



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

**Processo n°** 10980.010749/2004-64  
**Recurso n°** 345.516 Voluntário  
**Acórdão n°** **1302-000.498 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 24 de fevereiro de 2011  
**Matéria** SIMPLES  
**Recorrente** W A USINAGEM DE PEÇAS LTDA.  
**Recorrida** 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

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

Ano-calendário: 2002

CONSTITUCIONALIDADE. Segundo já sumulado no âmbito administrativo, “o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária” (Súmula n° 2), razão pela qual não se conhece das questões suscitadas sob tal fundamento.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DECADÊNCIA. A decadência, por dizer respeito à perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário, constitui-se em óbice à autoridade fiscal para efetuar o lançamento do tributo, não cabendo suscitá-la para invalidar constatação de situação configuradora de vedação à permanência no Simples, no caso, o exercício de atividade vedada.

SIMPLES. EXCLUSÃO. PROVA. Os documentos constantes nos autos não evidenciam de forma inequívoca que a Recorrente tenha auferido receita proveniente de prestação de serviços profissionais de engenheiro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso.

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente.

*“documento assinado digitalmente”*

IRINEU BIANCHI - Relator.

*“documento assinado digitalmente”*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello (presidente da turma), Irineu Bianchi (vice-presidente), Daniel Salgueiro da Silva, Eduardo de Andrade, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira e Wilson Fernandes Guimarães.

## Relatório

W A USINAGEM DE PEÇAS LTDA., CNPJ nº 04.071.156/0001-14, inconformada com a decisão de primeira instância, que lhe foi desfavorável, recorre a este Colegiado visando à reforma da mesma.

Trata o presente processo de Manifestação de Inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo nº 161, de 04/07/2007 (fls. 19), expedido pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Curitiba(PR), que excluiu a interessada do benefício do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002, ao argumento de que exerce atividades vedadas, nos termos do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Cientificada da exclusão (fls. 21), a interessada, tempestivamente, apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 26/59, onde resume toda sua defesa em três pedidos a saber:

- a) o reconhecimento da decadência em expedir ato administrativo de exclusão ao Simples, declarando nulo ao ADE DRF/CTA nº 161, de 04 de julho de 2007;
- b) declarar a ilicitude da aplicação de analogia *in pejus*, bem como a ilegalidade de não se aplicar apenas à interpretação analógica de forma lícita e correta, tendo em vista que a atividade apontada no Contrato Social não é vedada, nem assemelhada às exceções taxativas prevista no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996 e;
- c) decalar nulo o ato de exclusão por afronta ao disposto no inciso II do artigo 150 da Constituição Federal.

A Segunda Turma Julgadora da DRJ/CTA, através do Acórdão 06-17.498 (fls. 100 e segs.) indeferiu a solicitação, cujos fundamentos acham-se consubstanciados na respectiva ementa, *in verbis*:

*CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES. O exercício de atividade que pressupõe o domínio de conhecimento técnico-científico próprio de profissional da engenharia é circunstância que impede o ingresso ou a permanência no Simples.*

*INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES. DIREITO ADQUIRIDO. O ingresso ou a permanência no Simples é situação precária, diga-se, sempre sujeita à reapreciação da satisfação dos requisitos exigidos em Lei, seja pelo próprio contribuinte, seja pela SRF.*

*EXCLUSÃO DO SIMPLES. DECADÊNCIA. A decadência, por dizer respeito à perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário, constitui-se em óbice à autoridade fiscal para efetuar o lançamento do tributo, não cabendo suscitá-la para invalidar constatação de situação configuradora de vedação à permanência no Simples, no caso, o exercício de atividade vedada.*

*CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO ADMINISTRATIVA. A Secretaria da Receita Federal, como órgão da Administração Direta da União, não é competente para decidir acerca da constitucionalidade de norma legal. Como entidade do Poder Executivo, cabe à Secretaria da Receita Federal, mediante ação administrativa, aplicar a lei tributária ao caso concreto.*

*INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. Diversa da analogia, a interpretação analógica é técnica de interpretação permitida e autorizada no termo "assemelhados", presente no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.*

*APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Descabe, por falta de previsão legal, relevar a prática de atividade vedada para manter a pessoa jurídica no Simples ao argumento de que o princípio da isonomia tributária impõe dar tratamento tributário igual às pessoas jurídicas integrantes de uma mesma categoria econômica.*

Cientificada da decisão (fls. 118), a interessada, tempestivamente, interpôs o recurso voluntário de fls. 112/152), tornando a suscitar os argumentos contidos na Manifestação de inconformidade.

É o Relatório.

## **Voto**

Conselheiro IRINEU BIANCHI

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

CONSTITUCIONALIDADE

Segundo já sumulado no âmbito administrativo, “o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”(Súmula nº 2), razão pela qual não conheço das questões suscitadas sob tal fundamento.

DECADÊNCIA

A recorrente pretende o reconhecimento da decadência do direito de a Fazenda Pública excluí-la do Simples. O argumento já foi apreciado, com propriedade, diga-se, pela Turma Julgadora, nos seguintes termos:

(...)

“No âmbito do direito tributário, a decadência é tratada pelo legislador como sendo uma modalidade de extinção do crédito tributário, conforme se deduz dos seguintes dispositivos do CTN:

*Modalidades de Extinção*

*Art. 156. Extinguem o crédito tributário:*

*V - a prescrição e a decadência; (Grifou-se)*

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*& 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (Grifou-se)*

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: (Grifou-se)*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

“A decadência, portanto, constitui-se num óbice à autoridade fiscal para efetuar o lançamento do tributo, eis que se refere à perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário. Não pode este instituto, como quer a reclamante, ser suscitado para afastar constatação de situações configuradoras de vedação à permanência no Simples e classificar como nulo o ato que determinou sua exclusão ao Simples.

. Aos fundamentos da decisão recorrida acrescento que a exclusão do Simples se opera de forma automática, quer por iniciativa do contribuinte quer *ex officio* e apenas o lançamento decorrente desta mesma exclusão, eventualmente, poderá ser alcançado pela decadência.

Assim, concordando com os termos da decisão recorrida, afasto o argumento.

MÉRITO

Segundo consta dos seus atos constitutivos, é incontroverso o fato de que a Recorrente se dedica à realizar atividades de fabricação, manutenção e reparação de moldes de injeção de Plásticos, usinagem de peças e representação comercial.

De pronto deixo consignado que dentre os motivos da exclusão aqui tratada, em nenhum momento há qualquer alusão à atividade de representação comercial.

O Despacho Decisório de fls. 15/18 discorre sobre as atividades da empresa e da profissão de engenheiro, cita a legislação específica e consigna expressamente:

*5. Nesse contexto, a fabricação, manutenção e reparação de moldes de injeção de plástico, bem como a usinagem de peças, é (são) serviço(s) técnico(s) que, por definição legal, é (são) necessariamente desenvolvido(s) com o concurso de engenheiros, tecnólogos ou técnicos.*

*6. Destarte, mesmo quando tais serviços são desenvolvidos, apenas, com o emprego de pessoa(s) desprovida(s) de qualquer dessas titulações formais, ainda assim, legalmente, permanece inarredável a latente vinculação das atividades em comento com as atribuições legais daqueles profissionais.*

Os argumentos da recorrente estão no sentido da impossibilidade do emprego da analogia, particularmente na genérica expressão “assemelhados” tal como consta do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

A decisão recorrida, ao enfrentar o argumento, assim se pronunciou:

*Assim, confrontando o consignado em seu objeto social (e declarado pela interessada) com o teor dos dispositivos legais, correto está o ADE em comento, fundamentado nas vedações da Lei 9.317/1996, em seu art. 9º, inciso XIII, pois a vedação à opção pelo Simples não abrange somente os serviços profissionais nele discriminados. Verifica-se que o impedimento também alcança a pessoa jurídica que preste qualquer serviço a eles assemelhado, e ainda aqueles cuja execução dependa de habilitação profissional legalmente exigida.*(grifei)

É de se ver, portanto, que a exclusão foi confirmada pela decisão recorrida com base no objeto social declarado nos atos constitutivos da recorrente e pela equiparação destes às atividades de engenheiro.

Para aqui decidir, louvo-me em parte do voto proferido no acórdão nº 1701-00.217, tendo como relatora a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que reproduzo com as adequações pertinentes ao caso em exame:

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, de 1996, fixa:

*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;*

A hipótese de indeferimento da opção da Recorrente pelo Simples com efeito desde 01/01/2002, pressupõe a obtenção de receita proveniente da prestação de serviço profissional de engenheiro, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Tenho manifestado de que a simples previsão de determinadas atividades no objeto social das empresas não são, por si só, suficientes à caracterização do exercício de fato e de direito da atividade. O Contrato Social quer dizer previsão do exercício, mas não constituiu o fato gerador.

Digo de fato e de direito, pois, o exercício *in concreto* de uma das atividades previstas dentre os objetivos sociais depende de tradução em linguagem competente. Ou seja, a fiscalização deve apurar e trazer aos autos comprovação da prática da infração, *in casu* o exercício de atividade vedada pelo regime simplificado.

Não há óbice para as atividades da indústria e comércio na legislação do regime simplificado. Há restrição para serviços listados e assemelhados.

Desde já registro minha crítica sobre a impropriedade técnica da legislação tributária que não pode lançar mão de expressões dúbias e/ou ambíguas — apesar de árduo trabalho, reconheço — sob pena de se verificarem zonas cinzentas como esta, seja para o contribuinte, seja para o aplicador da lei.

Assim, me inclino a entender que a subsunção dos eventos (fatos *in concreto*) aos conceitos hipotéticos, deve ser analisada com vistas também à largueza do conceito que se impõe. Ora, a legislação que pretenda tributar os "assemelhados" a algo ou a alguém abre espaço para que as materialidades e as provas que as infirmam ou afirmam registre a subsunção do fato ao conceito da lei.

Explico: A necessidade da contratação de engenheiro ("ou assemelhado") em matéria de empresas optantes pelo Regime SIMPLES deve ser verificada *in concreto* sob pena de impor penalidade a micro e pequenas empresas que desenvolvem seu objeto sem a necessidade efetiva de manutenção destes profissionais no quadro.

O conceito de assemelhados nos abre duas frentes de interpretação uma extensiva e outra restritiva. Pela interpretação extensiva adota-se que a classificação de uma atividade como profissional regulamentada é suficiente para vedação da adesão ao programa. Analisando restritivamente como devem ser as "conceitos-tipo" do direito tributário entendo

Processo nº 10980.010749/2004-64  
Acórdão n.º **1302-000.498**

**S1-C3T2**  
Fl. 161

---

que somente a constatação de que determinada atividade social desenvolvida *in concreto*, apesar da vedação legal imposta pode ensejar a exclusão do programa ou vedação da opção.

No presente caso, a prova da atividade fática é nenhuma, pois nem mesmo foram acostadas notas fiscais capazes de comprovar a efetiva atividade da interessada.

Portanto, não vejo nos autos a prova do exercício do fato impeditivo à opção pelo regime.

DIANTE DO EXPOSTO, conheço do recurso voluntário e voto no sentido de DAR-LHE PROVIMENTO.

Sala das Sessões,

*“documento assinado digitalmente”*

IRINEU BIANCHI - Relator