



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13657.002184/2008-35
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.139 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 01 de abril de 2020
Recorrente IMA INSTALAÇÃO MANUTENÇÃO E AUTOMOÇÃO LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

ACÓRDÃO DE IMPUGNAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTOS DIVERSOS DOS ADOTADOS NA DECISÃO ADMINISTRATIVA VERGASTADA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

É nula a decisão da DRJ que mantém a exclusão do contribuinte do Simples com base em fundamento diverso do que constou no ADE de exclusão, por configurar alteração do critério jurídico anteriormente adotado no ato administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acatar a preliminar suscitada e dar provimento ao Recurso Voluntário para declarar a nulidade da decisão recorrida, por alteração de critério jurídico no julgamento do ADE de exclusão.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo e adoto o relatório produzido pela DRJ/JFA.

Trata o processo da exclusão da empresa do Sistema Nacional, a partir de 01/07/2007, mediante o Ato Declaratório Executivo (ADE) ARF/Pouso Alegre nº 22 de 31 de maio de 2010, fl. 25, em virtude de atividade econômica vedada.

O ADE foi motivado pelo Parecer Fiscal de fis. 22/23 e pelo despacho dcso de fl. 24.

A contribuinte apresentou impugnação, à fl. 28, onde alega, em resumo que:

- O objeto da sociedade é a prestação de serviços de automação, manutenção e instalação elétrica, mecânica e eletrônica - CNAE 4321-5/00, registrada na JUCEMG desde 04/04/2006;
- A inserção de CNAE diferente deve ter ocorrido em função da mudança da tabela promovida pela RFB.

O contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade contra a sua exclusão do Simples, a qual foi julgada improcedente pela DRJ/JFA, conforme acórdão n. 09-31.997, de 20 de outubro de 2010 (e-fl. 42), que recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO. VEDAÇÃO.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que incidir em vedação expressa em lei.

Irresignado, o Recorrente apresenta seu Recurso Voluntário pugnando pela reforma da decisão recorrida, mediante os argumentos a seguir sintetizados.

Em preliminar, postula a declaração de nulidade do acórdão recorrido por cerceamento de seu direito de defesa, argumentando que “No r. acórdão recorrido (09-31.997) a DRJ/JFA acatou as razões da impugnação”, e que “...a DRJ/JFA manteve a exclusão do Simples Nacional, -não pelo fundamento do Ato Declaratório 22- mas por outro fundamento: (inciso XI do art. 17 da LC 123/2006) que não consta no Ato Declaratório.”

Quanto ao mérito, afirma que “...não realiza serviço intelectual da confecção de ‘sistema automático pelo qual os mecanismos controlam seu próprio funcionamento, quase sempre sem a interferência do homem’.”

Aduz que " ...conforme prova todos das notas fiscais de prestação de serviços em anexo, a recorrente nunca elaborou e/ou efetuou o serviço de confecção de serviço intelectual de confecção de 'sistema automático' que possa estar tipificado na vedação do inciso XI do art. 17 da Lei Complementar 123/2006" e que “...no máximo que a recorrente realiza na sua prestação de serviços e a instalação de equipamentos -comprados nas lojas de materiais elétricos.”

Sustenta que “...a instalação de equipamentos eletrônicos ‘temporizador; interruptores de horários; refletor com sensor; sensor de fumaça; programador de tempo; relé; e sensor de presença’ não está tipificado na vedação do inciso XI do art. 17 da LC 123/2006.”

Como forma de lastrear seus argumentos, apresenta, ainda, acórdãos de jurisprudências administrativa.

Ao final requer o provimento ao Recurso Voluntário e a reforma do acórdão recorrido, com a consequente anulação do Ato Declaratório Executivo ARF/POUSO ALEGRE n.º 22/2010.

É o Relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Aílton Neves da Silva, Relator.

Preliminar

Preliminarmente, o Recorrente sustenta que houve inovação de critério jurídico na análise do ADE ARF/POUSO ALEGRE n.º 22/2010 pela DRJ, ao argumento de que o acórdão recorrido manteve a exclusão do Simples por fundamento diverso do constante no referido ADE, caracterizando cerceamento de seu direito de defesa.

O fundamento jurídico e o fato gerador da exclusão do contribuinte do Simples constam do artigo 1º do ADE (destaques deste relator):

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de atividade econômica vedada (CNAE 7410-2-01 <Design>, CNAE 7490-1-05 <Agenciamento de profissionais para atividades esportivas, culturais e artísticas>, CNAE 7490-1/99 <Outras atividades profissionais, científicas e técnicas não especificadas anteriormente>), com fulcro no inciso XI do art. 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, no inciso XXII do art. 12 da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e na Resolução CGSN nº 06, de 18 de junho de 2007:

Nome Empresarial: IMA Instalação, Manutenção e Automação Ltda-ME

CNPJ: 01.717.491/0001-59

Já os fundamentos de fato e de direito adotados no julgamento da improcedência da Manifestação de Inconformidade constam do trecho seguinte extraído do acórdão recorrido (destaques deste relator):

(...)

Para solução da lide, transcreve-se a legislação pertinente: Lei Complementar 17/2003

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

XI-que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

§5º-B. Sem prejuízo do disposto no §1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:

IX- serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais;

Fica evidente que as atividades de manutenção e instalação elétrica, mecânica e eletrônica não impediriam o ingresso da contribuinte no Simples Nacional.

Entretanto, além dessas, consta do objetivo social da empresa, Segunda Alteração Contratual de fls. 34/37, a prestação de serviços de automação.

A definição de automação no Dicionário Aurélio é:

Sistema automático pelo qual os mecanismos controlam seu p, funcionamento, quase sem a interferência do homem.

Evidente que prestação de serviços de automação não se confunde com as atividades permitidas ao Simples Nacional, discriminadas no artigo 18, § 5º-B, inciso IX, da LC 123/2006 (instalação, reparos e manutenção), por depender de conhecimento de engenharia bem mais abrangente do que aquelas.

Assim, automação se encaixa no conceito de prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual de natureza técnica e científica que impede a opção pelo Simples Nacional, como determinado no inciso XI do artigo 17 da LC 173/2006, acima transcrito.

Do cotejo entre os fundamentos motivadores da exclusão constantes do ADE e os consignados no acórdão de Impugnação tem-se o seguinte quadro:

Tipo de Decisão Administrativa	Motivo da exclusão	Natureza jurídica da atividade que constituiu o fato gerador da exclusão	CNAE	Base Normativa
ADE ARF/POUSO ALEGRE n.º 22/2010	Exercício de atividade vedada	- Agenciamento de profissionais para atividade esportivas, culturais e artísticas. - Outras atividades profissionais, científicas não especificadas anteriormente	7410.2-01 7490.1-05 7490.1/99	-Inciso XI do artigo 5º da Resolução CGSN nº 15/2007; - Inciso XXII do artigo 12 da Resolução CGSN nº 04/2007; -Resolução CGSN nº 06/2007
Acórdão de Impugnação nº 09-31.997	Exercício de atividade vedada	- Prestação de serviços de automação	4321-5/00	- Inciso XI do artigo 17 e Inciso IX do §5º-B do art 18 da Lei Complementar nº 123/2006.

O quadro supra não deixa dúvida de que a decisão recorrida, tal como afirmado pelo Recorrente, utilizou-se de fundamentos de fato e de direito diversos dos consignados no ADE, modificando o critério jurídico da exclusão adotado no ato administrativo.

Tal procedimento contraria a legislação tributária vigente, mormente o artigo 146 do Código Tributário Nacional – CTN, que bem se amolda à questão *sub examine*:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo

sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

A jurisprudência deste CARF também é assente no sentido de não admitir que o órgão julgador de primeira instância altere o critério jurídico adotado anteriormente em ato produzido por autoridade administrativa que foi objeto de julgamento.

A propósito, o seguinte julgado:

Acórdão 1401.002.822 – 4ª Câmara – 1ª Turma Ordinária

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURIDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

NULIDADE. DECISÃO DA DRJ QUE INOVA NA FUNDAMENTAÇÃO.
É nula a decisão da DRJ que mantém a autuação com base em fundamento que não constou do auto de infração, por operar em cerceamento do direito de defesa da contribuinte.

AUTO DE INFRAÇÃO. ALTERAÇÃO PELA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN.

Não se afigura possível à autoridade julgadora de primeira instância alterar o fundamento do lançamento, adotando-se um novo critério, diverso daquele apontado pela autoridade fiscal no auto de infração.

Referida alteração configura mudança do critério jurídico, o que é vedado pelo artigo 146 do CTN, caracterizando inovação e aperfeiçoamento do lançamento.

Pelo exposto, nulo é o acórdão recorrido por ter acarretado cerceamento do direito de defesa do Recorrente, a teor do que dispõe o artigo 59 do decreto n.º 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º (...)

Assim, devem os autos retornar à instância de origem para novo julgamento do mérito da lide administrativa.

Nesse quadro, o provimento do recurso é medida que se impõe.

Dispositivo

Diante do exposto, acato a preliminar suscitada e declaro a nulidade da decisão recorrida, por alteração de critério jurídico no julgamento do ADE de exclusão, restando prejudicada a análise do mérito do presente recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva