



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

Processo n° 19647.007283/2006-47
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1103-000.784 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de novembro de 2012
Matéria SIMPLES FEDERAL
Recorrente BAOBBA PROMOÇÕES & PUBLICIDADE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

Ementa

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL - MONTAGEM E INSTALAÇÃO DE PALCOS E ESTRUTURAS - LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL

Dos elementos constantes nos autos se extrai a conclusão de que a montagem e instalação de estruturas e palcos, que demandam serviços de engenheiro (inclusive pela responsabilidade civil decorrente), não informam meros atos preparatórios ou antecedentes da locação de palcos e estruturas. Há, também, “customização” das estruturas e palcos para serem postos à disposição da contratante. No caso vertente, a montagem e instalação de palcos e estruturas versam atividade concorrente com a de locação de bens móveis, não sendo mera atividade-meio. Por demandar serviços de engenheiro, há concreção de hipótese legal vedada para o Simples federal.

RETROATIVIDADE INJURÍDICA - INÍCIO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO

O início dos efeitos da exclusão do regime simplificado, previsto no diploma infralegal posterior ao ano da geração dos efeitos da exclusão, não discrepa do prescrito nas normas legais vigentes àquele tempo, no que concerne ao pressuposto fático de exclusão em dissídio. Inexistência de retroatividade injurídica:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Processo nº 19647.007283/2006-47
Acórdão n.º **1103-000.784**

S1-C1T3
Fl. 235

(assinado digitalmente)

Mário Sérgio Fernandes Barroso – Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Andrada Márcio Canuto Natal, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Hugo Correia Sotero e Mário Sérgio Fernandes Barroso.

Relatório

DO LANÇAMENTO

O presente processo tem origem no Ato Declaratório Executivo 52, de 17/5/2007, fl. 27, expedido pela DRF de Recife, que excluiu a recorrente do regime do Simples Federal, produzindo efeitos a partir de 1/1/2005.

A exclusão se deu pelo exercício de atividade econômica vedada, qual seja, prestação de serviços de engenharia, contrariando as previsões dos arts. 9º, XIII, da Lei 9.317/06 e 20, XII, da IN SRF 608/06.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada em 12/6/2007 e inconformada com o Ato Declaratório Executivo, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade, em 7/7/2007, de fls. 24 a 32, alegando, resumidamente, o que segue.

Afirmou que, apesar da amplitude de seu objeto social, atua exclusivamente na locação de bens móveis e equipamentos para instalação de palcos e estruturas de uso temporário, conforme procurou comprovar através de documentos anexos.

Alegou estar eivado de nulidade o Ato Declaratório Executivo pelo fato de ser inadequada sua fundamentação legal motivadora, realizada de modo genérico, não especificando com clareza e exatidão quais dispositivos legais teriam sido violados.

Asseverou não praticar nenhuma das atividades previstas nos dois artigos invocados pela fiscalização como fundamentação legal para sua exclusão do Simples – art. 9º, XII, da Lei 9.317/96, e art. 20, XII, da IN SRF 608/06 – de forma a não contrariar a norma proibitiva. De sorte que o serviço de montagem e desmontagem das estruturas somente é realizado quando solicitado pelo locador.

Argumentou ainda que os arts. 23, I, e 24, II, da IN SRF 608/06, utilizados para justificar o momento a partir do qual surtiu efeito sua exclusão do regime do Simples Federal, não poderia imputar retroatividade prejudicial a ela, em virtude de se tratar de norma infralegal. Não seria possível, ainda, porque o art. 106 do CTN (*status* de Lei Complementar) somente possibilita retroatividade benéfica.

Nesse sentido, admitida a validade do referido ato declaratório, somente seria possível gerar efeitos a partir da norma que o fundamentou, ou seja, a Instrução Normativa 608/06, em observância do princípio constitucional da irretroatividade da norma tributária.

Invocou a proteção prevista pelo art. 151, III, do CTN, para que fosse concedido efeito suspensivo ao presente recurso e que se resguarde de proteção jurídica suficiente para não ser inscrita na dívida ativa até a ocorrência de decisão final na esfera administrativa do município.

Requeru, ainda, e por fim, a declaração da nulidade do Ato Declaratório Executivo 52/07 da DRF de Recife que a exclui do regime do Simples Federal.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 28/3/2008, acordaram os membros da 4ª Turma de Julgamento da DRJ de Recife, por unanimidade de votos, indeferir a solicitação da interessada, de acordo com o entendimento que segue.

Apesar das alegações feitas pela recorrente, a nota de empenho emitida em razão dos eventos promovidos para a Fundação de Cultura da Cidade de Recife (FCCR) ensejou a emissão da nota fiscal número 1023, que no campo de especificação mencionou atividades de “montagem e desmontagem de palcos”.

Afirmou que as referidas atividades são consideradas atividades de construção civil, de forma a exigir habilitação profissional para ser exercida – de engenheiro ou técnico de nível médio – caracterizando o enquadramento à vedação prevista pelo art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96.

Garantiu não poder prosperar o pedido de nulidade do Ato Declaratório 52/07 com base na autorização do CTN à retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte, tendo em vista que o art. 20, XII, da IN 608/06 reproduz literalmente a matriz legal contida no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, que estava em vigor na ocasião do exercício de atividade vedada.

Por fim, acrescentou que a atividade de “serviços de engenharia de montagem de estrutura para eventos” foi corretamente descrita no ADE 52/07 e se enquadra perfeitamente no fato hipotético proibitivo para opção pelo regime simplificado.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada do Ato Declaratório Executivo, a recorrente interpôs recurso voluntário em 2/2/2009, reiterando o que alegado em sede de manifestação de inconformidade e acrescentando, em síntese, o que segue.

Apresentou entendimento proferido pelo TJ/PE quanto à apelação cível promovida por ela própria em face do município de Recife nos autos do processo 001.2003.035444-8, objetivando o afastamento da incidência do ISS sobre a locação de palcos e estruturas de uso temporário.

A ementa, colacionada em nota de rodapé à fl. 117, teria o fito de evidenciar o afastamento da obrigação de recolher ISS sobre as atividades de “cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário”. O entendimento do referido tribunal foi de que instalação e montagem são apenas fase anterior e necessária à disponibilização em condições de uso das estruturas supramencionadas, de modo que deveria prevalecer o “objeto nuclear do negócio jurídico”: a locação.

Processo nº 19647.007283/2006-47
Acórdão n.º **1103-000.784**

S1-C1T3
Fl. 238

Nesse sentido, o entendimento do TJ/PE foi de que a atividade executada pela recorrente é puramente de locação de bens móveis, não possuindo natureza de serviço e, muito menos, de serviço de engenharia.

No mesmo sentido, julgado do antigo Conselho de Contribuintes, processo 10680.006176/2002-97, de que não se deve confundir contrato principal, cujo negócio jurídico é pretendido pelas partes, com os atos preparatórios daquilo que realmente se almeja.

Ademais, ainda que serviço de engenharia fosse, a Lei Complementar 123/06 possibilitou a inclusão desses serviços no rol de atividades do Simples, juntando-se à previsão do art. 106, II, “a” e ”b”, do CTN, que permite a retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte.

Apresentou julgados favoráveis à possibilidade de retroatividade de lei nova com base no art. 106 do CTN.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Takata

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade (fls. 108 e 111). Dele, pois, conheço.

Princípio com o exame da preliminar de nulidade.

Em análise criteriosa, em que pese tal questão não ter sido arguida pela recorrente, atento para o equívoco cometido no Ato Declaratório Executivo 52/07 emitido pela DRF/PE, da 4ª Região Fiscal (fl. 21), que afirmou ter havido prática de atividade vedada pela lei que regulamentou o regime do Simples Federal, por entender ser matéria reconhecível de ofício. A declaração de exclusão do regime foi embasada no art. 9º, XII, da Lei 9.317/96, quando, na verdade, o correto seria a utilização do art. 9º, XIII, da mesma lei.

Por diversas vezes já me manifestei que o mero erro na capitulação legal não é causa de nulidade. Fundamental é o *motivo* do lançamento. A *ausência desse* ou o *erro* ou *equívoco* do motivo fulmina o lançamento por vício substancial, ainda que a capitulação legal se encontre correta. Não é o que se dá no caso vertente, inclusive, pela expressa remissão à prestação de serviços de engenharia de montagem de estrutura para eventos.

Passo à alegação de nulidade da recorrente.

A esse respeito invocou ausência de precisa indicação do dispositivo legal no Ato Declaratório Executivo 52/07. A indicação feita pela autoridade fiscal teria sido genérica, sendo levado em consideração que o inciso XII do art. 9º da Lei 9.317/96 possui cinco alíneas contendo atividades diversas, ensejando dúvida sobre qual teria sido a atividade praticada pela recorrente e vedada pela legislação.

Conforme restou claro nas manifestações acima, o inciso correto para descrição do fato que sustentou a exclusão do regime do Simples Federal é o inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96, que traz em sua redação a vedação à opção do Simples às empresas que têm como atividade, dentre todas expressas, a prestação de serviços realizados por engenheiro. E há expressa referência à prestação de serviços de engenharia de montagem de estrutura para eventos – motivo do ato excludente.

Em tais termos, rejeito a preliminar de nulidade do ato administrativo.

Passo ao mérito.

A questão central é se a recorrente desenvolvia atividade de engenharia, precisamente, serviços de engenharia de montagem de estrutura para eventos (atividade vedada pelo Simples federal, extinto em 1º/7/07, conforme o art. 89 da Lei Complementar 123/06), ou locação de estruturas para eventos, como articulado pela recorrente.

Eis a dicção do art. 9º, VIII, da Lei 9.317/96:

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; (não destacado no original)

Em sua defesa, a recorrente alegou ter havido violação do princípio da legalidade, argumentando que, muito embora possua objeto social com grande amplitude de atividades, atua exclusivamente na área de locação de bens móveis.

Entretanto, nas fls. 136 a 138, há a quarta alteração do contrato social da recorrente, com protocolo na JUCEPE em 10/06/04, com a delimita de seu objeto social da seguinte forma:

“Cláusula 3º - OBJETO SOCIAL

A sociedade tem pôr objetivo as prestações dos serviços de engenharia para montagens de infra estrutura de eventos, elaboração de projetos e execução de palcos, tablados, camarotes, arquibancadas, sanitários, tendas, escoramentos e correlatas, produções de eventos, artísticos e vídeo, alugueis de telões, equipamentos de som, luz cênicas, carros de som e trios elétricos, gravações e produções de CDs e mais reformas, colocação de esquadrias em alumínio, restauração de fachadas, ambientação e reformas de teatros e auditório, projetos de iluminação e sonorização;” (não destacado no original)

Conforme o art. 565 do Código Civil de 2002:

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Não há dúvida de que a locação implica uma obrigação de dar. É empréstimo de bem infungível ou de bem infungibilizado a título oneroso, e a contraprestação recebe o rótulo de aluguel. Quando o bem é imaterial, costuma-se designar o empréstimo como cessão de uso e gozo, e sua remuneração é conhecida ordinariamente como *royalty*.

Bem verdade que, *em regra*, se as atividades desenvolvidas são para *benefício próprio*, elas são apenas *etapa antecedente* ou *procedente* do dever ou obrigação consequente ao negócio jurídico. Em regra, aí as atividades desenvolvidas que podem consistir num *facere* são apenas *atos preparatórios* do cumprimento da obrigação nascida com o negócio jurídico (de ordinário, contrato) – ou atos posteriores a esse cumprimento.

São as chamadas *atividades-meio*, em contraposição às *atividades-fim*, conteúdo da obrigação contratada.

Também, *em regra*, se os bens móveis a serem montados ou instalados são de *propriedade ou posse da pessoa contratada* há *locação dos bens*, e *não atividade de montagem e instalação* (prestação de serviços).

Entretanto, o que se nota aqui, inclusive pela descrição do objeto social da recorrente, é a “customização” de estruturas e palcos para serem postos à disposição da contratante.

Faço aqui um paralelismo, ainda que imperfeito, entre as chamadas cessões de uso (ou de propriedade) de *softwares* de “prateleira” e *softwares* encomendados ou “customizados”. Naquelas há incidência de ICMS, ao passo que nessas, a de ISS, como pacificado pelo STJ e pelo STF.

Não me parece que a atividade de montagem e instalação de estruturas e palcos sejam, *no caso*, meros atos preparatórios de uma atividade fim. A “customização” com o relevo que ganham a montagem e a instalação de estruturas e palcos, e que requerem serviço de engenheiro (inclusive pela responsabilidade civil decorrente das montagens e instalações), está a indicar que a referida atividade é *concorrente* à de locação dos bens.

Aliás, a recorrente afirma, na fl. 117, que a montagem é feita de acordo com a conveniência da locatária.

Ora, ou os serviços são etapa antecedente e necessária da locação, mero ato preparatório da atividade fim, ou são prestados *para e segundo* a conveniência da locatária.

Por outro lado, em nenhum momento a recorrente disse que os atos de montagem e instalação de palcos e estruturas dispensa atividade de engenharia.

O relatório do acórdão nº 1402-00.502, proferido nos autos do processo 13951.000320/2005-85 pela 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF, nos traz exemplo de documento juntado pela recorrente com o fito de excluir a necessidade de profissional qualificado para o exercício de sua atividade:

A empresa apresentou impugnação com a alegação de que efetuou consulta formal ao CREA-PR e obteve resposta de que não necessitaria de registro no CREA para exercer as atividades constantes de cláusula segunda de seu contrato social. As fls. 12 consta correspondência dirigida ao Delegado da DRJ, onde pede que fosse anexado ao processo cópia do ofício do CREA-PR, de junho de 2005, no qual consta o seguinte:

“Oficie-se o interessado esclarecendo que para exercer as atividades constantes da cláusula segunda do contrato social da empresa ‘bombas e carneiros hidráulicos’, a empresa não necessita registro no CREA, considerando que a atividade em questão não está regulamentada até a presente data através de Deliberação Normativa.”

Nesse passo, não há subsídio para convencimento no sentido da prescindibilidade de serviços de engenharia, no exercício da atividade da recorrente. Uniu-se a esse fator a admissão proferida pela recorrente na cláusula 4ª de seu estatuto social.

De outra parte, importa anotar que o acórdão prolatado pela 8ª Câmara Cível do TJ de Pernambuco, favorável à recorrente, versa sobre a ação declaratória por ela intentada, e não à anulatória da pretensão fiscal municipal. Esclareço.

É dito expressamente no voto do i. Desembargador relator que, no caso, não se examina naquele tribunal *ad quem* as atividades concretamente desenvolvidas pela recorrente e que resultaram na pretensão fiscal. O exame se dá sobre uma das atividades constantes em seu objeto social, assim, a “cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário”. Isso, para reconhecer que tal atividade é de locação de bens móveis, e não de prestação de serviços. E não se tem notícia de que a ação tenha transitado em julgado.

À vista de tais considerações, nego provimento ao recurso quanto essa questão.

Argui a recorrente retroatividade injurídica cometida pelo ato de exclusão, ao se fundar no art. 23, I c/c o art. 24, II, da IN SRF 608/06, impondo os efeitos da exclusão a partir de 1º/01/05.

Art. 23. 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 art. 22, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

(...)

II - a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIII e XVI a XVIII do art. 20¹;

Os preceitos infralegais contidos nos citados dispositivos, no que concerne ao pressuposto fático de exclusão em dissídio, não discrepam das normas legais anteriores a 2004 - os arts. 14, I e 15, II, da Lei 9.317/96, com as alterações da Lei 9.732/98:

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 II² e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

¹ Art. 20. Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

XII - 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;

² Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

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)

Não há, pois, a retroação ilegal alegada pela recorrente.

Sob essa ordem de considerações e juízo, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 8 de novembro de 2012

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator

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



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por MARCOS SHIGUEO TAKATA em 27/11/2012 22:13:08.

Documento autenticado digitalmente por MARCOS SHIGUEO TAKATA em 27/11/2012.

Documento assinado digitalmente por: MARIO SERGIO FERNANDES BARROSO em 28/11/2012 e MARCOS SHIGUEO TAKATA em 27/11/2012.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 10/07/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP10.0719.09137.EIPU

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

031EBA65A0E78E1B96E534C860D742C46C5EF1C7