



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

Processo nº 13710.001275/2003-57
Recurso nº 135.904 Voluntário
Acórdão nº 1103-00.130 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de março de 2010
Matéria SIMPLES FEDERAL
Recorrente GERASTAR GERADORES COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA.
Recorrida 5ª TURMA DA DRJ/RIO DE JANEIRO I

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

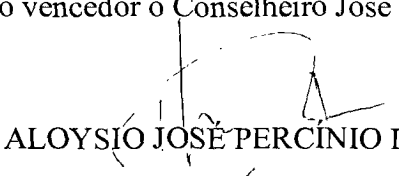
Ano-calendário: 2001

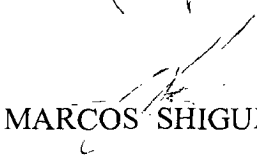
Ementa: PEDIDO DE INCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. EFEITO TEMPORAL.

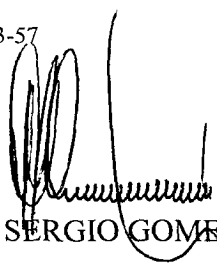
Admite-se a inclusão do sujeito passivo no regime do SIMPLES, com efeitos pretéritos, desde que comprovados pagamentos mensais e declarações anuais próprios do sistema e, primordialmente, que seu objeto social não se enquadre no rol de atividades econômicas vedadas. Remanescido concluso dito impedimento descabe cogitar-se na fruição do regime, mesmo que no lapso do tempo em que o pedido aguardava apreciação administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Marcos Shigueo Takata (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Sérgio Gomes.


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente


MARCOS SHIGUEO TAKATA – Relator



JOSE SERGIO GOMES – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Aloysio José Percínio da Silva (Presidente), Hugo Correia Sotero, José Sérgio Gomes, Marcos Shigueo Takata (Relator), Gervasio Recktenvald, Eric Moraes de Castro e Silva.



Relatório

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Versa o presente processo sobre pedido de inclusão retroativa ao ano-calendário de 2001 no Simples, por ter a recorrente deixado de informar o evento nº 301 inclusão no Simples por opção da empresa, ao preencher a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica, em 14/08/2001 (fl. 1). Em 22/05/2003, a recorrente protocolou no CAC-TIJUCA requerimento de solicitação de inclusão retroativa no Simples.

A recorrente iniciou seu faturamento em março de 2002, realizando os recolhimentos mensais através de DARF-SIMPLES, entre março de 2002 a abril de 2004, entregando as Declarações Simplificadas dos anos de 2002 e 2003, período o qual aguardava a decisão da solicitação.

Em 13/05/2004, foi cientificada do indeferimento da solicitação, apresentando sua manifestação de inconformidade em 25/05/2004 (fls. 46 e 47), no qual alegou, em síntese, que adotou a sistemática do Simples por entender ser o procedimento mais correto e assim procedeu por falta de orientação, sem má-fé, requerendo que sua exclusão do Simples se dê apenas a partir de 2004.

DA DECISÃO DA DRJ E DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 7/04/2006, acordaram os membros da 5ª Turma da DRJ/RJ-I, por unanimidade de votos, em indeferir a solicitação da interessada, pelos motivos abaixo sintetizados:

- a) a recorrente não controverteu sobre o indeferimento de sua inclusão no Simples, por desempenho de atividades vedadas a tal regime de tributação;
- b) a recorrente não fora excluída do Simples, mas, sim, teve a solicitação de inclusão retroativa no SIMPLES indeferida, por exercícios e atividades vedadas, previstas na Lei 9.317/96, artigo 9º, inciso XIII.

Inconformada com a r. decisão, devidamente cientificada em 2/06/2006, interpôs recurso voluntário (fls. 58 e 59), onde basicamente reitera as argumentações presentes na manifestação de inconformidade, alegando ainda que a exclusão do Simples só deve produzir efeitos a partir do momento da ciência do despacho de indeferimento, qual seja, 13/05/2004.

DA DILIGÊNCIA

- a) Em 20/05/2008, resolveu a 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, para que se possa

identificar a real atividade da recorrente, porquanto não há documentação juntada ao processo para tal convicção.

Outrossim na conversão em diligência se determinou que: seja indicado qual a real ou quais as reais atividades da recorrente, juntando-se notas fiscais e/ou contratos que comprovem a atividade; seja indicado, expressamente, se a empresa recorrente realiza tais atividades por meio de engenheiro ou de outro profissional legalmente habilitado; se, para a instalação de grupos geradores, há exigência contratual de responsável técnico; sejam verificadas quaisquer outras informações que a repartição de origem julgar relevantes.

A recorrente foi devidamente notificada em 20/08/2008 por termo de intimação fiscal (fl. 89), no qual foram solicitados os seguintes documentos, relativos aos anos-calendário de 2001 a 2003: Livro Diário e Livro Razão, livros comerciais e fiscais, talonários de notas fiscais de vendas e/ou de prestação de serviços e contratos de prestação de serviços.

Em resposta ao termo de intimação (fl. 90), a recorrente, em 29/08/2008, informou que estava à disposição da Secretaria da Fazenda Federal a documentação solicitada. Informou também que de janeiro de 2004 a junho de 2007 passou a recolher os tributos pelo regime de lucro presumido e que, em julho de 2007 aderiu ao Simples Nacional. Reafirmou, por fim, que no período *sub judice* (2001 a 2003), recolhera todos os tributos no regime estabelecido pelo Simples federal, não havendo contratos de prestação de serviços firmados à época, uma vez que os serviços disponibilizados não requeriam especificação técnica.

Na lavratura de Informação Fiscal (fls. 248 e 249) expedida pela DEFIS – Rio de Janeiro, foi concluído que as atividades da recorrente, especificamente, consistem na venda de mercadorias, locação de equipamentos e prestação de serviços, conforme documentação anexada (fls. 131 a 247).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro MARCOS TAKATA, Relator

Como acentuado no relatório, o presente feito havia sido baixado em diligência, pela 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, ao argumento de não ser possível identificar a real atividade da recorrente, para que seja indicado expressamente se a recorrente realiza as atividades por engenheiro ou outro profissional legalmente habilitado e se há exigência contratual de responsável técnico para instalação de grupos geradores, conforme a nobre relatora Conselheira Suzy Gomes Hoffmann.

Com a criação e instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a competência para julgamento da matéria foi deslocada para a 1ª Seção de Julgamento, recaiando para esta Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF a apreciação do feito. Outrossim, após o relatório de diligência, os autos do presente processo me foram distribuídos como novo relator.

O decisório de origem reconheceu constituir matéria não impugnada a não inclusão da recorrente no Simples federal, em face da hipótese vedatória do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/97.

Vejo que no recurso manejado, tal como se colocara na manifestação de informalidade, a recorrente não debate a questão de sua não inclusão no regime do Simples federal, *i.e.*, não questiona o indeferimento da opção pelo Simples. Controverte, desde a manifestação de inconformidade sobre o início dos efeitos do indeferimento da opção pelo Simples, requerendo que se dê a partir de 13/05/04, data da ciência do despacho de indeferimento.

O indeferimento da recorrente para o Simples federal, portanto, constitui *fato incontroverso*, nos autos do presente processo. Ou seja, o indeferimento no Simples é *questão incontroversa*, que *não se coloca nos limites objetivos da lide* (do litígio).

Não se pondo tal questão nos limites objetivos da lide, por não se colocar como fato ou questão controversa nos autos deste processo, *ao órgão julgador não cabe enfrentar essa questão*, sob pena de *ferir os limites de sua atividade judicante*. Quer dizer, ao órgão julgador não cabe inovar a pretensão, seja a fazendária, seja a do contribuinte, substituindo a atividade, o interesse ou o ônus das partes.

A observância do princípio da verdade material, que orienta o processo administrativo fiscal, *não se confunde com extravasar os limites objetivos da lide*, ou seja, com o enfrentamento de questão que não se debate nos autos (questão não controvertida pelas partes).

Pelas razões deduzidas, em que pese a então nobre relatora da 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes haver direcionado o processo em resolução para se baixar em

diligência, entendo que a verificação da atividade desenvolvida pela recorrente, para os fins do presente feito, não tem influência no decisório.

A recorrente invoca em sua peça recursiva decisão em agravo de instrumento do TRF da 3ª Região, no qual se reconheceu que a exclusão de empresas do Simples federal só deve surtir efeito a partir do mês subsequente ao da exclusão.

Não nego que tal interpretação possa merecer acolhida, em face dos princípios da confiança e da segurança jurídica. Por outro lado, importa lembrar que, neste foro judicante administrativo, é defesa a interpretação que afaste a aplicação de preceito legal ou com reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito legal, ainda que de forma incidental. Isso, por força do art. 62, *caput*, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, que veda tal espécie de juízo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Noutro passo, insta ponderar que, para se extrair exegese contra a literalidade da norma legal, é forçoso admitir o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito legal, mesmo que *incidenter tantum* (de forma incidental), que, como já dito, é vedado a este órgão julgador.

O art. 15, II, da Lei 9.317/96, em sua redação original dispunha:

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

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

De seu turno, os arts. 9º, XIII, 13, II, “a” e 14, I, da Lei 9.317/96 prevêm:

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

(...)

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, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida; (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)

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;

(...)

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;

(...)

O art. 15, II, da Lei 9.317/96 foi alterado pela Lei 9.732/98, passando a ostentar a seguinte dicção:

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Posteriormente, o art. 15, II, da Lei 9.317/96 sofreu nova alteração em 28/07/01 (data da publicação do DOU), mediante a Medida Provisória 2.158-34/01 (atual Medida Provisória 2.158-35/01), e passou a prever:

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

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; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 27.07.2001)

Mais uma vez o art. 15, II, da Lei 9.317/96 teve sua redação alterada, agora pela Lei 11.196/05:

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

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)

Questão que se põe é a da norma legal aplicável ao caso vertente. É o preceito segundo a redação dada pela Lei 9.732/98? Ou o previsto conforme a Medida Provisória 2.158-34/01?

A norma legal aplicável é a vigente ao tempo da opção feita pela recorrente, e não a vigente à época do despacho de indeferimento da opção. Mas a questão não resulta ainda esclarecida. É aplicável a norma legal vigente ao tempo a que se refere a opção pretendida e pedida, ou a em vigor ao tempo em que se formulou o pedido de inclusão retroativa no Simples?

A opção pretendida, e que foi indeferida, era referente ao ano-calendário de 2001 (fls. 1 e 43, frente e verso). O pedido de inclusão retroativa foi formulado no ano-calendário de 2003 (fl. 1).

Dessa forma, se for aplicável a norma legal em vigor ao tempo a que se refere a opção pedida, deve-se reconhecer a incidência do art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação da Lei 9.732/98. Se for aplicável a norma legal vigente à época do pedido de inclusão retroativa no Simples, verifica-se a incidência do art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação da Medida Provisória 2.158-34, de 28/07/01.

A resposta à pergunta colocada *passa*, a meu ver, pela *resposta à seguinte pergunta*: qual a norma de vedação à opção (pelo Simples) aplicável? A vigente ao tempo a que se refere a opção pedida, ou a vigente à época do pedido de inclusão retroativa?

Não tenho dúvidas de que, tratando-se de possibilidade ou não de inclusão, é aplicável a norma de vedação à opção vigente ao tempo a que se refere a opção pedida.

A norma legal que prevê o aspecto temporal dos efeitos da exclusão por se concretizar hipótese vedatória (à opção) é *consectária* a essa norma vedatória.

Poderia se pretender objetar que, como não se está diante propriamente de exclusão, mas de não reconhecimento da inclusão da recorrente ao regime do Simples, não seria aplicável o art. 15, II, da Lei 9.317/96.

Entretanto, o art. 15, II, dessa lei, embora fale em exclusão e dos efeitos dessa, lança suporte no art. 9º, XIII, da mesma lei, que versa sobre vedação à opção (não necessariamente exclusão do regime). Também lança esteio nos arts. 13 e 14 da mesma lei que, conquanto falem de exclusão, também fazem remissão ao art. 9º da lei: vedação à opção, que não representa ou não significa necessariamente exclusão do regime propriamente dito.

Daí porque, embora não se cuide, no caso, propriamente de exclusão (só se exclui algo que já está incluído), reputo ser aplicável o preceito legal que prescreve os efeitos de exclusão, para hipóteses de indeferimento da inclusão no regime do Simples: é a própria lei que *usa e se limita a usar* o termo *exclusão*, mesmo se referindo a hipóteses que não sejam propriamente de exclusão, ou melhor, que não prescrevam necessariamente a exclusão.

Entendo, por conseguinte, ser aplicável a *norma legal que regula os efeitos da exclusão, em vigor ao tempo a que se refere a opção pedida*. Ou seja, entendo que se aplica o art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Lei 9.732/98, em vigor no período a que se refere a opção requerida, e não o art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação da Medida Provisória 2.158-34/01.

Como já supratranscrito, o art. 15, II, da Lei 9.317/96 segundo a redação dada pela Lei 9.732/98, previu que a exclusão produz efeitos, a partir do mês subsequente *àquele em que se proceder à exclusão*, ainda que de ofício – em contraposição ao *em que incorrida* a situação excludente (conforme o art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação da Medida Provisória 2.158-34/01).

Outrossim, minha interpretação é a de que, conforme o ditame legal aplicável ao caso vertente, a exclusão *só passou a produzir efeito a partir da data da ciência do despacho de indeferimento da opção*. E a data da ciência desse despacho é de 13/05/04.

Por essa ordem de razões é que entendo ser aplicável ao caso em dissídio o art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação da Lei 9.732/98.

Sob essa ordem de considerações e juízo, dou provimento ao recurso, para reconhecer que os efeitos do indeferimento ao regime do Simples federal só se dão a partir de junho de 2004, porquanto a data da ciência do despacho de indeferimento é 13/05/04, sujeitando-se a recorrente até o referido mês, inclusive, ao regime do Simples federal.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 9 de março de 2010


MARCOS TAKATA
6

Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ SÉRGIO GOMES – Redator Designado

Rogando *venia* ao entendimento exteriorizado no voto do insigne Conselheiro-Relator originário, abre-se a seguinte divergência.

Como bem asseverado pelo ilustrado Conselheiro, a questão não diz respeito a exclusão do sujeito passivo do regime de tributação incentivada denominado SIMPLES, mas sim do indeferimento, pelo Delegado de Administração Tributária no Rio de Janeiro, do pedido de inclusão retroativa ao ano-calendário de 2001.

Embora a Lei nº 9.317, de 1996, não preveja a hipótese de ingresso no regime com efeitos anteriores à data da opção, certo é que a Administração adotou o procedimento desde que a contribuinte comprove a intenção pretérita no sentido da adesão ao SIMPLES, que se dá mediante a apresentação de pagamentos e/ou da declaração próprios e, por óbvio, não incorra nos impedimentos legais.

O primeiro requisito remanesceu atendido, isto é, desde o ano de 2002, no qual efetivamente iniciou suas atividades econômicas, a contribuinte fez regulares pagamentos mensais em DARF-SIMPLES (Documento de Arrecadação do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Contudo, o seu objetivo social, exteriorizado no estatuto social, foi entendido como objetado, por elencado no rol excludente trazido pelo artigo 9º, inciso XIII, da norma de regência.

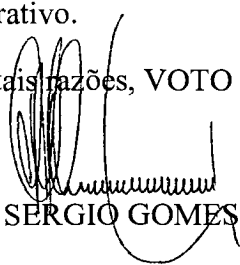
Ao longo do processado a Recorrente não manifestou qualquer inconformismo em desfavor dessa conclusão fiscal, admitindo-a, ao menos indiretamente, acertada. Noutras palavras: remanesceu insuperado o fato de que a contribuinte não pode usufruir do regime de tributação simplificada.

Seu pedido recursal, como visto, e que restou abrigado pelo Relator originário, está no sentido de que os efeitos do indeferimento administrativo só se dêem a partir da data em que ficou cientificada da decisão administrativa, especificamente em 13/05/2004.

Ora, isso implicaria reconhecer que no período pretérito – entre março de 2002 a maio de 2004 – a fruição do regime fora válida, nada obstante a incursão em atividade vedada, o que não se concebe por assumir feições *contra legem*.

Ademais, na data em que a contribuinte preencheu a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica, qual seja em 14/08/2001, ou então na época em que de fato iniciou suas atividades, em março de 2002, não mais vigia o preceito legal que ditava como marco dos efeitos da exclusão (aqui tomado por empréstimo para a inclusão retroativa) o mês seguinte da entrega do ato administrativo.

Com tais razões, VOTO pelo improvimento do recurso.



JOSÉ SERGIO GOMES