



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

Processo n° 16151.000579/2007-00
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.579 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de setembro de 2018
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente TEC MONT MANUTENÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

NULIDADE. ARGUIÇÃO.

Não há que se cogitar de nulidade do ato de exclusão quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

A instância administrativa não é foro apropriado para discutir inconstitucionalidade de normas, pois qualquer discussão sobre constitucionalidade deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. ATIVIDADE. CONSTRUÇÃO CIVIL, SERVIÇOS INSTALAÇÃO E MONTAGEM.

A prestação de serviços de construção civil de pequena monta, manutenção, assistência técnica e instalação ou montagem em máquinas e equipamentos, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado.

Relatório

Adota-se o relatório do Acórdão nº **16-28.954 da 1ª Turma da DRJ/SP1** (fls. 94 a 112), com a complementação necessária em seguida:

Trata o presente processo, formalizado em 30/10/2007 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, de representação fiscal para exclusão do Simples (fls. 2 a 14).

2. Relata a Auditora Fiscal da Previdência Social autora do procedimento, em despacho exarado em 25/05/2000, que em ação fiscal desenvolvida junto à empresa em epígrafe constatou-se que a contribuinte presta serviços profissionais de montagem e manutenção de equipamentos industriais, atividade que encontra óbice no regime simplificado com supedâneo no art. 9., inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 (juntou-se aos autos cópias de Notas Fiscais (fls. 6 a 12) e Alteração de Contrato Social, de 29/04/1999 (fls. 13 e 14)).

3. Complementa que além das supracitadas atividades a interessada também se dedica à construção civil, conforme Notas Fiscais nºs 914, 916 e 922 acostadas aos autos (fls. 8, 9 e 12).

4. A retrocitada representação foi encaminhada pelo Instituto Nacional do Seguro Social/Gerência Executiva São Paulo-Santo Amaro à RFB (Delegacia da Receita Federal em Santo Amaro) em 26/05/2000, por meio do Ofício nº 21.404/84/2000 (fl. 1).

5. A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo emitiu o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 223, em 30/10/2007, para excluir a contribuinte do Simples com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002, pela atividade econômica vedada de montagem e manutenção de equipamentos industriais, bem como execução de obras civis (fl. 16 - a interessada optou pelo regime simplificado em 01/01/1999 - fls. 15 e 16).

6. A exclusão foi fundamentada nos artigos 3º, § 1º, 9º, inciso XIII, 13, inciso II, alínea "a", § 1º, § 3º, alínea "b", 14, inciso I, e 15, inciso II, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; art. 24, § 1º, inciso II, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006.

7. Consignou-se, ainda, no art. 2º do ADE em comento, que a exclusão surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317/1996, e suas alterações posteriores.

8. Cientificada do ato de exclusão em 19/11/2007 (fl. 17 - verso), a interessada, representada por procuradora (fls. 19, 20, 23, 24 e 29), apresentou manifestação de inconformidade ao ato de exclusão em 22/11/2007 (razões à fl. 25 e anexos às fls. 18 a 24). Alega, em síntese, que:

8.1. A recorrente recolhe tributos na rubrica do Simples desde 1999.

8.2. "Diante do exposto acima a empresa informa que quando solicitado pela Receita Federal do Brasil para que fosse alterado o objeto da empresa, para que a mesma mantivesse no simples o mesmo foi feito de imediato conforme contrato social alterado em 29 de abril de 1999 nº 237.084 alterando de: montagem e manutenção de equipamentos industriais para manutenção e instalação de máquinas."

8.3. "A vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado."

9. A Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I exarou, em 28/05/2010, o Acórdão nº 16-25.489, considerando nulo o ato de exclusão exarado pelo órgão de competência originária, tendo em vista ter sido prolatado por autoridade incompetente (Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil), nos termos do art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/2002, e do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 (fls. 34 a 39).

10. Registrou o órgão de julgamento que a Derat/SP deveria (art. 59, § 2º, do Decreto nº 70.235/1972):

10.1. Emitir novo ato de exclusão, por servidor competente, no caso Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), tendo em vista a nulidade do ADE à fl. 16, que deverá contemplar a análise de todos os argumentos expostos pela autoridade fiscal que formalizou a Representação para Exclusão do Simples, bem como a documentação completa acostada ao processo, na necessária profundidade, a fim de que não haja supressão de instância ou cerceamento de defesa da interessada.

10.2. Conceder novo prazo de 30 dias para apresentação de defesa pela contribuinte.

10.3. Retornar os autos a esta DRJ, no caso de apresentação tempestiva de contraditório ao novo ADE pela contribuinte.

11. Tendo retornado os autos ao órgão de origem, este emitiu, em 05/08/2010, o Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO/DIORT/EQPIR nº 44/2010 (11. 42), para excluir a contribuinte do Simples com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002, pela atividade econômica vedada de prestação de serviços profissionais de montagem e manutenção de equipamentos industriais e construção civil, com data de ocorrência em 07/12/1999 (fl. 42 - a interessada optou pelo regime simplificado em 01/01/1999 - fls. 15 e 42).

12. A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, inciso XIII, 12, 13, inciso II, alínea "a", 14, inciso I, 15, inciso II, § 3º, e 16, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; artigos 20, inciso XII, 21, 22, 23, § único, art. 24, inciso II, e 25 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006; artigos 192, inciso XIII, 193, 194, inciso II, alínea "a", e 196, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999.

13. Consignou-se, ainda, no art. 2º do ADE em comento, que a exclusão surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317/1996, e suas alterações posteriores.

14. Cientificada do ato de exclusão em 13/08/2010 (fl. 50), a interessada, representada por procuradores (fls. 29, 74, 75 e 76), apresentou manifestação de inconformidade ao ato de exclusão em 09/09/2010 (razões às fls. 52 a 73 e anexos às fls. 74 a 83). Alega, em síntese, que:

Do efeito suspensivo da manifestação de inconformidade.

14.1. Requer o recebimento da manifestação de inconformidade com efeito suspensivo, tendo em vista que o indeferimento da solicitação passará a gerar efeitos desde já, acarretando em dano irreparável para a contribuinte, uma vez que a retroatividade aplicada implica em torná-la inadimplente em tributos e obrigações acessórias desde 01/01/2002.

Do benefício da Lei nº 10.964/2004.

14.2. A empresa faz jus ao benefício instituído pela Lei nº 10.964/2004, com redação dada pela Lei nº 11.051/2004, particularmente no que se relaciona ao seu art. 4º, § 2º, sendo cabível a sua reinclusão no Simples Federal com efeitos retroativos (transcreve o art. 4º e parágrafos da Lei nº 10.964/2004, com redação dada pela Lei nº 11.051/2004, às fls. 56 e 57).

Do objeto social e legalidade de tributação pelo Simples.

14.3. A exclusão da recorrente do regime simplificado ocorreu, no entendimento da fiscalização, pela ocorrência de atividade indicada no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996 (transcreve o dispositivo legal à fl. 58).

14.4. "Contudo, à época da suposta infração, a atividade exercida pela empresa, tal qual consta da alteração de contrato social, registrada sob nº 237084, datada de 26/04/1999, item II passou a ser de manutenção e instalações industriais (doc. anexo)," (acostou documento às fls. 82 e 83).

14.5. Atualmente a contribuinte conta com o objeto social no ramo de serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura, carpintaria e outros em residências e estabelecimentos empresariais, inclusive obras de construção civil em geral, conforme cláusula primeira da 6ª Alteração Contratual (cláusula terceira do Contrato Social consolidado) registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) sob protocolo 287.033/07-7 (juntou documento às fls. 77 a 81).

14.6. A defendente foi excluída do Simples Federal, com efeitos retroativos, porque conforme constava de seu Contrato Social, tinha por objetivo a manutenção e instalação de máquinas industriais, sendo que, para a agente fiscalizadora, tais atividades são intrinsecamente relacionadas àquelas contidas no artigo 9º, inciso XIII da Lei 9.317/1996, eis que se caracterizam como atividades de cunho técnico, que necessitam de profissional legalmente habilitado para execução, no caso, engenheiro.

14.7. "Não é crível, nem um pouco, que se presuma a efetiva prestação, entenda-se execução, de serviços técnicos por engenheiro habilitado, tampouco a instalação e manutenção de máquinas. A vedação contida no artigo 9º, inciso XIII da

Lei 9.317/96 cinge-se ao exercício de atividade de engenharia em si, pois, como notório a todos, a exclusão teve por fim atingir aos profissionais liberais, restrição, inconstitucional, diga-se, que persiste até hoje."

14.8. "A interpretação da Lei tributária se faz restritiva, ou melhor dizendo, declaratória, quando se trata de dispositivo legal de exceção, haja vista que a lei tributária norteia-se pelo princípio da legalidade e tipicidade. Desta feita, o contido no artigo 9º, inciso XIII deve ser interpretado de maneira restritiva, ou seja, o rol ali indicado deve ser exaustivo, pois eventual emprego do mesmo de maneira extensiva, causará incidência de tributo sem a respectiva previsão legal, princípio este contido no artigo 150, inciso I da Constituição Federal " (transcreve o dispositivo legal à fl. 59).

14.9. "Raciocínio idêntico deve ser aplicado ao emprego de analogia, também ocorrido *in casu*, eis que acarreta em exigência de tributo sem que haja a respectiva disposição legal, nos termos do artigo 108, § 1º, do Código Tributário Nacional:" (transcreve o dispositivo legal à fl. 59).

14.10. "Não podemos ainda olvidar da Tipicidade em matéria tributária. No Direito Tributário, a tipificação nada mais é do que a atividade legislativa de formação do tipo, em busca de sua tipicidade. A tipicidade, princípio que é, também se aplica na esfera tributária, sendo que, por tal princípio, somente haverá incidência de determinado tributo caso sua configuração corresponda à exata hipótese legal. Neste sentido, vejamos o que dispõe Lutero Xavier Assunção, em sua já mencionada obra:" (transcreve doutrina às fls. 59 e 60).

14.11. "Ora, é necessária muita candura e inocência para sofismar o dispositivo legal em comento, ao ponto de entendê-lo como aplicável à atividade desenvolvida pela Impugnante, pois a realidade social do país é completamente diversa de tal entendimento. Ou alguém, em sã consciência, acredita piamente que a instalação e manutenção de aparelhos industriais é atividade exercida e praticada por engenheiro? Por óbvio que não!"

14.12. Oportuno salientar que este é o entendimento dos Tribunais, (transcreve julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região às fls. 60 e 61).

14.13. Saliente-se, ainda, o que resultou definido na ADIN nº 1.643, de que foi Relator o Ministro Maurício Corrêa: (transcreve parte da decisão exarada na referida ADIN à fl. 62).

14.14. À guisa de comparação, veja-se algumas decisões que entendem pela legalidade do recolhimento de tributos na sistemática do Simples por empresa que explora a atividade de instalação e manutenção: (transcreve julgados do Poder Judiciário às fls. 62 a 64). Da nulidade do ADE nº 223/2007 e conseqüente nulidade do ADE nº 44/2010.

14.15. "Uma vez anulado o ato administrativo, como conseqüência imediata, os atos praticados estão inválidos, pois os efeitos da nulidade retroagem às suas origens. O ato nulo não gera obrigações, não produz efeitos e não admite convalidação, sendo que o reconhecimento administrativo ou judicial da nulidade produz efeitos a partir da edição do ato, como se este nunca houvesse existido no mundo fenomênico."

14.16. "Uma vez que o ato administrativo ofende a lei, é lógico afirmarmos que a invalidação opera efeitos *ex tunc*, retroagindo à origem do ato."

14.17. "Assim, uma vez declarado NULO o ADE 223/07, que excluía a Impugnante do regime simplificado de tributação, é o mesmo que dizer que esta nunca deixou de ser tributada por tal regime."

14.18. "Portanto, desde a opção pelo regime, até a data atual, a apuração e os recolhimentos tributários realizados nesta sistemática devem ser válidos, não podendo agora, passados 10 (dez) anos da representação fiscal, ter a Impugnante contra si um ato declaratório de exclusão de algo já atingido pela decadência."

14.19. "Menos ainda há que se falar em retroatividade da exclusão, ainda mais a partir de 01/01/2002, tendo em vista que o ADE 223/2007, que determinava a exclusão retroativa até tal data levando em conta a prescrição quinquenal dos tributos que iriam sobrevir, fora declarado NULO, não surtindo qualquer efeito para a Impugnante."

14.20. "Tendo em vista a **NULIDADE** do ADE 223/2007, além do efeito *ex tunc* inexoravelmente aplicado, *a pari* não poderá ser tido como interrompida a prescrição do crédito tributário, muito menos o prazo decadencial, certamente ocorrido."

14.21. "Assim já se manifestou o Colegiado Administrativo:" (transcreve à fl. 66 ementa do Acórdão 12-28.039, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro-I em 12/01/2010).

14.22. "A solução contida no Acórdão, qual seja, a determinação de expedição de novo ato declaratório, agora por autoridade competente, é totalmente ilícita, uma vez que o novo ato se destina a atingir situação pretérita, não aperfeiçoada tempestivamente por culpa exclusiva da administração, que se quedou inerte por anos à fio."

14.23. "Admitir que o ADE 44/2010 viabilize a exclusão da Impugnante do Simples Federal a partir de 01/01/2002, ou seja, retroagindo 08 (oito) anos, além de afrontar prazos de decadência e prescrição, caracterizando ofensa à Lei Federal, implica em tornar eficaz um ato NULO, uma vez que o ADE 44/2010 fora expedido em substituição ao ADE 223/07, já considerado NULO pela DRJ."

14.24. "Não obstante a ingerência praticada pelo agente fiscal é de se salientar que os atos administrativos seguem o princípio da motivação, conforme nos lecionada com propriedade o e. jurista Hely Lopes Meirelles, em sua consagrada obra "Direito Administrativo Brasileiro, 32. Ed., fls. 100/101:"(transcreve doutrina do referido autor às fls. 67 e 68).

14.24. "Antes mesmo que o Ato Declaratório venha a ser classificado como um ato administrativo discricionário, em que pese seja incontestável que se trate de ato administrativo vinculado, no intento de evitar a aplicação do princípio da motivação ao mesmo, vejamos o que leciona o já mencionado jurista, na mesma obra:" (transcreve doutrina do referido autor à fl. 68).

14.25. "Neste sentido, merece o ADE 44/2010 sorte idêntica ao ADE 223/07, devendo sua nulidade ser declarada de imediato, impedindo que a Impugnante seja excluída do Simples Federal, bem como, afaste os efeitos de tal exclusão."

Da revogação da Lei nº 9.317/1996 pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

14.26. "Com a edição e publicação da Lei Complementar 123/06, houve a revogação expressa da Lei 9.317/96, conforme o artigo 89 da Lei Complementar mencionada, ampliando a abrangência do regime simplificado de tributação, que

deixou de ser aplicado somente na esfera Federal para se tomar aplicável nacionalmente, englobando também tributos estaduais e municipais."

14.27. "A LC 123/06 manteve os limites pecuniários de arrecadação para a configuração da condição de microempresa e empresa de pequeno porte, alterando, contudo, as vedações impostas pela legislação anterior."

14.28. "São visíveis e nítidas as alterações legislativas a fim de sanar as constantes impropriedades que acometiam a sistemática do Simples Federal, até mesmo em exercício de reconhecimento de que as vedações, da maneira como interpretadas, se tratavam de flagrante ilicitudes uma vez que tratavam desigualmente contribuintes em mesma situação, o que é vedado pela Constituição Federal." (transcreve o art. 150, inciso II, da Constituição Federal/1988 à 11. 71).

14.29. "Ademais, tendo em vista a revogação da Lei 9.317/96, nos termos do artigo 89 da LC 123/06, aquela somente vigorou até o final do ano de 2006, sendo que, após tal data, vigorou a redação do Artigo 18, § 5º-C, contemplando as obras construção civil, inclusive as qualificadas como obras de engenharia em geral, esclarecendo que a atividade de construção civil nunca foi proibitiva para empresas enquadradas no simples nacional, uma vez que a Lei 9.317/96 não proibia expressamente, vale dizer, permitia, situação agora pacificada com a declaração expressa contida no dispositivo legal da LC mencionada."

14.30. "Frise-se, ainda, que, com a revogação da Lei 9.317/96 a partir de 01/01/2007, a pretensa retroatividade da exclusão da Impugnante não poderia atingir atos pretéritos desde 01/01/2002, posto que o ADE 44/2010 fora lavrado em 05/08/2010, podendo retroagir tão somente os últimos cinco anos, o que implica em dizer que poderia, tão somente por argumentação, surtir efeitos a partir de 01/08/2005 até 31/12/2006, quando findou o vigor da Lei 9.317/96."

14.3 1. "A par do que foi asseverado acima é cediço que a norma brasileira é de cunho principiológico e, assim sendo, para o presente caso, é indispensável, sob pena de nulidade, que se aplique o princípio da razoabilidade." (Transcreve doutrina de Lutero Xavier Assunção e Celso Antonio Bandeira de Melo às fls. 72 e 73).

14.32. "Assim sendo, o ADE 44/2010 deve ser declarado **NULO** por insubsistência por erro material, uma vez que declara a exclusão da Impugnante em período superior àquele passível de alcance, em virtude da prescrição."

Do pedido.

14.33. Requer que a presente manifestação de inconformidade seja recebida no efeito suspensivo, impedindo que a exclusão da recorrente do Simples Federal surta efeito imediato.

14.34. "Seja a Impugnante reconduzida retroativamente à contemplação da sistemática do Simples Federal, nos termos do beneplácito contido no § 2º do artigo 4º da Lei 10.964/04;"

14.35. Pugna que seja considerada procedente a defesa apresentada, com a declaração de nulidade do ADE nº 44/2010 em razão das questões de fato e de direito apresentadas.

Por essa decisão foi mantida a exclusão. A ementa está assim redigida:

NULIDADE. ARGUIÇÃO.

Não há que se cogitar de nulidade do ato de exclusão quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

A instância administrativa não é foro apropriado para discutir inconstitucionalidade de normas, pois qualquer discussão sobre constitucionalidade deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

As pessoas jurídicas que prestam serviços de manutenção, instalações industriais e construção civil estão impedidas de optar pelo Simples, pois tais atividades caracterizam prestação de serviços profissionais de engenheiro ou assemelhados.

LEI N° 10.694/2004 C/C LEI N° 11.051/2004. INAPLICABILIDADE.

A prestação de serviços de manutenção, instalações industriais e construção civil não foi excluída da vedação ao regime simplificado com o advento da Lei n° 10.694/2004 c/c Lei n° 11.051/2004.

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 n° 9.317/1996.

EFEITOS DA EXCLUSÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA.

A pessoa jurídica que optou pelo Simples em 01/01/1999 e foi excluída por atividade econômica vedada em 2010, tem o efeito da exclusão retroagido para 01/01/2002, na hipótese de situação excludente ocorrida em 07/12/1999.

No recurso voluntário são repisadas as mesmas razões veiculadas na impugnação nos tópicos "II.2 - DO BENEFÍCIO DA LEI 10.964/04", " II.3 - DO OBJETO SOCIAL E LEGALIDADE DE TRIBUTAÇÃO PELO SIMPLES", "III.4 - DA NULIDADE DO ADE 223/07 E CONSEQUENTE NULIDADE DO ADE" e "III.5 - DA REVOGAÇÃO DA LEI 9.317/96 PELA LEI COMPLEMENTAR 123/06", acrescentando-se:

- quanto à aplicação do disposto no artigo 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, "pouco importa o nome, Analogia, interpretação analógica ou qualquer outra sinonímia, o fato é que, além do que a lei determina expressamente, é um mundo inabitável para a administração pública. Veja que tal posição é fielmente adotada pela Administração na própria decisão, quando instada a versar sobre determinados pontos da defesa. Ora, ou é aplicável, ou não é, não se sujeitando à conveniência, dada a impessoalidade como princípio administrativo";

- no que tange às decisões colacionadas, "... é equivocado e sofismático o entendimento indicado na decisão em recurso, de que decisões judiciais, ou mesmo decisões administrativas, de nada valem fora daqueles que litigaram, eis que, como sabido, a jurisprudência é, ontologicamente, fonte secundária de revelação da licitude. Portanto, só não se aplica por mera deliberação do agente, novamente distante dos princípios norteadores da administração pública";

- relativamente à nulidade do ADE, "... como se trata de ato lavrado por pessoa incompetente, é sim nulo. Ora, se é nulo, nunca surtiu efeitos, inclusive quanto à interrupção de prazos prescricionais. Se nunca existiu, fluíu, identicamente, o prazo decadencial, contados do fato, ocorrido em 1999, certamente inatingível agora em 2012".

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Relator.

Admissibilidade.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se conhecer.

Nulidade.

A recorrente alega a nulidade do ADE nº 44/2010 em face de o anterior ADE nº 223/07, considerado nulo pela decisão de primeira instância, não poder ser convalidado por um ato posterior e, ainda, porque já havia decorrido prazo superior a cinco anos desde a suposta infração, qual seja, a prestação de serviços enquadrados em dispositivo de vedação à opção pelo Simples.

Por primeiro, em que pese toda a argumentação e, ainda, a doutrina colacionada, o fato de o primeiro ADE ter sido declarado nulo não determina a nulidade do segundo. Há que se verificar, quanto a este último, se, quando de sua emissão, foram observados os requisitos legais para a sua expedição.

Além da questão da decadência/prescrição, não foram apontados vícios que maculem tal ADE, pelo que, do ponto de vista formal, nulidade não há.

No que tange ao prazo decorrido entre a contribuinte ter incorrido na atividade vedada e a emissão do ADE, também não se vislumbra motivação para a declaração de nulidade.

O motivo para a exclusão da recorrente do Simples é esta ter entre suas atividades a prestação de serviços que, segundo a Auditora-Fiscal que promoveu a representação fiscal, demandariam a intervenção de profissional especializado, no caso, o engenheiro.

Ainda, pelo que consta dos autos, tais atividades continuaram a ser exercidas durante o tempo em que promovida a fiscalização (ano de 2000) e a emissão do ADE nº 44/2010.

Nesse caso, não se vislumbra também motivo para a decretação da nulidade do citado ADE. As atividades se protraíram no tempo e o efeito retroativo do ADE não podia deixar de ser determinado como ocorreu: desde que constatada a atividade vedada.

Por óbvio, eventuais lançamentos tributários decorrentes dessa exclusão só poderiam ser efetuados observando-se os prazos decadenciais previstos no Código Tributário Nacional. Neste processo, no entanto, só está em julgamento a exclusão do Simples.

Não deve ser acatada, pois, a preliminar arguida.

Mérito.

Na representação para a exclusão do Simples, assim se pronunciou a Auditora-Fiscal (fls. 3 a 5):

II – DA SITUAÇÃO DE VEDAÇÃO/EXCLUSÃO CONSTATADA

a empresa presta serviços profissionais de MONTAGEM e MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS previstos no inciso XIII do Art. 9º da Lei nº9.317;

VI - DAS OBSERVAÇÕES

(Caso necessário, o AFPS deverá descrever, de forma precisa e circunstanciada, os fatos e razões da exclusão da empresa do SIMPLES):

As atividades da empresa, não são compatíveis com sua opção pelo SIMPLES. Além de montagem e manutenção de equipamentos industriais possui atividades de construção civil conforme NFiscal 914, 916 e 920 com cópias em anexo

Dispunha o inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996:

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; (Destaque acrescido)*

A questão que se coloca é: as atividades exercidas pela recorrente demandam a atuação direta ou mesmo a supervisão de um engenheiro?

Essa questão já foi muito discutida no âmbito do Processo Administrativo Fiscal (PAF), tendo sido emitida a Súmula CARF nº 57, abaixo transcrita:

Súmula CARF nº 57: A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos, bem como os serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento de metais, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES Federal.

Na representação fiscal, como visto, entendeu a Auditora que a recorrente, além das atividades mencionadas na súmula acima transcrita, também exerce as de montagem de máquinas e equipamentos e a construção civil.

Quanto a essa última, baseia-se a representação em três Notas Fiscais (cópias às fls. 9, 10 e 13.

Nessas notas, a discriminação dos serviços prestados é a seguinte:

- a) serviço de mão-de-obra na construção de um piso, no valor de R\$ 1.216,00;
- b) serviço de mão-de-obra referente à parte elétrica do salão, no valor de R\$ 864,00;
- c) serviço de mão-de-obra reforma de laboratório, no valor de R\$ 2.250,00.

Em que pese o zelo da Auditora-Fiscal que subscreveu a representação, tanto pelo serviço prestado, quanto pelo valor destes, não se pode afirmar, ou mesmo presumir, que a havia a necessidade da intervenção de um engenheiro para a sua realização, pelo que não incide o dispositivo indicado (Lei nº 9.317/1996, artigo 9º, inciso XIII).

No que tange às atividades de montagem e manutenção de equipamentos industriais, por certo que, quanto à manutenção, ela está incluída no conteúdo da súmula, sendo portanto uma atividade que não vedava a opção pelo Simples.

Relativamente à montagem, o termo em si não consta do conteúdo da súmula. No entanto, está incluída a instalação.

Consultando-se a lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, que trata do Imposto sobre Serviços (ISS), encontra-se:

*7 – Serviços relativos a **engenharia**, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, **manutenção**, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.*

[...]

*7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a **instalação e montagem de produtos**, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de*

serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

[...]

14 – Serviços relativos a bens de terceiros.

[...]

*14.06 – **Instalação e montagem** de aparelhos, máquinas e equipamentos, inclusive montagem industrial, prestados ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido. (Destques acrescidos)*

Neste item 14 incluem-se, ainda, serviços de encadernação, alfaiataria, serralheira, tapeçaria, carpintaria e outros que não demandam a intervenção de profissional habilitado nos termos do artigo 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/1996.

Denota-se que, montagem e instalação têm uma correlação íntima, tanto que estão mencionadas no item 7.02, quanto no 14.06 da Lei Complementar nº 116/2003, conforme acima transcrito.

Verifica-se, pois, que tanto uma como a outra podem demandar mão-de-obra mais ou menos especializada e até a de um profissional habilitado como engenheiro. Contudo, no caso concreto, vê-se que os serviços prestados, pela descrição constante nas Notas Fiscais trazidas aos autos pela Auditora responsável pela representação, são de manutenção e pequenas reformas, enquadrando-se no item 14.06 da lista de serviços.

Conclusão.

Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE provimento, declarando insubsistente o ADE nº 44/2010.

(assinado digitalmente)

Paulo Cezar Fernandes de Aguiar