COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE.

Não comprovado, pela autoridade fiscal, o efetivo exercício de atividade que exige a necessidade de profissional legalmente habilitado (engenheiro), descabe desenquadrar, por esse motivo, a pessoa jurídica da sistemática do SIMPLES.

SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Nos termos da legislação de regência, a exclusão da sistemática do Simples surtirá efeito 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. 9º da Lei nº 9.317, de 1.996.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. CARF. INCOMPETÊNCIA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para afastar a motivação da exclusão do Simples previsto no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, constante do ADE DRF/CTA nº 188, de 30 novembro de 2006 e considerar os efeitos da exclusão a partir de abril/2004, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente Substituto e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto, Andrada Márcio Canuto Natal e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Trata-se do exame da exclusão da sistemática do SIMPLES por motivo de “execução de atividade vedada” pela legislação.

De acordo com o Despacho Decisório das fls. 68 a 70, a empresa foi excluída em razão das seguintes constatações:

“Entre outras, inserem-se nas atividades econômicas da interessada, consoante a Certidão Simplificada expedida pela Jucepar/Pr em 20/01/2004, com cópia à fl. 65 dos autos, tanto a Instalação e Manutenção Elétrica em Edificações, como a Instalação, Manutenção e Reparação de Elevadores, Escadas e Escadas Rolantes.

3. Todavia, a Certidão de Registro de Pessoa Jurídica, com cópia inserta às fls. 63 e 64, atesta que a interessada também habilitou-se junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Paraná — CREA-PR, para o desempenho de atividades no ramo da engenharia civil.

4. Sem embargo, no Contrato de Empreitada n.º 5/04, presente em cópia às fls. 51 a 59 do processo vertente, a interessada aparece como parte contratada pelo SESC Paraná, para a construção de cancha de grama sintética coberta, no município de Guarapuava/Pr, sob a responsabilidade técnica de engenheiro regularmente inscrito no CREA, conforme firmado na cláusula primeira, parágrafo único do citado documento, bem como nas Anotações de Responsabilidade Técnica — ART, n.ºs 3006048188 e 2004029276-8, com cópias às fls. 62 e 63, respectivamente.

(...)

8. Nada obstante, importa notar que afora as atividades explicitadas no retro-citado Contrato de Empreitada n.º 5/04, a interessada, como já dito anteriormente, também arrola em seu objeto social a instalação, a manutenção e o reparo de elevadores, escadas e escadas rolantes, tarefas que, igualmente aos trabalhos que

desenvolve no ramo da engenharia civil, necessitam dos préstimos de profissional(is) legalmente habilitado(s).

(...)

Assim, diante da incursão da empresa nas hipóteses de vedação previstas no art. 9º, V, XIII e § 4º, da Lei nº 9.317, de 1.996, PROPONHO, em observância ao disposto nos arts. 13 e 14 desse mesmo diploma legal, que se exclua a interessada do Sistema Integrado Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — Simples, mediante a emissão do competente ato declaratório executivo, nos termos do art. 23, parágrafo único da IN SRF nº 608, de 9/01/2006.”

Na sequência, foi emitido o Ato Declaratório Executivo(ADE) pela DRF/CTA nº 188, de 30 novembro de 2006, excluindo a empresa do SIMPLES a partir de 01/01/2002, com o seguinte teor:

“Art. 1º Fica excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — Simples a empresa Pan Telas Indústria e Comércio de Telas e Arames Ltda. ME, CNPJ nº 82.207.713/0001-95, por incorrer na vedação prevista no art. 9º, V, XIII e § 4º, da Lei nº 9.317, de 1996, conforme despacho decisório proferido nos autos do processo administrativo nº 2 10980.004238/2006-75.

(...)

Art. 3º Este Ato Declaratório Executivo produzirá efeitos a partir de 01/01/2002, atendendo ao que dispõe o art. 15, II, da Lei nº 9.317, de 1996, com a redação alterada pelo art. 33 da Lei nº 11.196, de 21/11/2005, combinado com o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.”

Contra a referida exclusão, o contribuinte ingressou com impugnação, alegando, em síntese:

- esclarece que não é e nunca foi empresa especializada no ramo da construção civil, não se dedica à construção de imóveis, nem tampouco presta serviços profissionais de engenheiro ou assemelhados, ou de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

- informa que é especializada no comércio de telas, arames, alambrados, produtos poliesportivos e quadras de grama sintética, e que, na celebração de contratos administrativos, por ocasião de "instalação" das quadras de grama sintética, lhe são exigidos mero acompanhamento da instalação por engenheiro legalmente habilitado junto ao CREA, condição esta estabelecida no edital, o que definitivamente não significa necessariamente que a empresa exerça atividades no ramo de construção civil;

- ressalta que as quadras de grama sintética não são nem podem ser considerados atividades de construção civil, posto que são meramente instaladas, e não construídas, levando essa denominação à equivocada interpretação em favor do fisco;

- afirma que os efeitos da exclusão só poderão alcançar fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela SRF, por força do princípio da segurança jurídica, consubstanciada pela garantia individual da irretroatividade das normas, e dos artigos 103, I e 146 do CTN;

- assevera que a empresa optou pelo Simples por desenvolver negócios não vedados, com adesão aceita pelo fisco, sem que tenha alterado suas atividades ao longo do tempo;

- requer, ao final, a nulidade do ADE de exclusão ou, alternativamente, desconsiderada a exclusão retroativa do SIMPLES.

A DRJ/Curitiba ao examinar a contestação entendeu por indeferir a solicitação, emitindo o Acórdão nº 06-23.302, de fls. 88 a 92, com o seguinte ementário:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ALCANCE ABRANGENTE. INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO ELÉTRICA EM EDIFICAÇÕES.

Os serviços de construção civil, vedados no Simples, possuem conceito abrangente, alcançando qualquer serviço executado em obra que se agregue ao solo ou subsolo da construção, incluindo a instalação e manutenção elétrica em edificações.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO DE ELEVADORES, ESCADAS E ESTEIRAS ROLANTES. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL LEGALMENTE EXIGIDA. VEDAÇÃO.

Os serviços de instalação, manutenção de elevadores, escadas e esteiras rolantes são vedados ao ingresso no Simples, por caracterizar prestações de serviço profissional de engenharia, que não foi contemplada pela norma que traz ressalvas excepcionais, cuja interpretação se faz restritivamente.

Solicitação Indeferida

Os principais fundamentos utilizados pelo Acórdão da DRJ/Curitiba podem ser assim sintetizados:

- a relação de serviços executados no Contrato de Empreitada nº 5/04 desfaz o argumento construído pela impugnante. Conforme se verifica, a obrigação assumida pelo contribuinte envolveu uma série de atividades que estão diretamente ligadas à construção civil, como instalações hidráulicas e elétricas e pintura, que estão expressamente exemplificadas no ADN Cosit nº 30/1999.

- o “serviço de engenheiro” encontra-se evidenciado no próprio estatuto da empresa, que ostenta como um dos ramos de atuação a “instalação, manutenção de elevadores, escadas e esteiras rolantes, exceto de fabricação própria”. Nesse passo, em se tratando de exclusão por atividade vedada, não há documento mais adequado para comprovar a situação impeditiva do que a descrição do objeto social constante do contrato social. É por meio desse documento que os sócios decidem constituir seu empreendimento e declaram, voluntariamente, que desejam explorar determinados ramos de atividade econômica. Essa prova, contudo, é relativa, que permite comprovação em contrário, por parte do interessado. Como a interessada não se manifestou acerca dessa previsão de seu objeto social, torna-se válida a prova dos autos.

- o contrato firmado entre o contribuinte e o SESC/PR, foi contraído em 29/03/2004, fls. 59. No entanto, como consta previsão de exercício de atividade vedada no

contrato social da empresa (serviço de engenharia), a situação excludente coincide com a própria data de opção do contribuinte pelo Simples, que ocorreu em 01/01/1997, conforme cadastro de fl. 67. Tal situação faria com que o contribuinte fosse excluído desde 1997; contudo, aplica-se ao caso o disposto no art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006, vigente à época da emissão do despacho decisório, que aponta para a data de 01/01/2002, como corretamente fixado no ADE.

Contra essa decisão, o interessado apresentou recurso voluntário, de fls. 96 a 110, repisando praticamente as mesmas alegações trazidas na peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo, Relator

O recurso é tempestivo e nos termos da lei. Portanto, dele tomo conhecimento.

A empresa foi excluída da sistemática do SIMPLES em razão da autoridade fiscal ter constatado: i) o exercício da atividade de construção de imóveis; e ii) que o objeto social da interessada incluía atividades que dependem da existência de profissional legalmente exigida (engenheiro). Essas atividades encontram vedação de opção no Simples nos termos do art. 9º, incisos V e XIII e seu § 4º, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Já a defesa alega que não se dedica à construção de imóveis, nem tampouco presta serviços profissionais de engenheiro ou assemelhados, ou de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. Reclama também da exclusão com data retroativa ao da expedição do Ato Declaratório Executivo, invocando violação ao princípio da segurança jurídica e entendendo que os efeitos da exclusão somente poderiam alcançar os atos supervenientes ao entendimento manifestado pelo fisco.

Inicialmente, cabe transcrever o dispositivo legal que fundamentou a exclusão do Simples por atividade vedada. O art. 9º, incisos V e XIII e seu § 4º, da Lei nº 9.317, de 1996, assim dispõem:

Art. 9º Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica:

(...)

V- que se dedique ... à construção de imóveis;

(...)

XIII — que preste serviços profissionais de (...) engenheiro (...), ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

(...)

§ 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**. (destaques meus)*

Da leitura do normativo legal, verifica-se que o legislador vedou a opção pela sistemática do Simples àquela pessoa jurídica que se dedicasse à construção de imóveis e que prestasse serviços cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida (engenheiro).

Em relação ao exercício da atividade de construção de imóveis, as provas dos autos são robustas em confirmar o desempenho dessa atividade.

No Contrato de Empreitada n.º 5/04, firmado em 29/03/2004, cópia às fls. 51 a 59, a interessada aparece como parte contratada pelo SESC/Paraná para a “**construção de cancha de grama sintética coberta**”, sob a responsabilidade técnica de engenheiro inscrito no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia-CREA, conforme firmado na cláusula primeira, parágrafo único do citado documento, bem como nas Anotações de Responsabilidade Técnica — ART, n.ºs 3006048188 e 2004029276-8, cópias às fls. 62 e 63, respectivamente.

Não bastasse essa comprovação, consta também dos autos cópia do registro da empresa junto ao CREA, em que foi autorizada a prática da execução de “estruturas metálicas de construção civil”, bem como “*ressaltando a impossibilidade de execução de quaisquer serviços ou obras sem a participação efetiva de seu(s) responsável(eis) técnico(s)*”, fls. 63/64.

Já a definição do que se entende por “construção de imóveis” contida na própria lei do SIMPLES, em seu § 4º, da Lei nº 9.317, de 1996, contempla perfeitamente a atividade desempenhada pela interessada quando se trata da obra denominada “construção de cancha de grama sintética coberta”.

Veja-se que o dispositivo legal estabelece que, dentre outras, compreende a atividade de “construção de imóveis” “outras benfeitorias agregadas ao solo”. Pois bem, a construção de uma “canha de grama sintética” pode perfeitamente ser enquadrada como uma “benfeitoria agregada ao solo”. Isso fica mais evidente quando se verifica tratar-se de uma “canha coberta com estrutura metálica”, conforme previsto no referido contrato de empreitada, o que evidencia tratar-se de uma atividade típica de “construção de imóveis” nos termos da legislação que rege a matéria.

Dessa forma, cai por terra a alegação da defesa de que não executa construção de imóveis, de modo que o exercício dessa atividade encontra expressa vedação na legislação do Simples, devendo ser mantida a exclusão por esse motivo.

Quanto ao segundo motivo da exclusão, qual seja, a prática de atividades que dependem da existência de profissional legalmente exigida (engenheiro), a autoridade fiscal baseou-se unicamente da descrição do objeto social da empresa interessada.

Veja-se o que se encontra descrito na “atividade econômica” da certidão simplificada emitida pela Jucepar (Junta Comercial do estado do Paraná), documento utilizado para fundamentar a decisão do fisco, fls. 65:

“5244-2/01 COMÉRCIO VAREJISTA DE FERRAGENS, FERRAMENTAS E PRODUTOS METALÚRGICOS

2010-9/01 SERRARIAS COM DESDOBRAMENTO DE MADEIRA

4541-1/01 INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO ELÉTRICA EM EDIFICAÇÕES -

749 OUTRAS ATIVIDADES DE SERVIÇOS PRESTADOS PRINCIPALMENTE ÀS EMPRESAS

5249-3199 COMÉRCIO VAREJISTA DE OUTROS PRODUTOS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE

5249-3/05 COMÉRCIO VAREJISTA DE ARTIGOS ESPORTIVOS

4541-1/02 INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE ELEVADORES, ESCADAS E ESTEIRAS ROLANTES - EXCETO DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA”

De acordo com o Despacho Decisório, a exclusão do Simples ocorreu pelo fato de constar no objeto social a atividade de “instalação, a manutenção e o reparo de elevadores, escadas e escadas rolantes”, o que caracterizaria a necessidade de profissional legalmente habilitado (engenheiro), nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996.

Em que pese considerar que referida atividade depende da necessidade de profissional habilitado (engenheiro), deixou a autoridade fiscal de trazer comprovação do efetivo exercício dessa atividade pela empresa excluída. O fato de constar no objeto social da empresa determinada atividade não significa o seu efetivo exercício, mas apenas uma possibilidade desse exercício.

O que se nota é que a expedição do Despacho Decisório baseou-se unicamente no objeto social da empresa, sem maiores aprofundamentos quanto à verdadeira situação fática do contribuinte.

Se esperaria que a repartição de origem, para descaracterizar uma situação jurídica existente, aprofundasse o seu trabalho de análise antes de propor a exclusão por esse motivo. Uma verificação nos registros e documentos fiscais da empresa, tais como no livro de Prestação de Serviços, contratos, Notas Fiscais, dentre outros, poderia trazer elementos mais consistentes para comprovar que a efetiva execução das atividades de “instalação, manutenção e o reparo de elevadores, escadas e escadas rolantes”, necessitaria de profissional legalmente habilitado (engenheiro), e não como neste caso, no qual a autoridade parece agir apenas com base em suposições.

É claro que se houvesse no processo evidências do efetivo exercício dessas atividades que requeressem a participação de engenheiro, ou de profissional com habilitação legalmente exigida, então estaria caracterizada razão impeditiva ao sistema SIMPLES, fato que não ocorreu.

Assim, não restando comprovado o exercício, pela empresa interessada, de atividades que exigem a participação de engenheiro, ou de profissional com habilitação legalmente exigida, a motivação constante do Ato Declaratório Executivo de exclusão, art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, deve ser cancelada.

Por fim, quanto a retroatividade da exclusão do Simples cumpre esclarecer, inicialmente, que em face do decidido, os efeitos da exclusão serão analisados apenas em relação à vedação mantida neste voto, qual seja, o exercício de atividade de “construção de imóveis”.

A regra que disciplina os efeitos da exclusão é clara nesse sentido e encontra-se disciplinada no art. 15, inciso II da Lei nº 9.317, de 1996, que indica como termo inicial da exclusão o mês subsequente ao da situação excludente:

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. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005) (destaques meus)

No presente caso, o exercício da atividade de “construção de imóveis” ficou evidenciada com a assinatura do Contrato de Empreitada n.º 5/04 para “construção de cancha de grama sintética coberta”, firmado, pelo interessado e pelo SESC/Paraná, em **29/03/2004**, fls. 51 a 59.

Assim, os efeitos da exclusão devem ocorrer no mês subsequente ao da situação excludente, no caso, a partir de 04/2004, e não a partir de 01/01/2002 como decidido pelo Ato Declaratório Executivo(ADE) pela DRF/CTA nº 188, de 30 novembro de 2006.

Por oportuno, cumpre deixar registrado que, no caso análise, inocorreu a alegada violação ao postulado constitucional da segurança jurídica. Aliás, essa matéria foi muito bem abordada pelo acórdão recorrido, cujo trecho do voto passo a transcrever:

“A propósito da suposta violação ao princípio constitucional da irretroatividade, a tese não se sustenta, uma vez que se deve dar cumprimento ao disposto no art. 16 da Lei do Simples, abaixo transcrito, que nada mais é do que o reconhecimento do caráter declaratório da decisão que exclui o contribuinte do Simples. Vale dizer, a decisão simplesmente reconhece que a empresa não cumpria os requisitos para ingresso no regime simplificado a partir de determinada data.

(...)

O aludido princípio da irretroatividade da lei tributária diz respeito à vigência da lei em relação à data de ocorrência dos fatos, questão esta que não se está discutindo na presente causa, já que os fatos são posteriores à lei do Simples, que foi publicada em 1996.”

Estando em vigor a lei que disciplina o momento em que surtirá os efeitos da exclusão do Simples, não pode a autoridade administrativa, ou o órgão julgador administrativo, deixar de aplicá-la, sob pena de responsabilidade funcional. Além disso, descabe a este órgão

julgador se manifestar a respeito de inconstitucionalidade de lei regularmente aprovada pelo Poder Legislativo, consoante Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Além disso, é sabido que o direito não pode proteger o contribuinte que pretende se beneficiar de uma situação que a lei expressamente veda, situação essa criada por ele próprio ao exercer uma atividade sabidamente vedada pela legislação.

Em face do exposto, voto no sentido de que seja dado provimento parcial ao recurso, para afastar a motivação da exclusão do SIMPLES previsto no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, constante do ADE DRF/CTA nº 188, de 30 novembro de 2006, pelo exercício de atividade que dependa de habilitação profissional legalmente exigida (engenheiro), bem como considerar os efeitos da exclusão a partir de abril de 2004.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo