



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12269.003256/2010-97
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.452 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2020
Recorrente PAULO SERGIO DIAS PADILHA
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. EXCLUSÃO. COMPROVAÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE

Súmula CARF nº 134: A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão (REsp 1.124.507, submetido ao regime do art. 543C, do CPC de 1973).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para determinar os efeitos da exclusão do Simples a partir do mês 05/2002.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, André Severo Chaves (suplente convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

PAULO SERGIO DIAS PADILHA, já qualificado nos autos, interpôs recurso voluntário em face do Acórdão 10-40.862, de 18 de outubro de 2012, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Porto Alegre/RS.

2. Trata-se de exclusão do Simples Federal em razão do exercício de atividade econômica vedada (prestação de serviço na área de construção civil), com efeitos a partir de 01/04/2002, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) 202, de 19/11/2010 (e-fls. 50).

3. A matéria sob litígio originou-se de pedido de restituição de contribuições previdenciárias retidas em notas fiscais de prestação de serviços, nos termos do art. 31 da Lei 8.212, de 1991 (e-fls. 2).

4. A Representação Fiscal que ensejou a exclusão elencou os serviços que especifica e assentou que o exame da documentação analisada *“comprova claramente que a atividade principal da empresa é na área da construção civil”* (e-fls. 2-3):

4. No discriminativo das Notas Fiscais de Serviço emitidas pela empresa constam, dentre outras, as seguintes especificações: "serviço de reposição de tábuas e lixamento no assoalho", "serviços prestados obra CEEE", "lixamento e pintura em parquet", "restauração de parquet, lixamento e sinteco (execução)", "serviços executados em obra", "instalação elétrica", "colocação de pedras de gres", "colocação de pedras de alicerce", "serviços colocação pedras, arremates vigas, alvenarias", "execução de telhado", "alvenaria e reboco", "serviço de mão de obra na obra das suítes", "lixamento e aplicação de sinteco poliuretano", "colocação de tacos de madeira na obra". Nas Notas Fiscais consta como nome fantasia: "Art Paulo Lixamento e Sinteco".

5. Na Declaração de Firma Mercantil Individual, registrada em 14.02.2000 na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, o código de atividade econômica é 9309-2/99, descrita como "Serviços de Aplicação de Sinteco e Lixamento".

8. O exame da documentação discriminada nos itens 4, 5 e 6 comprova claramente que a atividade principal da empresa é na área da construção civil. (Grifo nosso)

5. Em sede de manifestação de inconformidade o contribuinte alegou, em síntese, conforme r. acórdão recorrido, intempestividade da exclusão, que sua atividade teria sido aceita no Simples Federal, decadência e prescrição:

1- Está inscrito no CNPJ desde 14/02/2000, ou seja, há mais de cinco anos. Esta exclusão é intempestiva;

2- Não existe um código específico para sua atividade que é a prestação de serviço de reparador, lixador e aplicador de sinteco, nos assoalhos e pisos, em manutenção de imóveis;

3- O código 96.09.2-99, na época de sua inscrição, foi interpretado e aceito como apto para a forma tributária do Simples; este código não consta na lista de “impeditivos do Simples Nacional”; e

4- O prazo que a fazenda pública tem para constituir o crédito tributário é de cinco anos (CTN, art. 173), sob pena de decadência, e o prazo que tem para cobrar o crédito tributário é de cinco anos sob pena de prescrição (CTN, art. 174). Estes prazos são

aplicáveis aos créditos previdenciários.

Ao final, reforça o pedido de que seja resolvida a devolução (Restituição de Retenção) via administrativa, no prazo de trinta dias, evitando recorrer e agir na justiça.

6. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples, conforme ementa abaixo transcrita (e-fls. 65):

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

Data do fato gerador: 01/04/2002

EXCLUSÃO. CONSTRUÇÃO CIVIL – SERVIÇOS AUXILIARES E COMPLEMENTARES - VEDAÇÃO.

As empresas que prestam serviços de pequenas reformas de alvenaria em geral, lixamento e pintura em parquet, instalação elétrica, execução de telhados e colocação de pedras não podem optar pelo Simples, pois tais serviços são considerados auxiliares e complementares de construção civil.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

7. Cientificado da decisão de primeira instância em 21/12/2012, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 03/01/2013 e aduz, em síntese, o que segue:

- i) a exclusão é intempestiva e foi aplicada após (5) cinco anos de o contribuinte requerer as restituições dos 11% tomados da sua receita bruta;
- ii) é optante pelo Simples Federal desde 14.02.2000 e a exclusão com e efeito retroativo a 01.04.2002 viola o direito tributário adquirido pelo contribuinte;
- iii) sua atividade não se enquadra como empresa de construção civil, porquanto não constrói, só faz manutenção predial, e a RFB além de não fiscalizar sua atividade recebeu e ainda recebe seus tributos a título “Simplificado”;
- iv) a exclusão autoritária e abusiva do Simples configura meio sofisticado de coação e violação do direito adquirido e constitucional do contribuinte com vistas a dar guarida a apropriação, por meio de agentes da RFB, dos seus valores retidos a título de contribuição ao INSS;
- v) por fim, requer a revisão de sua exclusão do Simples, revisão dos cálculos das retenções com atualizações e oportunidade para corrigir sua situação fiscal.

8. É o relatório.

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

9. O recurso voluntário é tempestivo; dele conheço parcialmente.
10. Cinge-se a controvérsia a exclusão do Simples Federal em razão de atividade

vedada.

11. Inicialmente, acerca das questões constitucionais aduzidas pela recorrente, tais como violação ao direito adquirido e constitucional, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 26-A do Decreto 70.235, de 1972, “*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*”. Tal posicionamento acima está em conformidade com a Súmula CARF nº 2, que caminha na mesma trilha:

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

12. A seguir o art. 9º, V, da Lei 9.317, de 1996, que fundamentou a exclusão do Simples:

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) (Grifo nosso)

13. Como se vê, compreende-se na atividade de construção de imóveis, além da execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, a reforma ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

14. Conforme consta da representação fiscal, notas fiscais colacionadas aos autos (e-fls. 5-48) comprovam a execução de atividades de "instalação elétrica", "colocação de pedras de gres", "colocação de pedras de alicerce", "serviços colocação pedras, arremates vigas, alvenarias", "execução de telhado", "alvenaria e reboco", "serviço de mão de obra na obra das suítes"; enfim, atividades que se incluem rol daquelas que impedem opção ao Simples Federal.

15. Portanto, a exclusão do Simples Federal deve ser mantida.

16. Quanto aos efeitos do ato excludente, a Lei 9.317, de 1996, com alterações posteriores, dispõe inicialmente que a exclusão do Simples poderá ocorrer mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. A exclusão dar-se-á de ofício, dentre outras hipóteses, a partir do mês subsequente em que a pessoa jurídica incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º, (inciso XII) no caso exercício de atividade vedada. Veja-se:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período. (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) estará excluída do Simples nessa condição, podendo, mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte. (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas **formas do inciso II** e § 2º do artigo anterior, **quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica**;

[...]

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 **surtirá efeito**:

[...]

II - **a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente**, nas hipóteses de que tratam os incisos **III a XIV** e XVII a XIX **do caput do art. 9º** desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005) (Grifo nosso)

17. A corroborar o exposto acima, acerca dos efeitos retroativos da exclusão do Simples, o STJ fixou entendimento no REsp 1.124.507, submetido ao regime do art. 543C, do CPC de 1973 (recurso repetitivo) no sentido de que por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF.

LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. **Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.**

[...]

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. **Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são**

produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 1124507/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 06/05/2010)

18. Importante destacar que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos recursos repetitivos, bem como as súmulas do Carf são de observância obrigatória pelos membros deste órgão, nos termos do arts. 62, §2º e 72 do Regimento Interno do CARF¹ (RICARF).

19. *In casu*, a exclusão efetivou-se a partir de 01/04/2002. Entretanto, as notas fiscais de serviço colacionadas aos autos comprovam o exercício de atividade vedada a partir do mês 04/2002 (e-fls. 5). Por conseguinte, nos termos do art. 15, II, da Lei 9.317, de 1996, a exclusão deve surtir efeito somente a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente.

20. Considerar a exclusão a partir do mês 04/2002 seria pressupor, sem no entanto provar, que houve o exercício de atividade vedada no mês 03/2002, o que vai de encontro a Súmula Carf nº 134, cujo teor estabelece:

Súmula CARF nº 134: A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a **fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.** (Grifo nosso)

¹ Portaria nº 343, de 2015. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF)
Ar. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016) [...]
Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

21. Tendo em vista que a comprovação efetiva de execução de atividade ensejadora da exclusão ocorreu em abril/2002 os efeitos da exclusão devem operar-se a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, portanto, a partir de maio/2002.

22. Como visto acima, este feito trata da exclusão do Simples Federal; por conseguinte, não conheço das matérias que extrapolam o objeto da lide, quais sejam, revisão de cálculos de retenções e oportunidade para corrigir situação fiscal.

Conclusão

23. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, dou parcial provimento para determinar os efeitos da exclusão do Simples a partir do mês 05/2002.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior