



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

Processo n° 11065.001620/2008-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-01.020 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 10 de maio de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente GEROGINE RODRIGUES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2005

OPÇÃO SIMPLES. IMPEDIMENTO.

Não pode optar pelo Simples, a pessoa jurídica que se dedique à construção de imóveis.

APLICAÇÃO DA LEI MATERIAL NO TEMPO.

A lei superveniente não alcança fatos ocorridos antes da sua eficácia, que se regem pela lei então vigente.

EFEITO RETROATIVO.

A situação impeditiva da opção pelo Simples se encontra positivada no ordenamento jurídico e por esta razão o ato de exclusão tem natureza meramente declaratória e a legislação tributária permite a retroatividade de seus efeitos.

DOCTRINA.JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

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, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente em Exercício

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria de Lourdes Ramirez, Marcos Vinicius Barros Ottoni, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edgar Silva Vidal, Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

A Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/NHO/RS nº 14, de 10.03.2003, com efeitos a partir de 01.08.2004, fl. 45, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Motivo da exclusão: Atividade vedada (prestação de serviços no ramo da construção civil)

Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05.12.1996, art 9º, inciso V, c/c §4º; art 12; art. 14, inciso I; art.15, inciso II.

Art. 2º A exclusão do SIMPLES surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317, de 1996, e suas alterações posteriores.

Cientificada em 13.03.2009, fl. 46, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade em 13.04.2009, fls. 47-48, com as seguintes alegações

1. A empresa foi comunicada em 13.03.2009 da exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (Simples), cujo teor menciona o fato da mesma exercer atividade vedada pela legislação específica (art. 9º da Lei 9.317/96). Ocorre que a referida Lei não está mais em vigor desde 01/07/2007, tendo esta vigido somente até 30/06/2007, fato que nos leva a questionar a exclusão somente no momento atual.

2. A partir de 01/07/2007, data em que entrou em vigor o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL), criada pela Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, a empresa MIGROU automaticamente para o novo regime, procedimento este, efetuado pela própria Autoridade competente, e que agora manifesta a Exclusão.

3. A partir da nova legislação do SIMPLES NACIONAL (LC nº 123/2006), em vigor a partir de 01.07.2007, a Resolução CGSN nº 04 de 01.06.2007, Art. 12, parágrafo 3º, incisos X e XIII, é clara quando menciona a atividade de "serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais..." e "construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada", respectivamente, atividade esta NÃO VEDADA e exercida pela empresa.

4. Portanto, o ADE emitido, englobando dois períodos de legislações distintas, de 01/08/2004 a 30/06/2007 (quando a vigência reportava-se à Lei 9317/96) e de 01/07/2007 até a presente data (vigência atual da LC nº 123/06), onde a primeira (Lei nº 9317/96) VEDA a atividade exercida pela empresa e a segunda (LC nº 123/06) ao contrário, possibilita a inclusão no SIMPLES NACIONAL de idêntica atividade, da mesma forma, deveria tratar os dois períodos distintamente.

Pelas razões expostas, o contestante requer a V. Sª seja revista a decisão de EXCLUSÃO, visto que a empresa busca o tratamento correto da legislação que disciplina a matéria.

N. Termos

P. Deferimento

Consta como resultado do Acórdão da 6ª TURMA/DRJ/POA/RS nº 10-25.381, de 19.05.2010, fls. 51-564: “Manifestação de Inconformidade Improcedente”.

Restou ementado

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/08/2004

SIMPLES. SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO RETROATIVA. ATIVIDADE VEDADA. INDEFERIMENTO. IRRETROATIVIDADE DAS LEIS.

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: a construção, demolição, reforma e ampliação de edificações, pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias bem como quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

Um dos princípios básicos do Direito Intertemporal é o da irretroatividade das leis, pelo qual uma lei presente ou futura não deverá atingir fatos pretéritos. Esse princípio está consagrado na Carta Política de 1988, art. 5º, XXXVI, dentro dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Notificada em 10.06.2010, fl. 56, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 09.07.2010, fls. 61-64, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera todos os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade no seguinte sentido

O acórdão atacado não adotou a melhor solução ao caso em tela. Inicialmente, deve ser destacado que o fundamento para a exclusão da recorrente foi a verificação da emissão de faturas de prestação de serviços relacionados a construção civil. Entretanto, como bem colocado no acórdão recorrido, a empresa esta cadastrada no CNAE 8299-7/99 (outras atividades de serviços prestados principalmente as empresas não especificadas anteriormente). Ainda, no mesmo sentido, a descrição de suas atividades junto a JUCERGS é de manutenção industrial e comércio varejista de materiais de construção em geral.

[...] Assim, da simples análise destes dados cadastrais da empresa, já se denota que a atividade exercida preponderantemente pela mesma não é a prestação de serviços relacionados a construção civil, como destacado no Ato Declaratório de

Exclusão. Neste ponto, já é possível a verificação de que indevida a exclusão. A eventualidade da prestação de um serviço não pode acarretar no enquadramento de toda a atividade da empresa como aquela incompatível ao regramento do SIMPLES, considerada a legislação aplicável a época. Até porque, a natureza das atividades da recorrente pode requerer, em alguns casos, além da comercialização do produto, sua entrega e montagem, serviços os quais demandam remuneração.

[...] Ainda, é de ser notado que as hipóteses prescritas na legislação quanto A vedação à inclusão no SIMPLES (art. 9º da Lei 9.317/96) não faz qualquer menção As atividades da requerente, decorrente o entendimento do ADE unicamente de Resolução expedida de Administração. Neste ponto, veja-se que a disposição constitucional quanto à necessidade de tratamento diferenciado As empresas de pequeno porte faz expressa menção A necessidade de lei para sua instituição. [...]

[...] Deste modo, em não havendo qualquer previsão legal a embasar a exclusão da autora do SIMPLES, fere as disposições constitucionais atinentes ao tema o ADE expedido pela DRF/NHO. Ainda, não apenas o dispositivo acima transcrito resta violado, como o próprio princípio da legalidade tributária (art. 150, I da CF), vez que ao ser excluída do SIMPLES, sem qualquer previsão legal, a consequência é a majoração da carga tributária imposta à recorrente, sem qualquer disposição normativa neste sentido. Na verdade, em sentido diametralmente inverso deveria ser o entendimento da Administração, uma vez que a empresa atende a todos os requisitos necessários a sua manutenção no SIMPLES e, A margem da Constituição e da Lei, resta excluída do sistema de tratamento privilegiado de tributação. A corroborar a fundamentação acima exposta, veja-se que posteriormente a edição da Lei Complementar no 123/06, na esteira do que dispunha a legislação antiga, foi editada a Resolução CGSN 04/2007 a qual, expressamente, dispõe que a atividade de prestação de serviços, nos moldes corno eventualmente levado a efeito pela recorrente, não veda a opção pelo SIMPLES NACIONAL.

[...] Assim, conclui-se que para o deslinde pra presente questão não se pretende qualquer aplicação de legislação anteriormente A. sua vigência. Trata-se da aplicação da legislação vigente, com base nos comandos constitucionais, notadamente quanto à necessidade de lei para reger o sistema de tratamento diferenciado prescrito no art. 179 da CF, o que restou flagrantemente violado pela indevida exclusão da recorrente, sem qualquer disposição legal a embasar o ato declaratório.

Conclui

Isto posto, REQUER seja recebido o presente recurso, sendo reformado o acórdão nº 10-25.381 da 6ª Turma da DRJ/P0A, de modo a ser acolhida a manifestação de inconformidade da recorrente, no sentido de ser revista a decisão de exclusão da mesma do SIMPLES, nos termos do ADE DRF/NHO nº 14/2009.

Nestes Termos,

Pede Deferimento

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

A Recorrente menciona que o procedimento não poderia ter sido formalizado.

A pessoa jurídica optante deve comunicar obrigatoriamente a sua exclusão à RFB, por meio alteração cadastral no prazo previsto em lei, quando incorrer em hipótese legal de vedação. Verificada a falta de informação espontânea, há exclusão de ofício mediante emissão do termo de exclusão do Simples pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional, devendo ser observadas as determinações do processo administrativo fiscal¹. Por esta razão foi exarado de forma regular o Ato Declaratório Executivo DRF/NHO/RS nº 14, de 10.03.2003, com efeitos a partir de 01.08.2004, fl. 45 por incorrer em circunstância excludente. A proposição mencionada pela defendente, por conseguinte, não tem validade.

A Recorrente defende que a norma que fundamenta o procedimento está revogada.

No ordenamento jurídico vigora o princípio da irretroatividade da lei, como limitador ao direito de poder de tributar, salvo disposição normativa em contrário. Por esta razão o procedimento de exclusão sempre deve se reportar à data da ocorrência da situação impeditiva e se rege pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. No período de 01.01.1997 a 30.06.2007, relativo ao ato contestado, o Simples produziu validamente efeitos. A partir de 01.07.2007 começa a vigorar o regime diferenciado de cumprimento de obrigações principais e acessórias de tributos de todos os entes políticos, que não alcança fatos ocorridos antes da sua eficácia, por ser a eles superveniente². A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente discorda da exclusão do Simples.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) é mensal e uma opção do sujeito passivo para todo ano-calendário, desde que observados os requisitos legais, devendo ser manifestada mediante a alteração cadastral no prazo previsto em lei.

A opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais e que não incorra em circunstância objeto de vedação por expressa previsão legal. O pressuposto é de que os motivos que impedem sua adesão ou permanência no regime sejam dela conhecidas. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da RFB que jurisdicione a pessoa jurídica optante, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a

¹ Fundamentação legal: Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 13 e art. 14 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

² Fundamentação legal: alínea "a" do inciso III do art. 150 da Constituição Federal, art. 30 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e art. 88 e art. 89 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais que constituem pressupostos essenciais de sua existência e de sua validade³.

A exclusão de ofício tem cabimento no caso de pessoa jurídica obter receita bruta decorrente de circunstância impeditiva. O pressuposto é de que não pode optar pelo Simples, a pessoa jurídica que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis. Compreende-se na atividade de construção de imóveis 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, afasta a prestação de serviços exclusiva de reflorestamento. Abrange também as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, tais como a construção, a demolição, a reforma e a ampliação de edificações, as sondagens, as fundações e as escavações, a construção de estradas e de logradouros públicos, a construção de pontes, de viadutos e de monumentos, a terraplenagem e a pavimentação, bem como a pintura, a carpintaria, as instalações elétricas e hidráulicas, a aplicação de tacos e azulejos e a colocação de vidros e esquadrias. Vale lembrar que deve ser excluída deste rol exemplificativo a pertença, que é um bem móvel, acessório, individual e autônomo destinado facilitar o uso do bem principal imóvel. Como não é fundamental para este, aquele pode ser retirado sem lhe alterar a substância, ou seja, não incorpora ao solo nem ao subsolo. Toda obra para ser considerada como de engenharia, de arquitetura ou de agronomia depende, para sua legalidade, da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) correspondente ao registro do contrato de prestação de serviços⁴.

A hipótese de exclusão de ofício do Simples fundamentada na atividade de construção de imóveis, pressupõe a obtenção de receita proveniente da atividade vedada, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Tem cabimento o exame da situação fática.

No Contrato de Prestação de Serviços acordado entre a Contratada/Recorrente e a Contratante/Bunge Fertilizantes S/A, está assinalado, fls. 05-09

1. Objeto

[...] A CONTRATADA obriga-se a prestar à CONTRATANTE serviços de reforma dos banheiros e vestiário masculino, que serão prestados no estabelecimento da CONTRATANTE, indicado no preâmbulo do presente contrato, conforme orçamento s/n.º de 28/06/2004, que rubricado pelas partes integra o presente instrumento.

³ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

⁴ Fundamentação legal: art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 32, de 22 de dezembro de 2004, art. 93 do Código Civil, Lei nº 6.496, de 07 de dezembro de 1977 e Ato Declaratório Normativo da Cosit nº 30, de 14 de outubro de 1999.

1.2. Os serviços objeto do presente contrato serão executados por empregados da CONTRATADA, por ela devidamente registrados nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT. [...]

4. Obrigações da Contratada [...]

apresentar a Contratante, se for o caso, antes do início dos serviços, cópia da 4º via da ART - Anotação de Responsabilidade Técnica, conforme previsto na Lei Federal 6496/77, comprovando o recolhimento da taxa junto ao CREA - Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Nesse documento deverão ser observadas todas as informações necessárias ao seu completo preenchimento, deixando evidenciado, a responsabilidade do engenheiro pela Direção da Obra e Execução da Obra, além das demais classificações de responsabilidades atribuídas no presente contrato;

No Contrato de Prestação de Serviços ajustado entre a Contratada/Recorrente e a Contratante/Unifertil S/A está registrado, fls. 10-12

1. Objeto

[...] A CONTRATADA obriga-se a prestar à CONTRATANTE, o serviços de reparos e colocação e troca de telhas no telhado dos pavilhões, localizados na unidade industrial da CONTRATANTE descrita no preâmbulo do presente contrato, conforme proposta, que rubricada pelas partes integra o presente contrato.

Na Carta de Autorização nº 4500256251 emitida pela Petrobrás Transporte S/A para a Recorrente consta, fls. 13-15

3. Objeto: Execução de pequenos serviços de manutenção predial e pintura no Terminal de Niterói — TENIT, pertencente ao TA/RS.

No Contrato de Prestação de Serviços acordado entre a Contratada/Recorrente e a Contratante/Bunge Fertilizantes S/A, está assinalado, fls. 16-20

2. Objeto

Prestação de serviços de manutenção civil, pela CONTRATADA a CONTRATANTE, mediante solicitação da CONTRATANTE, através dos Pedidos que farão parte integrante do presente contrato.

As Notas Fiscais de Serviços emitidas pela Recorrente correspondentes aos contratos mencionados estão juntadas às fls. 21-37.

Não foram produzidos no processo novos elementos de prova pela defesa, de modo que o conjunto probatório já produzido evidencia que o procedimento de ofício está correto. A contestação proposta pela defendente, dessa maneira, não se confirma.

A Recorrente discorda do efeito retroativo da exclusão.

A norma trata o ato da exclusão do Simples como declaratório de uma circunstância impeditiva preexistente expressamente prevista em lei, permitindo a retroação de seus efeitos, independentemente se efetuado por comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. Tendo em vista a falta do procedimento voluntário, a exclusão de ofício deve ser efetivada por ato declaratório da autoridade fiscal que jurisdicione o sujeito passivo, assegurado o

contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal. No caso constatada uma das situações excludentes, os efeitos da exclusão dá-se a partir de 01.08.2004. A partir da data dos efeitos do ato, a pessoa jurídica fica sujeita às demais normas de tributação. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG⁵, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF⁶. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso⁷. A alegação relatada pela defendente, conseqüentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade⁸. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

Em face do exposto voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG. Ministro Relator: Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9771400&sReg=200900296277&sData=20100506&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago.2011.

⁶ Fundamentação legal: art. 12, art. 13, art. 14, art. 15 e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e Súmula CARF nº 56.

⁷ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

⁸ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.