



Processo nº 11080.000608/2007-92
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.237 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Turma Extraordinária**
Sessão de 5 de maio de 2020
Recorrente LUIZ ASSIS PANNE
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

SIMPLES. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. ARTIGO 15, II, DA LEI N° 9.317/1996. COMPATIBILIDADE COM O CTN.

Os efeitos atribuídos ao ato de exclusão pelo artigo 15 da Lei n° 9.317/1996 são perfeitamente compatíveis com as disposições contidas no Código Tributário Nacional, notadamente com os seus artigos 100, 103 e 106.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Votou pelas conclusões o conselheiro Ailton Neves da Silva.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Zedral e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Por bem retratar os fatos, reproduz-se inicialmente o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Porto Alegre (“DRJ/POA”), o qual será complementado ao final:

A Auditoria Fiscal da Receita Federal do Brasil apresentou Representação Administrativa em relação à empresa em epígrafe (fls. 01 e 02) na qual manifesta, em essência, que as atividades exercidas pelo contribuinte em comento impedem sua opção pelo Simples. Fundamenta sua representação com documentos carreados a fls. 03 a 21 dos autos.

Em face do retro aludido ato de representação, pronunciou-se a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre - DRF/POA, inicialmente através do Serviço de Orientação e Análise Tributária -SEORT- que proferiu a Informação Fiscal de fls. 26 e 27, através do qual, em síntese, manifesta que:

- a empresa protocolou Requerimento de Restituição de Retenção -RRR, peticionando a restituição de valores que lhe foram retidos, em conformidade com o disposto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991;

- da análise da documentação anexada aos processos e apresentada pela empresa por ocasião da diligência fiscal, concluiu-se que:

relativamente 'ao período objeto da análise, as atividades económicas da LUIZ ASSIS PANE estiveram voltadas, principalmente, para o contrato de prestação de serviços DE LIMPEZA DOS LOGRADOUROS PUBLICOS E PRAÇAS do Município de Osório celebrados com o Município de Osório, conforme contrato n.º 105/2005, em anexo, a partir de 06/2005.

- a letra “Í”, inciso XII do artigo 9º da Lei n.º 9.317/1996 combinado com a letra “e”, inciso XI do artigo 20 da Instrução Normativa n.º 608/2006 elencam o serviço de limpeza entre aquelas atividades vedadas à opção pelo Simples;

- em face da atividade exercida pelo contribuinte, este não poderia enquadrar-se nas regras do sistema simplificado de tributação , sugerindo a exclusão da empresa do Simples, com efeitos a partir de 01/06/2005, com fulcro no que dispõe o inciso II do artigo 15 da Lei n.º 9.317/1996 e inciso II do artigo 24 da IN/SRF n.º 608/2006.

Neste diapasão foi editado, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre -DRF/POA, o Ato Declaratório Executivo DRF/POA n.º 031, de 07 de abril de 2010 (fls. 29), que declara excluída a empresa do Simples, com efeitos a partir de 01/06/2005, em decorrência de atividade econômica vedada: Prestação de Serviços de Limpeza.

Cientificada em 14/04/2010 (fls. 31), a empresa apresentou sua inconformidade com a decisão da DRF/POA n.º 031/2010, em 07/05/2010 (fls. 32 a 39), alegando em suma que:

- a empresa notificada realizou, no mês de maio de 2005, contrato de licitação, visando à execução do serviço de limpeza, com o Município de Osório-RS e, para que fosse conseguido êxito em tal licitação, a prefeitura municipal exigiu que as empresas licitantes se enquadrasssem no Simples;

- por tal motivo, a empresa notificada realizou alteração no seu requerimento de empresário, em 24/02/2005, incluindo o serviço de prestação de limpeza urbana e imóveis, conforme documento que anexa;

- vitorioso no processo licitatório, o contribuinte passou a prestar serviços para o município de Osório-RS, quais sejam: Serviço de Coleta de Entulhos, Comércio Varejista de Materiais de Construção, Serviço de Limpeza Urbana e Imóveis; Serviços de Aluguel de Equipamentos e máquinas, conforme contrato n.º 105/2005, assinado em maio de 2005 documento anexo, que se extinguiu pelo motivo de falta de condições financeiras da empresa em prestar o serviço;

- o ato de exclusão levado a efeito pela DFR/POA se deu de forma equivocada vindo a prejudicar a empresa demandada, eis que esta não pode apenas ser intimada a expor suas inconformidades como permitiu o ato declaratório de exclusão; deve, sim, apresentar os motivos cabíveis que permitem refutar os pontos conflitantes da decisão administrativa, que fere princípios constitucionais e administrativos que entende relevantes para a modificação da decisão de exclusão que em muito prejudicará a empresa notificada;
- as vedações do inciso XII, letra "f", do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, não podem ser interpretadas de forma ampla eis que a regra geral é a receita bruta não superior aos limites fixados em lei; `'
- a Administração Tributária Federal vem adotando medidas de duvidosa constitucionalidade e legalidade, contida no desenquadramento retroativo do Simples, atingindo milhares de micro e pequenas empresas;
- ao final, requer seja desconsiderada a exclusão da empresa do Simples com efeitos retroativos a 01/06/2005;
- instrui sua inconformidade com documentos anexados a fls. 40 a 46.

Em sessão de 30/06/2010, a DRJ/POA julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita:

SIMPLES. SOLICITAÇÃO DE CANCELAMENTO DE EXCLUSÃO RETROATIVA. ATIVIDADE VEDADA. INDEFERIMENTO. O exercício de atividade econômica de prestação de serviço de limpeza e conservação é vedada à opção pelo Simples por força do art. 9º, inciso XII, letra "Í", da Lei Nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Nos fundamentos do voto do relator (fls. 60/71 do *e-processo*):

A Auditoria Fiscal da Receita Federal do Brasil formalizou Representação Administrativa através da qual concluiu que a empresa exercia atividades vedadas, com fulcro na legislação de regência. Acosta, para tanto, Requerimentos de Empresário e Declaração de Firma Mercantil Individual (fls. 03 a 05), Notas de Prestação de Serviço (fls. 06 e 07), Contratos Nº 105/2005 (Conforme Tomada de Preço nº 001/2005), anexado a fls. 08 a 11, Ordem de Serviço (fls. 12), tabelas da Comissão Nacional de Classificação -CONCLA -L que demonstram, extreme de dúvidas, que a empresa exerce atividades vedadas à opção pelo Simples Federal (Lei nº 9.317/1996), conforme fatos narrados exaustivamente na aludida peça de Representação como, também, na fundamentada Informação Fiscal exarada a fls. 26 e 27. [...]

O Contrato Nº 105/2005 (fls. 08) deixa patente, na cláusula primeira, do objeto: E objeto do presente a contratação de empresa para executar os serviços» de limpeza dos logradouros públicos e praças do Município de Osório, conforme Memorial Descritivo em anexo e Mapa dos Setores, estes partes integrantes da Tomada de Preço nº 001/2005. (Grifei).

As Notas de Prestação de Serviço (fls. 06 e 07) demonstram, à saciedade, que o contribuinte exerce serviços de limpeza e capina em Osório, aliás, o que robora-se, também, no Requerimento de Empresário de fls. 03.

Resta límpido e cristalino que a atividade econômica exercida pela empresa amolda-se àquelas vedadas à opção pelo Simples, não tendo corrido, a autoridade fiscal autuante, em qualquer tipo de interpretação analógica ou extensiva, pelo contrário, como se verifica, obrou em interpretação literal do dispositivo legal.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) no qual alega basicamente (fls. 67 do *e-processo*):

Note-se que tal exclusão se deu de forma equivocada, vindo a prejudicar a empresa demandada, ferindo seu direito constitucional de contraditório e ampla defesa, visto que tal contestação, se dá na simplicidade de apenas expor fatos a uma decisão que segundo manifestação do Ilustríssimo Delegado, já está tomada, com caráter definitivo.

A empresa notificada não pode apenas ser intimada a expor suas inconformidades como permitiu o ato declaratório de exclusão.

Deve ela sim apresentar os motivos cabíveis que permitem refutar os pontos conflitantes de uma decisão administrativa que fere princípios constitucionais e administrativos que entende relevantes para a modificação da decisão de exclusão que em muito prejudicará a empresa notificada.

Como informado, a empresa notificada fora incentivada pela Prefeitura Municipal de Osório-RS, a incluir o serviço de limpeza, que veio a gerar sua exclusão, para que pudesse concorrer a licitação, mantendo seu caráter de empresa simples. Com isto, de boa-fé, promoveu a empresa notificada as alterações solicitadas em sua empresa.

Excluir a empresa notificada do simples seria leva-la a morte.

[...]

É óbvio que os efeitos da exclusão, se é que legalmente amparada só poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela Receita Federal, isto por força do sobreprincípio constitucional da segurança jurídica consubstanciado na garantia individual da irretroatividade das normas) e das disposições expressas do Código Tributário Nacional em seus artigos 103, I e 146.

O ato expedido pela SRF afronta frontalmente o artigo 179 da Constituição Federal que dispõe:

"Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei."

Com relação aos efeitos da retroatividade dos efeitos da exclusão, F d I violou o disposto no artigo 150, III, "a", da nova ilegalidade. Ao assim agir, a Receita e era Constituição Federal:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrital Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;"

[...]

Resta patente que tanto os atos administrativos, como os judiciais, devem respeitar os limites delineados pela limitação que se impõe ao poder de tributar. Isso porque, a segurança jurídica consubstancia-se na previsão que o contribuinte pode ter em relação aos seus atos, aos fatos jurídicos e a lei.

[...]

A exclusão com efeito retroativo primeiramente fere o direito adquirido uma vez que a impetrante operou até o ano de 2010 sem receber qualquer notificação da Receita Federal, recebendo apenas após sua própria provocação no ato de tentar receber a restituição do imposto. Se a autoridade administrativa permitiu que a empresa operasse todo esse tempo no SIMPLES está configurada uma situação de fato, que não importa em ilícito.

[...]

Ora, o Ato Declaratório Executivo de Exclusão (ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRFIPOA N° 031, 07 DE ABRIL DE 2010), é ato normativo expedido pelo Exmo. Sr. Delegado da Receita Federal, concretizador do comando emanado da lei, cuja vigência ocorre na data de sua publicação, consoante o inciso I do art. 103, acima transcrito. Ou, do contrário, o ADE encarta-se como decisão de órgão singular e como tal tem sua vigência prevista para 30 dias após a data da sua publicação.

Sendo assim, a exclusão surte efeito a partir da data em que notificado o contribuinte, ou 30 dias após a notificação. A menos que o ADE situe-se num plano quintessencial, além do ordenamento tributário nacional.

Além disso, o art. 106 do CTN elenca as hipóteses às quais a lei pode ser aplicada de forma retroativa [...]

Não foram apresentados elementos adicionais de prova.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 13/08/2010 (fls. 64 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia

09/09/2010 (fls. 65 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Mérito

Desde o início é importante pontuar que a presente análise se limita tão somente ao marco temporal para o início dos efeitos da exclusão do ADE nº 031/2010, o qual foi estabelecido em observância ao que dispõe o artigo 15, II, da Lei nº 9.317/1996, cuja redação à época em que proferido o ato de exclusão dispunha:

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º

A situação excludente no caso em questão encontra-se na hipótese do artigo 9º, XII, f, da norma, como se vê abaixo:

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

XII - que realize operações relativas a:

f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

Perceba-se, portanto, que se trata de uma escolha do legislador ordinário, o qual atribuiu um marco inicial para o início da produção dos efeitos da exclusão. Não se trata de uma escolha discricionária ou arbitrária da Fiscalização.

O contribuinte, em sua defesa alega mais uma vez que a respectiva exclusão desrespeita uma série de normas constitucionais ao retroagir no tempo. Nada obstante, nesse aspecto, as conclusões da instância *a quo* são irretocáveis, veja-se (fls. 61 do *e-processo*):

Inicialmente há que se registrar que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, art. 102, inciso I, alínea “a”, não sendo cabível tal discussão em sede administrativa. O princípio da legalidade está previsto no artigo 37 da Constituição Federal como princípio geral da Administração Pública, a partir daí, todo e qualquer procedimento administrativo, incluindo-se os procedimentos fiscais, devem pautar-se pela estrita legalidade. As leis e atos normativos nascem com a presunção relativa de constitucionalidade. Até que seja afastada essa presunção e sejam declarados inválidos, produzirão seus efeitos e serão obrigatoriamente cumpridos pela autoridade administrativa por ser ato administrativo vinculado.

Ao julgador administrativo é dado o poder-dever de interpretar as normas em consonância com o sistema como um todo, inclusive, com as normas constitucionais, sem, contudo, afastar a aplicação das normas com base em argumentos único e exclusivamente constitucionais.

Trata-se de uma escolha legislativa da qual os julgadores administrativos não escapam dos seus efeitos. Veja-se o que determina o Decreto nº 70.235/1972, o qual dispõe sobre o processo administrativo fiscal:

Art. 26-A. 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 inconstitucionalidade.

Nesse mesmo sentido reza a Súmula CARF nº 2, *in verbis*:

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

Assim, não pode simplesmente este Conselho afastar a aplicação do artigo 15, II, da Lei nº 9.317/1996, sob a alegação de que ele seria desproporcional, irrazoável ou que violaria de qualquer modo a Constituição Federal. Para o bem ou para o mal, trata-se de uma opção do próprio legislador a qual não pode ser afastada por meio de decisão administrativa.

Ademais disso, o contribuinte também alega que a sua exclusão viola diretrizes estabelecidas no Código Tributário Nacional, mais especificamente nos artigos 100, 103 e 106, os quais seguem transcritos abaixo:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Art. 103. Salvo disposição em contrário, entram em vigor:

I - os atos administrativos a que se refere o inciso I do artigo 100, na data da sua publicação;

II - as decisões a que se refere o inciso II do artigo 100, quanto a seus efeitos normativos, 30 (trinta) dias após a data da sua publicação;

III - os convênios a que se refere o inciso IV do artigo 100, na data neles prevista.

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

Quanto aos dois primeiros dispositivos, atente-se para o fato de o artigo 100 se referir tão somente aos atos normativos. Embora o contribuinte denomine o Ato Declaratório de Exclusão como sendo um ato normativo, é preciso reconhecer que tal afirmação carece de juridicidade.

Uma simples consulta a qualquer manual de direito administrativo nos revela o conceito de ato normativo. Veja-se, por exemplo, as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011. p. 225), para a qual os atos normativos são aqueles que têm efeitos gerais, atingindo todos os que se encontram na mesma situação por ele regulada.

Já o ato de exclusão do Simples – como o seu próprio nome nos demonstra – é de natureza declaratória e de efeito concreto, razão pela qual não se aplica a ele o que concerne o artigo 103 do CTN, o qual somente se refere aos atos normativos.

Por fim, o artigo 106 não guarda qualquer relação com o caso, posto tratar dos casos em que a lei pode ser aplicada de maneira retroativa para fatos passados. Não é o caso. A Lei nº 9.317 é de 1996, não há que se falar em aplicação retroativa da norma.

O fato de o ato de exclusão previsto pela referida norma retroagir em seus efeitos não se confunde com os efeitos da própria lei, a qual está sendo aplicada para fatos futuros. Como mencionado anteriormente, trata-se o ADE de um ato declaratório, passível, portanto, de retroação, caso assim o deseje o legislador ordinário.

Como se vê, não há qualquer incompatibilidade entre as disposições da Lei nº 9.317/1996 com as disposições do CTN, de modo que todas elas convivem harmonicamente.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo