



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

Processo n° 11070.002562/2005-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-005.439 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2021
Matéria SIMPLES FEDERAL
Recorrente APAG COMÉRCIO DE EXTINTORES 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

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. ATIVIDADE VEDADA.

A prática de atividade vedada pela legislação do Simples Federal tem como consequência a exclusão da empresa dessa sistemática.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

REGIME. OPÇÃO. LUCRO PRESUMIDO. IRPJ.

Pessoa Jurídica devidamente intimada para indicar sua opção, ou seja, se pretende apurar o imposto de renda com base no Lucro Real ou Presumido, mas não o fazendo, deixa essa opção a autoridade fiscal. Atendidos os requisitos legais é correta a apuração do imposto de renda com base no lucro presumido. Do valor apurado deve-se subtrair o valor já pago no regime do Simples no mesmo período-base.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário para, i) manter a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES FEDERAL; ii) confirmar os lançamentos de ofício perpetrados pelo Fisco.

Processo nº 11070.002562/2005-01
Acórdão n.º **1402-005.439**

S1-C4T2
Fl. 887

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iagaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter o Auto de Infração que exige créditos de IRPJ e reflexos, relativos ao período de 2002 até 2004.

O lançamento é relativo ao IRPJ e reflexos dos anos-calendário de 2002 e 2004, em que se apurou receita bruta na venda de produtos de fabricação própria em decorrência de exclusão de ofício do Simples Federal.

O lançamento é decorrente do processo nº 11070.002561/2005-59, em que a empresa autuada Recorrente foi excluída do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002, em razão do exercício de atividade econômica vedada (construção de imóvel e atividade exercida exclusivamente por engenheiro), nos termos dos incisos V e XIII do artigo 9 da Lei 9.317/96. (ADE de Exclusão fl. 170 e Representação para Exclusão do Simples de fls. 265/275)

Ou seja, de acordo com o Termo de Constatação Fiscal (TCF) de fls.189/192 (volume 2), o lançamento é decorrente da exclusão da contribuinte do Simples (tratado no PAF nº 11070.002561/2005-59), efetuada com base no exercício de atividade vedada pelo Simples Federal.

Segundo o Comport, o processo que trata da exclusão do Simples encontra-se aguardando julgamento pelo CARF/MF.

Em virtude da exclusão de ofício do Simples, a contribuinte passou a se sujeitar às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, podendo optar pela forma de tributação do IRPJ e da CSLL, tendo ela optado pela opção do Lucro Presumido (fls. 171/172 do primeiro volume).

Devido a tais fatos, foram lavrados Autos de Infração de IRPJ, CSLL e reflexos, com as infrações apontadas nos seguintes termos:

- 1) Receita de prestação de serviços escriturada e não declarada, fatos geradores a partir de 31/03/2002 até 31/12/2004, com multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento);
- 2) Receita da atividade - venda de mercadorias, escriturada e não declarada, fatos geradores a partir de 31/03/2002 até 31/12/2004, com multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento);
- 3) Ganho de capital na alienação de veículo, lato gerador em 30/09/2004, com multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento);

O Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo é de R\$ 285.648,42 (fl. 02).

Intimada do Auto de Infração (TVF) a Recorrente ofereceu impugnação de cada imposto, contribuição autuada e exigida nos autos, bem como da exclusão do Simples Federal.

Importante ressaltar que a Recorrente ofereceu a mesma impugnação e os mesmos documentos que se encontram as fls. 307 à 364. Repete a instrução dos autos com a mesma impugnação e os mesmos documentos às folhas 367 a 424 e por fim, repete novamente a impugnação e os documentos às folhas 425 a 482.

Foi juntado aos presentes autos o processo relativo a exclusão do Simples, sendo que a Representação para fins de exclusão do Simples (original) consta às fls. 488 a 498, a qual foi instruída com os documentos de fls. 499 a 686 e 691 a 708.

O Ato Declaratório Executivo DRF/SAO nº 44, de 18 de novembro de 2005, consta à folha 710.

A contribuinte tomou ciência desse Ato em 28/11/2005 e em 26/12/2005 apresentou sua manifestação de inconformidade contra a sua exclusão do Simples (fls. 714 a 730), instruindo-a com cópias ou originais de documentos de folhas 731 a 753.

Em seguida, a DRJ proferiu o v. acórdão recorrido afastando todas as alegações da recorrente, mantendo a exclusão do Simples Federal e o Auto de Infração em sua totalidade, registrando a seguinte ementa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

A apreciação de eventuais arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos administrativos está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.

PRELIMINAR. NULIDADE.

Somente a incompetência do agente do ato e a preterição do direito de defesa são vícios insanáveis que conduzem a nulidade.

PRAZO DE VALIDADE DOS ATOS DE OFÍCIO.

O prazo de validade dos termos lavrados pelos agentes fiscais somente tem relevância na re aquisição da espontaneidade pelo sujeito passivo, quando o contribuinte, após o prazo de validade dos atos indicativos da vigência do procedimento fiscal, procede à denúncia espontânea da infração, acompanhada do pagamento do tributo devido e dos demais acréscimos cabíveis, nos termos do art. 138 do CTN.

PROVA DOCUMENTAL. APRESENTAÇÃO.

A prova documental será apresentada pelo contribuinte na impugnação, precluindo-lhe o direito de fazê-lo em outro momento processual.

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

Ano-calendário: 2002

OPÇÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

O exercício da atividade de prestação de serviços de instalação elétrica integra aquelas atividades abrangidas no conceito de obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil e são compreendidas como execução de obras de construção civil nos termos da legislação tributária.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

Para as pessoas jurídicas sujeitas à exclusão do Simples, exceto quando por excesso de receita bruta ou porque exerçam a atividade de industrialização, por conta própria ou por encomenda, de bebidas, cigarros e demais produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 da Tabela de Incidência do IPI (TIPI), desde que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir do mês seguinte aquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001, ou 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.

PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES. TRIBUTAÇÃO.

A pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que ocorrerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA

JURÍDICA -IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2002, 31/03/2002, 30/06/2002, 30/09/2002, 31/12/2002, 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004

REGIME. OPÇÃO. LUCRO PRESUMIDO. IRPJ.

Pessoa Jurídica devidamente intimada para indicar sua opção, ou seja, se pretende apurar o imposto de renda com base no Lucro Real ou Presumido, mas não o fazendo, deixa essa opção a autoridade fiscal.

Atendidos os requisitos legais é correta a apuração do imposto de renda com base no lucro presumido. Do valor apurado deve-se subtrair o valor já pago no regime do Simples no mesmo período-base.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSLL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplicam-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Lançamento Procedente

Processo nº 11070.002562/2005-01
Acórdão n.º **1402-005.439**

S1-C4T2
Fl. 891

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos das impugnações e da manifestação de inconformidade.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser admitido.

Inicialmente entendo importante ressaltar que antes de ter sido proferido o v. acórdão recorrido, foi juntado ao presente processo do Auto de Infração o processo de exclusão do Simples Federal de nº 11070.002561/2005-59, devendo os dois processos serem julgados conjuntamente.

Os autos tratam de Auto de Infração que exige imposto do período de 2002 até 12/2004 em decorrência de exclusão do Simples Federal razão do exercício de atividade econômica vedada (construção de imóvel e atividade exercida exclusivamente por engenheiro, no caso prestação de serviço de mão-de-obra para instalação).

- Da exclusão do Simples Federal devido ao exercício de atividade vedada:

- Preliminar de Nulidade do MPF:

Alega a Recorrente que não teria sido observado o devido processo legal, além de não ter assegurado, em sua plenitude, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Aduz a Recorrente que a nulidade é decorrente do procedimento fiscal não estar coberto por Mandado de Procedimento Fiscal - MPF. Segundo o entendimento da autuada o MPF apenas autorizava a “Fiscalização de IRPJ do período de 01/2002 à 12/2004” o que não compreendia a possibilidade de excluir a interessada do Simples.

Tal alegação da Recorrente não deve ser levada em consideração.

De acordo com o que consta nos autos, o MPF nº 10.1.08.00-2005-00199-1 foi emitido para amparar a “Fiscalização do IRPJ nos períodos de 01/2002 a 12/2004”.

E segundo muito bem apontado pelo v. acórdão recorrido, é *evidente que o termo “Fiscalização” aqui empregado deve ser entendido num sentido amplo. Nessa concepção tem a autoridade fiscal o poder/dever de verificar se os procedimentos adotados pelo contribuinte estão de acordo com as normas estabelecidas na legislação.*

No caso específico o contribuinte optou pelo SIMPLES. O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno

Porte - Simples estabeleceu um tratamento diferenciado, simplificado e favorecido as microempresas e empresas de pequeno porte (artigo 179 da CF e artigo 1º da Lei nº 9.317/96).

Entre os benefícios estabelecidos (tratamento diferenciado) aos optantes pelo Simples está a possibilidade de o imposto de renda ser menor que o previsto em outros regimes de tributação (lucro presumido ou arbitrado, por exemplo).

Assim, quando a Fiscalização recebe a incumbência de “fiscalizar” determinado contribuinte tem entre suas prerrogativas o de verificar a correção da opção do contribuinte pelo Simples, se for o caso, sob pena de permitir, na hipótese de opção indevida, que a contribuinte recolha menos imposto de renda que o devido.

Portanto, o MPF que autoriza a “Fiscalização de IRPJ do período de 01/2002 a 12/2004” compreende o exame da opção da contribuinte pelo Simples no sentido de verificar se a mesma foi correta, ou não.

Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade relativa a falta de cobertura do MPF.

- Preliminar de nulidade por desrespeito ao devido processo legal e a ampla defesa.

Alega a Recorrente que deveria ter sido notificada sobre a Representação para fins de exclusão do Simples.

Tal alegação não deve ser provida, eis que a Recorrente foi cientificada e notificada sobre a Representação e sobre o ADE de exclusão do Simples, nos termos do devido processo legal.

Ademais, foram emitidos diversos Termos de Intimação Fiscal e foi aberto prazo para apresentação de defesa e apresentação de documentos.

A autuada tem prazo de trinta dias contados da data da ciência do Ato Declaratório Executivo - ADE ou do Auto de Infração, para concordar com a exigência fiscal mediante seu recolhimento ou impugna-la na forma dos artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações da Lei nº 8.748/1993 c art. 67 da Lei nº 9.532/1997. Nesse período, nada impede a manifestante de requerer a vista do processo, caso assim julgue necessário, para exame da documentação anexada nos autos, já que lhe é assegurado o pleno exercício do contraditório e ampla defesa pelo art. 5º, inc. LVI, da Constituição, direito que a interessada efetivamente exerceu quando requereu e lhe foi fornecida cópia do processo (fl. 712).

No caso, a Recorrente foi intimada a se manifestar, no prazo regulamentar, contra a sua exclusão do Simples. Também foi intimada para recolher os créditos tributários ou impugná-los no prazo de 30 (trinta) dias. Assim, resta claro que não forma violados os princípios constitucionais apontados pela autuada.

Desta forma também rejeito esta preliminar.

- Preliminar de nulidade - quebra do princípio da irretroatividade e do contraditório.

Nesta preliminar, afirma a Recorrente que o Ato Declaratório Executivo que a excluiu do Simples “fere os princípios constitucionais da irretroatividade e do contraditório, além de outros princípios constitucionais”. Acrescenta que ainda que fosse considerado válido o Ato Declaratório não poderia ter efeitos retroativos. Sustenta que pela hierarquia das leis não seria possível uma instrução normativa impor efeitos retroativos na exclusão da interessada do simples. (IN SRF nº 355/2003).

Tal alegação da Recorrente não deve ser provida, eis que conforme texto do ADE, os efeitos da exclusão do Simples foram regulamentados pelo inciso II, do artigo 15 da Lei 9.317/96 (Lei do Simples Federal).

Ou seja, os efeitos da exclusão retroagiram para o mês subsequente ao que ocorreu a situação excludente, nos termos do inciso II, do artigo 15 da Lei 9.317/96.

Observa-se que, no caso dos autos, tanto na redação do inciso II, do artigo 15, da Lei nº 9.317, de 1996, com redação dada pelo artigo 73 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001, então vigente, os efeitos da exclusão são fixados “*a partir do mês subsequente àquele ao que incorrida a situação excludente*”.

Embora revogado o artigo 73 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001, pelo artigo 74 da MP nº 252, de 15/06/2005, com eficácia a partir de 16/06/2005, foi mantida a mesma redação do inciso II, do artigo 15, da Lei nº 9.317, de 1996, pelo artigo 32 da Medida Provisória nº 252, de 15/06/2005.

Enfim, a redação vigente do inciso II, do artigo 15, da Lei nº 9.317, de 1996, que repete as redações anteriores, foi dada pelo artigo 33 da Lei nº 11.196, de 21/11/2005.

Nesta esteira, como a cópia da nota fiscal nº 1.251 de prestação de serviço mostra que a mesma foi emitida pela Recorrente em 21/12/2001 (fl. 538) e o inciso II, do artigo 15 da Lei 9.317/96 determina que os efeitos da exclusão sejam a partir do mês subsequente aquele em que ocorre a situação excludente, agiu corretamente a fiscalização em excluir a Recorrente a partir de janeiro de 2002.

Assim, de acordo com o texto do ADE resta claro que o efeito retroativo da exclusão do Simples foi pautado conforme determina a lei vigente que regulamenta a matéria e não foi exclusivamente fundamentado em instrução normativa conforme alega a Recorrente.

A exclusão com efeito retroativo foi imputada conforme determina a Lei 9.317/96 do Simples Federal.

Desta forma, rejeito esta preliminar de nulidade por afronta aos princípios da irretroatividade e contraditório.

- Da preliminar de nulidade - validade do ato de fiscalização por 60 dias:

Alega a Recorrente que entre o ato de início dos trabalhos fiscais e a ciência do Ato Declaratório Executivo DRF/SAO nº 44, de 18 de novembro de 2005, teriam se passado 70 (setenta) dias e por isso não foi respeitado o devido processo legal.

Tal alegação da Recorrente não deve ser provida, eis que o procedimento de auditoria fiscal tem prazo de 60 dias, prorrogável por mais 60 dias.

Vejamos o que diz o artigo 7, parágrafo 2 do Decreto 70.235/72.

Art. 7. "O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

(...)

§ 1. "O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas (grifou-se).

§ 2. "Para os efeitos do disposto no § 1" os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável, sucessivamente por igual período com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

Assim, a alegação de nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/SAO nº 44, de 18 de novembro de 2005, pelo fato de haver intervalo de mais de 60 (sessenta) dias entre o Termo de Início de Fiscalização e o ato de exclusão não encontra cabimento, eis que o artigo 7 do Decreto 70.235/72 permite que o prazo de 60 dias seja prorrogado.

Desta forma rejeito esta alegação preliminar.

- Mérito da exclusão:

No tocante à opção pelo Simples, importa destacar que o fato de a Recorrente ter efetuado opção pelo Simples, recolhido os valores devidos e entregue as declarações por essa sistemática, sem que houvesse manifestação do Fisco, não significa ter o órgão efetuado homologação tácita ou expressa e não impede a apreciação posterior da legalidade de seu ato, haja vista que essa opção é faculdade da pessoa jurídica que preenche os

requisitos legais e que é formalizada por ela própria mediante a alteração de seus dados cadastrais no CNPJ (Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas) da Secretaria da Receita Federal.

Tal faculdade exercida pela Recorrente sujeita-se à posterior fiscalização da Receita Federal para verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito. Assim, ao optar pelo sistema simplificado de tributação, a pessoa jurídica aceita as regras legais que lhe correspondem, entre as quais a possível exclusão de ofício nos casos previstos na legislação.

Assim, quando o Fisco apura que a empresa optou pelo regime simplificado ou nele continua indevidamente pode excluí-la de tal sistemática de tributação. É nesse momento que a Receita Federal proferirá ato comunicando o contribuinte da irregularidade da opção ou de continuar como optante, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo.

Acrescente-se que essa exclusão não requer qualquer aviso prévio e não há que se falar em defesa prévia. Para exclusão de uma pessoa jurídica do Simples o rito processual a ser observado é o estabelecido pelo PAF (Processo Administrativo Tributário Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972). É o que determina o parágrafo 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317, de 1996, que se transcreve, como segue:

§ 3 " A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (parágrafo acrescentado artigo 6º da MP n.º 1.729. de 02/12/1998, convertida em Lei n.º 9.732. de 11/12/1998).

A apresentação da manifestação de inconformidade suspende os efeitos do Ato Declaratório Executivo de exclusão da interessada do Simples assim como a apresentação da impugnação interposta pelo sujeito passivo suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Sendo assim, o processo de exclusão do Simples deve seguir o rito do PAF e tal processo não tem o condão de impedir que sejam lavrados autos de infração contra a contribuinte excluída do regime simplificado.

Desta forma, não merece prosperar a alegação da Recorrente de que não poderiam ser lavrados os Autos de Infração e que seriam ilegais, pois o processo de exclusão não serve para impedir a autuação.

- Da atividade exercida pela Recorrente e o Simples Federal:

A Recorrente alega que sua atividade é o comércio de equipamentos contra incêndio e recarga de extintores e que essas atividades não se enquadram como construção de imóveis e nem seria atividade privativa de profissional de engenharia.

A fiscalização, por sua vez, afirma que a atividade da Recorrente é de construção de imóveis e que tal atividade é exercida exclusivamente por engenheiro civil.

O Ato Declaratório Executivo excluiu a Recorrente pelo exercício de atividade econômica vedada, com fundamento nos incisos V (construção de imóveis) e XIII (engenheiro) do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, abaixo transcrito:

Art. 9 “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;

(....)

*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*
(...)

Na Representação para fins de exclusão do Simples (fls. 488/489), a Fiscalização aponta os seguintes motivos para a exclusão:

...que a empresa exerce as atividades que podem ser assim sintetizadas: 1 – execução de instalações elétricas; serviços de instalação de SPDA c/aterramento; serviços de instalação de alarme, instalação de pára-raio e luminárias de emergência; 2 – serviços de recarga de extintores; serviços de inspeção e manutenção de extintores e compressores; serviços de inspeção de alarme de incêndio; manutenção de sistemas de prevenção de incêndio; serviços de consultoria em projetos; serviços de confecção de laudo técnico; confecção de projeto elétrico, etc.

Para robustecer seu entendimento, entre a vasta quantidade de notas fiscais e contratos, a título exemplificativo, a fiscalização apontou que para o cliente John Deere Brasil S/A, em maio de 2004, a interessada executou a instalação de módulos de iluminação de emergência, executando os trabalhos de instalação, com o fornecimento de material, acompanhamento técnico (técnico eletricitista e engenheiro elétrico) e fornecimento do projeto.

Vejamos algumas notas fiscais as quais acobertaram os seguintes serviços:

- a) *Mão-de-obra de instalação, fiação, iluminação (Nota Fiscal Fatura - NFF à fl. 549);*
- b) *Manutenção do Sistema de Prevenção Incêndio, conforme contrato (NFF à fl. 552, 558, 560, 565, 566, 567);*
- c) *Serviço de confecção de laudo técnico (NFF à fl. 568);*
- d) *Serviço de confecção projeto de pára-raios-SPD (NFF à fl. 543, 547);*
- e) *Serviço de confecção de Plano de Prevenção Combate a Incêndio - PPCI (NFF às fls. 538, 541, 544, 545, 546, 548, 550, 551, 553, 554, 556, 564, 571, 572, 573, 576, 577, 581, 582);*
- f) *Serviço de confecção de projeto elétrico (NFF à fl. 583);*
- g) *Serviço de confecção PPRA (NFF à fl. 575, 576);*
- h) *Serviços de consultoria em projetos (NFF à fl. 559);*
- i) *Serviço de inspeção/revisão alarme de incêndio (Condomínio Edifício Jamile) (NFF à fl. 555);*
- j) *Serviço de instalação de alarme de incêndio (NFF à fl. 563, 580);*
- k) *Serviço de instalação SPDA com aterramento (NFF à fl. 561, 567);*
- l) *Serviço de manutenção e inspeção de extintores (NFF à fl. 562, 578);*
- m) *Serviço de mão-de-obra instalação pára-raio (NFF à fl. 574);*
- n) *Serviço de mão-de-obra para instalação de rede (NFF à fl. 541, 557, 579);*
- o) *Serviço de mão-de-obra para instalação elétrica (NFF à fl. 583).*

Neste sentido, conforme muito bem apontado pelo v. acórdão recorrido, dos serviços acima indicados, temos que os descritos nas letras "a", "j", "k", "m", "n" e "o" são serviços que vedam a opção do contribuinte pelo Simples nos termos do inciso V do artigo 9º da Lei nº 9.317, combinado com seu parágrafo 4º e o Ato Declaratório Normativo nº 30, de 14/10/1999. Vejamos os dispositivos legais para facilitar o entendimento.

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

(...)

V - que se dedique a compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis. (grifou-se)

(...)

§ 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 edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

O Ato Declaratório Normativo nº 30, de 14 de outubro de 1999, da Cosit - Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, in verbis:

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso das atribuições Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, as 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;

V - terraplenagem e pavimentação;

VI - pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias; e (grifou-se)

VII - quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

Desta forma, como está comprovado nos autos que a Recorrente exerce serviço de instalação elétrica entendo que sua atividade é vedada no Simples Federal.

Ademais, serviços de instalação de para-raios e instalação de alarmes representam benfeitorias agregadas ao imóvel que por sua vez está agregado ao solo. Ou seja, a Recorrente explora atividades abrangidas por obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil de que trata o inciso VII do ADN nº 30, de 1999, acima transcrito.

Sendo assim, entendo que a constatação e a comprovação nos autos de que a Recorrente exerce atividade de construção de imóvel já é suficiente para excluí-la do Simples, porém para complementar meu voto passo a verificar o outro ponto da Representação para a exclusão do Simples relativo a atividade exclusiva de engenheiro, inciso XIII do artigo 9 da Lei 9.317/96.

Pois bem.

Como muito bem apontado pelo v. acórdão recorrido, os serviços prestados nas letras “b”, “e”, “d”, “c”, “t”, “g”, “h”, “i” e “l” da lista de notas fiscais acima descrita, são privativos de engenheiro e o seu exercício impede a opção pelo Simples pelas disposições do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, já transcrito.

A Recorrente se defende alegando que os serviços que extrapolam os objetivos sociais da empresa seriam terceirizados e apresenta contrato de sublocação de prestação de serviço autônomo.

Pelo contrato apresentado, um engenheiro elétrico teria sido contratado para executar os serviços de elaboração do Projeto do Sistema de Iluminação de Emergência, assumindo inclusive a responsabilidade técnica pela execução dos serviços. (fl. 632)

Entretanto, tal alegação da Recorrente não pode ser acolhida para afastar sua exclusão do Simples, eis que além da precariedade formal dos contratos apresentados (ausência de assinatura de testemunha, assinatura das partes, entre outros problemas), as notas fiscais demonstram que quem presta o serviço, ou seja a real prestadora dos serviços e dos projetos, é a própria Recorrente. Tanto foi assim, que as notas fiscais de prestação de serviço para a cliente John Deere Brasil S.A., (notas fiscais de fls. 552, 558, 560, 566, 578 e 583, por exemplo), demonstram que a Recorrente é quem é a prestadora efetiva e formal dos serviços exclusivos de engenheiro.

Desta forma, entendo que as atividades prestadas pela Recorrente são incompatíveis com o Simples Federal, devendo ser mantido sua exclusão nos termos do inciso V e XIII do artigo 9 da Lei 9.317/96.

Quanto ao pedido de perícia, entendo que não deve ser provido, eis que as provas dos autos são suficientes para formar a convicção deste julgar quanto aos fatos e direito alegados, sendo desnecessário a elaboração de diligência ou perícia.

Desta forma, rejeito o pedido genérico de perícia requerido pela Recorrente.

Pelo exposto e por tudo que consta nos autos, voto por manter a exclusão da Recorrente do Simples Federal.

- Da exigência do crédito tributário (Auto de Infração):

- Preliminar de nulidade do lançamento tributário:

A Recorrente alega que o lançamento carece de exatidão, clareza e precisão, bem como falta de fundamentação legal.

Tais alegações não devem prosperar, eis que consta nos autos a descrição dos fatos e dos fundamentos legais de forma precisa e clara.

Ademais, a Recorrente não aponta de forma específica onde se encontra a falta de exatidão, clareza e precisão, alegando de nulidade de forma genérica.

Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento fiscal.

- Mérito:

A Recorrente contesta o regime de tributação adotado pela fiscalização para lavrar os Autos de Infração e alega que como ainda não tinha resposta definitiva sobre a exclusão do Simples não poderia fazer a opção do regime de tributação.

Tal alegação da Recorrente não merece ser provida, eis que nos termos do artigo 16 da Lei 9.317/96 a partir do momento em que se iniciam os efeitos da exclusão do Simples, a Recorrente excluída deve sujeitar-se as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Vejamos o texto do artigo 16 para melhor esclarecer.

Art. 16 A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Portanto ao excluir a Recorrente do Simples, agiu corretamente a fiscalização ao intimá-la (Termo de Intimação 002, fl. 171) para informar sua opção sobre qual regime de tributação seria mais favorável.

Vejamos o texto da intimação 002.

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e no curso da ação fiscal iniciada em 19/09/2005, de acordo com o disposto nos art. 904, 910, 911 e 927 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99) , INTIMAMOS o contribuinte acima identificado a informar/apresentar os elementos abaixo especificados:

1- Considerando que esta fiscalização constatou que a empresa desenvolveu atividades com vedação à opção pela forma de tributação SIMPLES no período de 01/2002 a 12/2004, tendo como consequência a exclusão desta sistemática de tributação a partir de 01/01/2002, fica a mesma INTIMADA a se manifestar sobre qual a forma de tributação a ser utilizada no período sob fiscalização (01/01/2002 a 31/12/2004), Lucro Presumido ou Lucro Real, em substituição ao SIMPLES, considerando que a opção pela forma de tributação Lucro Real requer a apresentação de escrituração contábil/fiscal completa, inclusive LALUR.

PRAZO PRA ATENDIMENTO: 05 (CINCO) DIAS ÚTEIS

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es) Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil e pelo contribuinte/preposto, que neste uma das vias.

A Recorrente, por sua vez, respondeu (fl. 172) a tal intimação informando que não tinha o LALUR e que apenas mantinha a escrituração do Livro Caixa.

Assim, tendo em vista que a Recorrente não possui todos os requisitos para se apurar o imposto pelo regime do Lucro Real, a fiscalização decidiu apurar o imposto pelo Lucro Presumido, por ser mais favorável a contribuinte.

- Da contestação das alíquotas utilizadas para apuração dos tributos:

A Recorrente alega que as alíquotas utilizadas para apurar os tributos seriam uma presunção da fiscalização.

Tal alegação da Recorrente não deve ser provida. Vejamos.

O v. acórdão ressaltou muito bem que no auto de infração a primeira infração apontada foi de “Receita da prestação de serviços escriturada e não declarada” (fl. 203) e o enquadramento legal, entre outros, foram os artigos 518 e 519, § 1º, inciso II, alínea "a" e §§ 4º e 7º do RIR/99 (Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000, de 29 de março de 1999).

Vejamos esses dispositivos, como segue:

Base de Calculo

Art. 518. A base de cálculo do imposto e do adicional (541 e 542), em cada trimestre será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida no período de apuração, observado o que dispõe o § 7 do art, 240 e demais disposições deste Subtítulo (Lei n° 9.249, de 1995, art. 15 e Lei n 9.430, de 1996, arts. 1º e 25, e inciso I).

Art. 519. Para efeitos do disposto no artigo anterior, considera-se receita bruta a definida no art. 224 e seu parágrafo único.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de (Lei n° 9.249. de 1995. art. 15, §1).

(...)

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares.

(...)

§ 4º A base de calculo trimestral das pessoas jurídicas prestadoras de serviços em geral cuja receita bruta anual seja de até cento e vinte mil reais, será determinada mediante a aplicação da percentual de dezesseis por cento sobre a receita

bruta auferida no período de apuração (Lei 9.250. de 1995. art. 40 e Lei 11 9.430, de 1996, art. 1).

(...)

§ 7 Para efeito da disposta na parágrafo anterior, a diferença deverá ser paga ate a último dia útil do mês subseqüente ao trimestre em que ocorreu o excesso.

No termo de Constatação Fiscal, foi apontado o seguinte:

Ante o exposto a receita bruta apurada no período fiscalizada está demonstrada na planilha "Demonstrativo da Receita Bruta Apurada" (fl. 181), a qual serviu de base de calcula para a apuração dos débitos da IRPJ e reflexos da CSLL, na forma do Lucro Presumido e discriminados no "Demonstrativo de Apuração do IRPJ e da CSSL" (fls. 182 a.184) sendo apurados, ainda, as reflexos para a PIS e da COFINS, conforme consta da planilha "Demonstrativo de Apuração do PIS e da COFINS" (fls. 185 e 186).

Desta feita, sabe-se que no Demonstrativo da Receita Bruta Apurada constam as receitas de prestação de serviços e as receitas de vendas e, ainda, a informação de que as mesmas foram extraídas dos Livros Registros de Saídas e Apuração do ICMS (fl. 181).

Conclui-se que os percentuais utilizados de 8% e 32% na apuração do lucro presumido são os estabelecidos na legislação, ou seja, no "caput" do artigo 518 e no inciso III do artigo 519, ambos do RIR/99 (dispositivos acima transcritos) e a base de cálculo e os cálculos estão claramente demonstrados às folhas 181 a 186.

Desta forma, nego provimento a mais esta alegação da Recorrente, eis que os percentuais utilizados pela fiscalização seguem o determinado na legislação.

- Do PIS e da COFINS:

Em relação às contribuições devidas ao PIS e a COFINS alega a Recorrente que estas passaram a ser não-cumulativas e que a utilização da modalidade cumulativa seria prejudicial a contribuinte. Argumenta que a maioria dos serviços foram terceirizados para outras empresas e que na apuração dessas contribuições nenhum valor destes foi considerado e abatido o correspondente crédito.

Tal alegação da Recorrente não deve ser provida, eis que como a apuração do imposto no Auto de Infração foi feita pelo lucro presumido, não é possível se aplicar a sistemática não-cumulativa ao PIS e a COFINS, conforme determina o inciso II, do artigo 10 da Lei 10.833/2003, abaixo transcrito.

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1 a 8.

(...)

II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

(...)

Em relação a não-cumulatividade do PIS, a Lei 10.637/2002 também não se aplica as pessoas jurídicas que optaram pelo lucro presumido. Vejamos o artigo 8 da referida lei.

Art. 8 Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1 a 6:

II - as pessoas jurídicas tributadas pela imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

(...)

Desta forma, nego provimento ao alegação da Recorrente, eis que não se aplicam as regras da não-cumulatividade do PIS e da COFINS ao presente caso, pois a Recorrente apura o imposto pela sistemática do lucro presumido.

- Multa de ofício e juros de mora (Taxa Selic):

A Recorrente alega que por ter declarado a integralidade de suas operações não poderia ser aplicada essa multa de 75%.

Tal alegação não deve ser provida, eis que a multa foi devidamente aplicada, conforme determinado na legislação em vigor.

Ademais, conforme relato da autuação a Recorrente deixou de recolher imposto, sendo correta a aplicação da multa de 75% nos termos do artigo 44, inciso I da Lei 9.430/96.

Desta forma, afasto a alegação da Recorrente quanto a multa.

Em relação aos juros de mora, calculado pela Taxa Selic sabe-se que sua exigência tem amparo legal no artigo 13 da Lei nº 9.065/1995 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 947, de 22/03/1995) e no artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, dispositivos consignados nos demonstrativos integrantes do Auto de Infração.

Quanto ao disposto no artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966), deve ser observado que o texto legal é bastante claro ao afirmar “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”. Portanto, quando a lei dispõe, não há qualquer impedimento para a aplicação de taxas superiores.

De resto, quanto as alegações de cunho constitucional ou inconstitucional, devido a Súmula Carf 02 o julgador administrativo está impedido de analisá-las.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, conheço do Recurso Voluntário e nego provimento para manter a exclusão da Recorrente do Simples Federal e as exigências consubstanciadas nos Autos de Infração.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves