



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11030.001898/2007-87
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.825 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 05 de agosto de 2020
Recorrente INSTALADORA WENDT LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

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.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

Para as pessoas jurídicas que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, que realize operações relativas a prestação de serviços de instalação de equipamentos para postos de combustíveis, tanques, bombas e demais atividades concernentes ao ramo, o efeito da exclusão do Simples dar-se-á a partir 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.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A apreciação de argumentos de inconstitucionalidade resta prejudicada na esfera administrativa, conforme Súmula CARF nº 2: "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 negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 18-11.566, proferido pela 2ª Turma da DRJ/STM, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente, mantendo o ato declaratório de exclusão do SIMPLES Federal, com efeitos da exclusão a partir de 1º de janeiro de 2002.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo, que será complementado com os fatos que se sucederam:

Inicialmente a interessada apresentou Pedido de Restituição, relativo ao INSS (11%) retido sobre serviços prestados conforme cópias de notas fiscais. Esse pedido foi acompanhado no Processo Administrativo nº 37098.003290/2006-15 como se vê na folha 25 do presente.

Em 1º/10/2007, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 09425140F00 (fl. 27).

Em 17/10/2007, foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização do qual a • interessada tomou ciência, na mesma data, como se vê na folha 27 do presente.

Nos trabalhos de fiscalização a autoridade fiscal concluiu que, em tese, tratar-se-ia de empresa que desenvolve atividades para as quais estaria vedada a opção pelo Simples.

Então encaminhou "Representação administrativa para fins de Exclusão do Simples" (fls. 01 a 04), instruída com cópias e/ou originais de documentos que constam nas folhas 05 a 26, propondo a exclusão da interessada do Simples com base no disposto no inciso XII, letra "f" e inciso XIII e parágrafo 4º, do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

A proposta de exclusão da interessada do Simples foi aprovada nos termos do Despacho DRF/PFO/Sacat, em 26/10/2007 (fl. 39) e, então, a interessada foi excluída do Simples, nos termos do Ato Declaratório Executivo nº 21, de 26/10/2007 (fl. 41), por exercer a atividade de construção civil, nos termos do artigo 9º, inciso V, combinado com o parágrafo 4º do mesmo artigo da Lei nº 9.317, de 1996, surgindo os efeitos da exclusão a partir de 1º de janeiro de 2002 (IN SRF nº 908, de 2006, artigo 24, § 1º, inciso II).

A interessada tomou ciência da exclusão, em 01/11/2007, conforme Intimação nº 234/07/DRF/PFO/Sacat, de 29/10/2007, e Aviso de Recebimento - AR que consta na folha nº 43.

Apresentou sua manifestação de inconformidade (impugnação), em 28/11/2007, conforme consta nas folhas 48 a 58, instruída apenas com cópia da Carteira Nacional de

Habilitação - Detran-RS, do seu representante legal, argumentando, em síntese, como segue:

- inicia com uma análise dos fatos de culminaram com sua exclusão do Simples.

Como matéria de direito argumenta que:

- para justificar a sua exclusão do Simples a autoridade fiscal fez constar que sua atividade seria de prestação de serviços em instalação de equipamentos para postos de combustíveis, tanques, bombas e demais atividades concernentes ao ramo com base em seu Contrato Social e no Contrato de Prestação de Serviços firmado com a Distribuidora de Petróleo Ipiranga S. A., realizado em 2001;

- diz que os mesmos servidores que fizeram a representação conheciam a situação da empresa *"em outras diligências e atendimentos a empresa, no ano em curso e anteriores"*, situação que não se alterou até a presente data, sendo que sua opção pelo Simples jamais havia sido questionada;

- fez a sua opção pelo Simples, quando da sua constituição, em 26/05/2000, concluindo que a Receita Federal conhecia seu Contrato Social e aceitou sua adesão ao Simples e os respectivos recolhimentos e declarações simplificadas; pergunta porque só agora, passados mais de 7 anos, resolveram excluí-la do Simples;

- lembra que a Lei Complementar nº 123, de 2006, abriu a possibilidade de opção pelo Simples para as empresa cuja atividade seja "construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de sub-empregada";

- entende que mesmo que num primeiro momento havia impedimento para opção pelo Simples deixou de existir com a publicação da Lei Complementar nº 123/2006, ou seja, antes da expedição do Ato Declaratório que a excluiu do Simples;

- que a decisão de excluí-la do Simples desrespeitou sua opção pelo Super-Simples (LC nº 123/2006) ao qual a empresa aderiu tempestivamente;

- sua exclusão do Simples desrespeitou o princípio da retroatividade da Lei;

- cita o artigo 179 da CF que não teria sido respeitado pela autoridade fiscal;

- transcreve jurisprudência judicial sobre as razões da criação do Simples em atendimento ao disposto no artigo 179 da CF;

- protesta quanto ao efeito retroativo da exclusão; cita jurisprudência administrativa em os efeitos da exclusão foram considerados a partir do mês subsequente àquele em que foi determinada a exclusão;

- admite-que-a-Lei nº 9.317/96 estabelece efeitos retroativos na exclusão do Simples; entende que a suposta hipótese excludente foi identificada pelo Fisco em outubro de 2007; daí que não poderia retroagir os efeitos à data de 1º/01/2002; que os efeitos da exclusão devem surgir a contar do mês seguinte ao da notificação;

- que os efeitos retroativos atribuídos à exclusão ferem diversos princípios constitucionais;

- traz jurisprudência judicial em que teria sido reconhecido que a exclusão do Simples não pode ter efeitos retroativos (AC 38000398994, AMS38000124751;

AMS2004.38.00.043957-9-MG do qual transcreve parte do voto da Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso);

Requer a revogação do Ato Declaratório Executivo DRF/PFO nº 21/2007 e alternativamente, que os efeitos da exclusão surjam a partir do mês subsequente ao da exclusão.

Por sua vez, a DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO • Ano-calendário: 2002
AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ILEGALIDADE.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade e ilegalidade de leis ou atos, bem como de afronta a princípios constitucionais.

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. CONSTRUÇÃO CIVIL. SERVIÇOS AUXILIARES.

A prestação de serviços de instalação de equipamentos para postos de combustíveis, tanques, bombas e demais atividades concernentes ao ramo configuram execução de serviços auxiliares e complementares à construção civil, que vedam a opção ao Simples.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

Para as pessoas jurídicas que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, que realize operações relativas a prestação de serviços de instalação de equipamentos para postos de combustíveis, tanques, bombas e demais atividades concernentes ao ramo, o efeito da exclusão do Simples dar-se-á a partir 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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, em que ratificou os argumentos apresentados por ocasião da manifestação de inconformidade e aduziu, em síntese, que:

(...)

II- DO DIREITO

PREAMBULARMENTE:

Da indevida exclusão do SIMPLES Insta referir, que embora a Lei 9.317/96, tenha elencado em seu art. 9º, XIII, que não poderia optar pelo Simples a pessoa jurídica que prestasse serviços entre outros, o de engenheiro, ou outra profissão, cujo exercício dependa • de habilitação profissional legalmente exigida, não encontramos no contrato social da empresa excluída, qualquer referência na qualificação dos sócios, contemplando a profissão de engenheiro, nem tão pouco, há exigibilidade de inscrição da empresa no CREA Local.

Isso porque, não há como exigir habilitação profissional, com inscrição em órgão de Classe, sem base legal, para a atividade, que à semelhança das oficinas mecânicas, se dedique a comércio de equipamentos para postos de gasolina, ferragens, materiais elétricos, e metais de construção; bem assim das instalações de equipamentos para postos de combustíveis, como tanques, bombas e atividades conexas.

Essas atividades decorrem de conhecimento prático adquirido ao longo do tempo pelos prestadores de serviço que operam nesse ramo. Diferente do empenho de um profissional desta categoria forjado nos bancos acadêmicos, com graduação específica nessa área de atuação, que estaria, por subsumir-se às regras do art. 9º, XIII, aí sim, impedido de optar pelo SIMPLES, o que não se aplica ao presente caso.

A desnecessidade de habilitação legal incluída no conceito de profissão regulamentada, cujo exercício lhe deva observância, facilmente pode ser inferida, pela não exigência da mesma, quando do registro da empresa nos diversos órgãos públicos, e em nenhum momento foi exigido que os componentes do quadro: a) habilitação específica para o desempenho da atividade, nem lhe foi exigida que houvesse no quadro funcional responsável com tal talante, como exemplo: a) na composição societária; b) Obrigatoriedade de contratação de profissional de profissão regulamentada c) fornecimento de alvará de localização, sem o cumprimento dessas exigências; d) pelas características do próprio trabalho executado pela empresa.

Com base no que preceitua a Lei 5.194/1996, pode-se perfeitamente inferir que a atividade de engenharia tem seu escopo maior na criação científica, o que não se confunde com as atividades desenvolvidas pela empresa, que opera no ramo de comércio e instalação ou montagem precipuamente.

A persistir o erro na exclusão da empresa do SIMPLES, estar-se-á tentando dar legalidade a uma injustiça, com as nefastas consequências prejudiciais à empresa, pois os consectários daí decorrentes inviabilizarão por completo a continuidade da mesma. Injustiça semelhante ocorreu com as oficinas mecânicas em 2004, quando um ato declaratório, absurdamente as excluiu do Simples, criando verdadeira panacéia na ocasião, sendo necessário a edição da Lei 10.964/2004 e 11.051/2004, para corrigir a ilegalidade desencadeada, colocando-se as coisas no lugar em que deveriam estar.

Em contraste com o equivocado entendimento do Fisco, encontramos os fundamentos externados pelo Douto Desembargador Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira, na Apelação e MS nº 2003.72.01.005469-4/SC, TRF4 2ª Turma (...)

Dessa forma, por não se subsumir a conceituação de serviços de engenharia, não necessitando os serviços prestados de profissional habilitado em profissão regulamentada, não há como prosperar a exclusão do SIMPLES levada a efeito, nos termos em que posto.

Por oportuno, ainda, pede vênias para transcrever a peça impugnatória, no que se refere às razões de direito, reiterando as argumentações levadas a efeito perante a DRJ/STM, trazendo a lume as ponderações esclarecedoras, para a sábia análise desse Colegiado, que certamente haverá por bem reformar o julgamento da DRJ/STM, cuja instância houve por bem manter aludida exclusão do Simples. (...)

No que pertine ao assunto, na mesma direção, é de bom alvitre, trazer a baila, o entendimento da Solução de Consulta nº 75, de 24/03/2005 aprovada pela Superintendência Regional da Receita Federal, 7ª Região Fiscal (...)

E por fim, a Recorrente requereu:

Seja determinado a revogação do Ato Declaratório Executivo DRF/PFO nº 21, de 26 de outubro de 2007, por sua inconsistência, e ilegal retroação de seus efeitos, com base

farta jurisprudência citada e na legislação de regência, em especial da aplicação de Lei posterior mais benigna ao contribuinte;

b) se; apesar de sua inconsistência, for mantida exclusão, que produza seus efeitos somente à partir do mês subsequente ao de sua ciência ocorrida em 01 de novembro de 2007.

É o relatório

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, a Recorrente foi excluída do SIMPLES Federal por exercer atividade de construção civil, nos termos do artigo 9º, inciso V, combinado com o parágrafo 4º do mesmo artigo da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos da exclusão a partir de 1º de janeiro de 2002 (IN SRF nº 908, de 2006, artigo 24, § 1º, inciso II).

A Recorrente discorda do procedimento fiscal sob o argumento inicial (e-fls. 83) de que:

“Insta referir, que embora a Lei 9.317/96, tenha elencado em seu art. 9º, XIII, que não poderia optar pelo Simples a pessoa jurídica que prestasse serviços entre outros, o de engenheiro, ou outra profissão, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, não encontramos no contrato social da empresa excluída, qualquer referência na qualificação dos sócios, contemplando a profissão de engenheiro, nem tão pouco, há exigibilidade de inscrição da empresa no CREA Local.

Isso porque, não há como exigir habilitação profissional, com inscrição em órgão de Classe, sem base legal, para a atividade, que à semelhança das oficinas mecânicas, se dedique a comércio de equipamentos para postos de gasolina, ferragens, materiais elétricos, e metais de construção; bem assim das instalações de equipamentos para postos de combustíveis, como tanques, bombas e atividades conexas.

Contudo, tal argumento não prospera visto a Recorrente não foi excluída do SIMPLES por tal motivo, mas sim por prestar de serviços de instalação de equipamentos para postos de combustíveis, tanques, bombas e demais atividades concernentes ao ramo que configuram execução de serviços auxiliares e complementares à construção civil, atividades essas que vedam a opção ao referido sistema diferenciado de tributação, com fulcro no art. 9, inciso V, combinado com o § 4º, da Lei nº 9.317/96.

Segue reprodução do Ato Declaratório Executivo (ADE- e-fls. 41) para que não pareça dúvidas sobre o assunto:

Ato Declaratório Executivo DRF/PFO nº 21, de 26 de outubro de 2007.

Declara excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte—Simples a empresa que menciona.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE PASSO FUNDO (RS), no uso da atribuição que lhe confere o art. 238, II, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e tendo em vista o disposto na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, declara:

Art. 1º A empresa **INSTALADORA WENDT LTDA**, CNPJ **03.920.459/0001-00**, excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte—Simples, em razão de, por prática de atividade de execução de obra de construção civil, incidir em causa de exclusão desse sistema, definida no art. 9º, inciso V, combinado com o § 4º, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, conforme apurado no processo nº 11030.001898/2007-87.

Art. 2º A exclusão, em conformidade com o art. 24, § 1º, inciso II, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006, surtirá efeito a partir de 1º de janeiro de 2002.

Art. 3º É facultado à pessoa jurídica, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência deste, manifestar por escrito sua inconformidade, dirigindo-a à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Santa Maria (RS).

Do Despacho DRF/PFO/SACAT de 26 de outubro de 2007, (e-fls. 41), da Delegacia da Receita Federal de Passo Fundo (RS), e que originou o referido ADE, extrai-se:

2 - Pois bem, conforme verifica-se no Contrato Social e nas Alterações Contratuais (fls. 05 a 17), uma das atividades da empresa é a de "Prestação de serviços em instalação de equipamentos para postos de combustíveis, tanques, bombas, e demais atividades concernentes ao ramo". Ainda, no Contrato de Prestação de Serviços, celebrado pela pessoa jurídica e a empresa Distribuidora de Petróleo Ipiranga S/A, em 13 de julho de 2001 (fls. 21 e 22), consta que a empresa Instaladora Wendt Ltda obriga-se a prestar, à Distribuidora de Petróleo Ipiranga S/A, os serviços de "Instalação e retirada de tanques, bombas e filtros, desativação de tanques, quebra e confecção de concreto, retirada e confecção de calçamento, corte de concreto, confecção de tubulação e ilhas, confecção de rede elétrica, limpeza de tanque, teste de pressão em tanque, transferência de produto, abertura de cabeça de tanque, confecção de descarga à distância, reforma de bombas", o que caracteriza a prática de atividade vedada pela legislação que rege o Simples (art. 9º, inciso V, combinado com o § 4º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996).

3 - Em consequência disso, concluindo que a pessoa jurídica incorreu, efetivamente, em causa de exclusão do Simples, definida no art. 9, inciso V, combinado com o § 4º, da Lei nº 9.317/96,

Ressalto que se esse fosse o único argumento do Recurso Voluntário seria o caso de se pensar em não conhecê-lo por abordar matéria sem coerência com a discutida nestes autos. Contudo, como a Recorrente também reproduziu as alegações de mérito apresentadas por ocasião da manifestação de inconformidade, passo a apreciá-las.

Inicialmente, vale destacar que o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal) ¹.

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que vigorou até 30.06.2007, dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal.

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente.

Assim, a legislação de regência elenca uma lista de atividades cujo exercício impõe a impossibilidade de optar pelo SIMPLES Federal a pessoa jurídica. Dentre essas atividades está a de atividade de construção civil, nos termos do artigo 9º, inciso V, combinado com o parágrafo 4º do mesmo artigo da Lei nº 9.317, de 1996, *in verbis*:

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. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997)

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUM>

E foi com base neste dispositivo que a Recorrente foi excluída do SIMPLES, pois houve o entendimento de que suas atividades de prestação de serviços de instalação de equipamentos para postos de combustíveis, tanques, bombas e demais atividades concernentes ao ramo com base em seu Contrato Social e no Contrato de Prestação de Serviços firmado com a Distribuidora de Petróleo Ipiranga S. A., realizado em 2001, se enquadrariam no § 4º retro mencionado.

A Recorrente diverge do procedimento fiscal. Contudo, entendendo não haver plausibilidade em sua discordância, pois em seu recurso, a Recorrente não logra desconstituir os argumentos da autoridade fiscal e a prova em seu desfavor.

Aqui não se trata de simples previsão contratual, mas da prova do exercício de atividade impeditiva através do contrato de prestação de serviços e das notas fiscais de serviços.

No contrato de prestação de serviços (fls. 21 e 22) firmado pela interessada, em 13/07/2001, com a empresa Distribuidora de produtos de Petróleo Ipiranga S.A. o objeto do contrato foi:

Instalação e retirada de tanques, bombas e filtros, desativação de tanques, quebra e confecção de concreto, retirada e confecção de calçamento, corte de concreto, confecção de tubulação e ilhas, confecção de rede elétrica, limpeza de tanque, teste de pressão em tanque, transferência de produto, abertura de cabeça de tanque, confecção de descarga à distância, reforma de bombas.

Veja-se, pois, que no contrato de prestação de serviços, além de outros serviços, constam a quebra e confecção de concreto, retirada e confecção de calçamento, corte de concreto, confecção de tubulação e confecção de rede elétrica, que vedam a opção pelo Simples nos termos do disposto nos itens I, II, VI e VII do ADN nº 30, de 2009, por estar compreendido nos serviços auxiliares e complementares da construção civil. Ora, as notas fiscais juntadas aos autos também atestam a prestação de serviços se enquadram na atividade de construção de imóveis.

Aludido Ato Declaratório Normativo nº 30, de 14/10/1999, DOU de 18/10/1999, esclarece que quais obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, que estão compreendidas, pelas vedações ao SIMPLES, como atividade de construção de imóveis, como segue:

Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que a vedação ao exercício da opção pelo SIMPLES, aplicável à atividade de construção de imóveis, abrange as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, tais como:

I - a construção, demolição, reforma e ampliação de edificações;

II - sondagens, fundações e escavações;

III - construção de estradas e logradouros públicos;

IV - construção de pontes, viadutos e monumentos;

%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>. Acesso em: 08 mai. 2020.

V - terraplenagem e pavimentação;

VI - pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias; e VII - quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

V - terraplenagem e pavimentação;

VI - pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias; e VII - quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo

Portanto, está claro, nos documentos acostados que a Recorrente exerce a atividade de construção de imóveis, e obras e serviços auxiliares e complementares de construção civil, especialmente as elencadas no inciso I (construção, demolição, reforma e ampliação de edificações), II (sondagens, fundações e escavações), VI (pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias) e VII (quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo) discriminadas no dito Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 30/1999.

A Recorrente argui, também, que Lei Complementar n.º 123, de 2006, abriu a possibilidade de opção pelo Simples para as empresa cuja atividade seja "construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de sub-empregada. Contudo, tais prescrições não têm efeito retroativo, como bem restou consignado no acórdão de piso, fundamentos estes que seguem transcritos e adoto como minhas razões de decidir:

Argumenta a manifestante de que teria direito de permanecer no Simples pelo disposto no artigo 17, § 1.º, inciso XIII, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, sustentando que daquele dispositivo decorrem efeitos retroativos que lhe favorecem.

Transcrevem-se referidos dispositivos, como segue:

Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (DOU de 15/12/2006 - Republicada no DOU de 31/01/2009 - Edição Extra)

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

§ 1.º As vedações relativas a exercício de atividades previstas na capta deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

(...)

XIII - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempregada; (Revogado pela Lei Complementar n.º 128, de 2008)

Note-se que a descrição dos serviços que a interessada exerce corresponde ao texto do inciso XIII do parágrafo 1.º do artigo 17 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, na sua redação original (com vigência a partir de 1.º/07/2007), conforme transcrito acima.

Esse inciso XIII do parágrafo 1.º foi revogado pela Lei Complementar n.º 128, de 2008. As atividades a que se refere o referido inciso estão excluídas das vedações à opção pelo Simples nos termos do parágrafo 1.º do artigo 17 combinado com o inciso I do parágrafo 5.º-C do artigo 18, todos da Lei Complementar n.º 123, de 2006, com redação dada pela Lei Complementar n.º 128, de 2008. Transcrevem-se esses dispositivos, como segue:

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

(...)

§ 5º-C. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída_ no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis: (Incluído pela Lei Complementar nº 128, de 2008) (produção de efeitos: 1º de janeiro de 2009)

(...)

1- construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;

Contudo, são disposições que não se aplicam retroativamente como pretende a Manifestante. A primeira tem sua vigência determinada a partir de 1º/07/2007 (LC nº 123/2006) e a segunda a partir de 1º de janeiro de 2009 (LC nº 128/2008).

Quanto à aplicação do art. 106, do CTN, abaixo copiado, o pleito é improcedente, já que a disposição contempla hipótese de retroatividade de lei, quando tratar-se de lei expressamente interpretativa (inciso I) ou quando não julgado em definitivo (inciso II) nos casos: a) quando deixa de ser considerada infração; b) quando não considerado contrário a qualquer exigência de ação ou omissão; c) em caso de cominação de penalidade menos severa.

Assim, em nenhum momento houve desrespeito quanto ao princípio da retroatividade de lei mais benigna, já que não era caso de aplicá-lo. Além do mais, esse Colegiado não tem competência para aferir suposta inconstitucionalidade lei ou violação de princípios constitucionais, cabendo unicamente ao Poder Judiciário.

Aliás, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula nº 2 do CARF:

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

Em tempo, quanto ao efeitos da exclusão, entendo que estes devem surgir a partir de 1º de janeiro de 2002, conforme disposições do inciso II do parágrafo 1º do artigo 24 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006, nos termos constante do Ato Declaratório Executivo DRF/PFO nº 21, de 26/10/2007.

Por fim, no que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Assim, considerando que a Recorrente não apresentou os documentos necessários a contrapor a decisão recorrida, concordo com o disposto no acórdão de nº 18-11.566, proferido pela 2ª Turma da DRJ/STM, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015), inclusive, quanto à data dos efeitos da exclusão do SIMPLES Federal.

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Ante o exposto, voto por negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça