MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	10280.000398/2003-90
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9101-00872 – 1ª Turma**
Sessão de	22/02/2011
Matéria	Simples - exclusão
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	DIMENSÃO IND E COM LTDA

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

Exercício: 2002

Ementa: Configurada a prestação de serviços de metalurgia, os quais não exigem conhecimento profissional de nível técnico ou superior, não subsiste a exclusão do Simples por motivo de atividade vedada, equivalente a serviços de engenharia.

Na fase de recurso especial está preclusa a possibilidade de apresentação de prova nos autos.

Ultrapassado o limite de receita bruta para enquadramento como microempresa, o contribuinte deve ser excluído da sistemática do Simples nessa qualidade no ano calendário subsequente, podendo optar pelo enquadramento como empresa de pequeno porte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para manter a exclusão do enquadramento como microempresa no ano calendário de 2002, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Antônio Carlos Guidoni Filho. Votaram pelas conclusões os conselheiros Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Karem Jureidini Dias, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffmann.

(assinado digitalmente)

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Caio Marcos Cândido - Presidente.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Marcos Cândido, Francisco Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Leonardo de Andrade Couto, Karem Jureidini Dias, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antônio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffmann.

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Relatório

Trata-se de recurso especial em face do acórdão nº. 303-34019, prolatado pela antiga Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em procedimento decorrente de manifestação de inconformidade pela exclusão da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

A exclusão, a partir de 01.01.2002, deu-se pelo Ato Declaratório de Exclusão nº 21, de 17.04.2003 (fls.72), em virtude de ter sido constatado que a empresa prestava serviços profissionais de engenheiro, e também por haver sido ultrapassado, no ano-calendário de 2001, o limite de receita bruta para permanência no Simples na qualidade de microempresa, caracterizando as situações excludentes previstas no art. 9º, inciso XIII, e no §2º do art. 13 da Lei nº 9.317/96.

A Câmara recorrida, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, consignando a seguinte ementa:

> *SIMPLES. EXCLUSÃO. As atividades previstas no contrato de constituição da empresa e posteriores alterações não são necessariamente desenvolvidas por profissionais que dependam de habilitação profissional especifica. Considerando a qualificação profissional dos sócios e a documentação trazida aos autos pelo contribuinte (notas ficais emitidas, livros de registro dos empregados e folhas de pagamento), temos uma pequena metalúrgica que presta serviços que não exigem conhecimento técnico ou superior comprovado.*
>
> *Recurso voluntário provido.*

Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial com fulcro no art. 5º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais vigente à época, alegando contrariedade à evidência das provas, vez que os elementos contidos nos autos motivaram o ato de exclusão do Simples.

Aduz que quando foi publicado o Ato Declaratório nº 21, de 17.04.2003, que excluiu o contribuinte do Simples, não constava dos registros da Secretaria da Receita Federal a alteração que promoveu a exclusão da atividade de indústria de engenharia do contrato social, que não consta dos autos documentação comprobatória da rejeição do DBE e que, da mesma forma, não consta dos autos a documentação comprobatória de que não houve o excesso de receita bruta, conforme alegado pelo contribuinte em sua defesa.

Em contrarrazões, o contribuinte propugna pela manutenção integral da decisão recorrida, alegando, em suma:

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

a) nunca ter desenvolvido atividade que fosse realizada por engenheiro, mas apenas serviços de metalurgia executados por operários; e

b) no ano-calendário de 2001, houve erro no cálculo do faturamento ocorrido no mês de novembro de 2001, quando não foi considerado desconto incondicional de 5% sobre a NF n° 0053, de 16.11.2001, no montante de R$ 505,80.

Junta cópia da nota fiscal referida, da comunicação de incorreção ao destinatário e do respectivo protocolo de expediente registrado junto à Secretaria de Estado da Fazenda do Pará.

É o relatório.

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Presentes os pressupostos recursais, o recurso deve ser conhecido.

Sobre a sistemática do Simples, cabe tecer breves considerações iniciais.

Atualmente, evidencia-se cada vez mais a correlação entre o direito e a economia. Ao operador do direito cabe interpretar as normas jurídicas sem dissociá-las da realidade econômica do País.

Assim, a análise das situações de enquadramento na sistemática do Simples deve sempre se pautar nos parâmetros definidos pela Constituição Federal, em seus arts. 170, inciso IX, e 179, ao estabelecer um tratamento não isonômico às micro e pequenas empresas, dado seu caráter fundamental no desenvolvimento da economia brasileira.

A Lei nº 9.317/96, atualmente revogada pela Lei Complementar nº 123/06, estabeleceu as regras determinantes ao enquadramento no Simples. No que pertine ao litígio em exame, fundado na possibilidade ou não de enquadramento da pessoa jurídica, interessam os seguintes dispositivos, com a redação vigente à época do ADE:

> *Art. 9°- 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. 9;*

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

[...]

> *§ 2° A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.*

A exclusão deu-se por dois motivos: a) pela verificação da prática de atividade vedada de engenharia ou assemelhados, e b) pela ultrapassagem do limite de receita bruta de R$ 120.000,00 no ano calendário de 2001.

É ônus do contribuinte demonstrar a inexistência da causa ou causas da exclusão do SIMPLES.

Quanto à exclusão em razão do exercício de atividade de engenharia ou assemelhados, a partir do exame dos elementos constantes dos autos, convenci-me da inexistência de atividade dessa natureza ou assemelhada, pelo que entendo que não subsistiria o desenquadramento da sistemática do SIMPLES por esse motivo.

A previsão de serviços de engenharia no contrato social, posteriormente retificada, não supera a realidade dos fatos atestada pelas notas fiscais de serviços prestados em conjunto com os registros de empregados e as folhas de pagamento juntadas aos autos, a demonstrar a qualificação dos empregados.

Restando, assim, configurada a prestação de serviços de metalurgia que não exigem conhecimento profissional de nível técnico ou superior, não subsiste a exclusão.

Nesse sentido, tem-se a 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.*

Quanto ao segundo motivo de exclusão, a Fazenda Nacional afirmou que não foi carreada aos autos a documentação comprobatória do desconto incondicional, cuja concessão se alegou e foi considerada verídica pelo acórdão recorrido.

Como atestou o julgador de primeira instância em sua decisão, a tela do sistema eletrônico da Receita Federal de consulta à Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJCONS – juntada às fls. 44, verso, demonstra o faturamento mensal declarado, tendo sido totalizado em R$ 120.447,00 no ano calendário de 2001.

Pode-se notar, ainda, que no recurso voluntário o contribuinte inclui uma planilha em que constam as vendas e prestações de serviços mensais, exatamente nos mesmos montantes declarados na DIPJ (vide fls. 88). Acompanham o recurso voluntário todas as notas fiscais emitidas a fim de demonstrar a inexistência de atividade de engenharia, incluindo a nota fiscal de saída nº 53, de 16.11.2001, às fls. 114, que atesta o valor cheio da venda. O recurso voluntário foi provido assumindo como verídica a informação do desconto.

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Apenas em contrarrazões, às fls.185-187, o contribuinte trouxe aos autos a documentação comprobatória da retificação da nota fiscal referida, compreendendo a nota fiscal de saída nº 53, de 16.11.2001, a retificação emitida em 22.11.2001 ao destinatário da mercadoria e o respectivo protocolo de expediente registrado junto à Secretaria de Estado da Fazenda do Pará, todos contendo selo de autenticação cartorária.

O tratamento não isonômico dado às micro e pequenas empresas reflete o princípio maior da isonomia, que propugna por tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, na medida das suas desigualdades.

O incentivo concedido pela Constituição Federal de 1988 às microempresas e empresas de pequeno porte não deve ser utilizado como argumento de deliberada desconstituição das normas vigentes, pela desconsideração de violações às regras da sistemática do Simples em determinados casos. Sem prova nos autos, ainda que ultrapassada em um centavo a receita bruta declarada em relação ao limite legal, não poderia o julgador administrativo desconsiderar a exclusão do Simples.

No presente caso, o contribuinte, embora ciente da ausência da prova nos autos desde o início do litígio, somente na última oportunidade que teve de se manifestar, veio apresentar a documentação comprobatória do desconto concedido.

Inicialmente, manifestei-me pela aceitação de tal documentação como comprobatória do erro de fato na declaração do IRPJ, o qual, pela majoração indevida na receita bruta auferida no ano calendário de 2001, deu ensejo ao segundo motivo de exclusão do Simples a partir de 2002.

Considerava o princípio do formalismo moderado, que informa o processo administrativo fiscal, para assumir a realidade material dos fatos, comprovada a qualquer tempo do processo.

Durante os debates em plenário, ouvidas as ponderações dos meus pares, passei a enxergar o caso sob outro ângulo. Sendo ônus do contribuinte comprovar a inveracidade dos motivos da exclusão, teve diversas oportunidades anteriores de carrear aos autos a prova do erro alegado. Juntou todas as notas fiscais emitidas em 2001, mas não apresentou a documentação da retificação de uma delas, justamente a nota fiscal nº 53, na qual teria sido concedido o desconto não registrado.

Trata-se o presente de recurso por contrariedade à evidência das provas, privativo da Fazenda Nacional, nos termos do art. 5º, inciso I, do RICARF vigente à época. Extinguiu-se com a publicação do novo regimento, o qual não mais prevê tal espécie de recurso, mas apenas o recurso de divergência, facultado a ambas as partes.

Analisando-se a situação estritamente sob o prisma processual, na hipótese de ter sido julgado em sentido contrário pela Câmara *a quo*, mesmo à época de sua apresentação, não poderia o contribuinte trazer na instância especial a discussão sobre as provas, mas apenas demonstrar eventual divergência jurisprudencial.

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Refletindo melhor, à vista dos fundamentos referidos, chego à conclusão de que a apresentação de provas no processo administrativo fiscal, dada a previsão regimental restritiva, não pode ser aceita no momento de análise do recurso especial. A possibilidade de apresentação de provas está preclusa nesta fase.

Permanece, pois, um dos motivos da exclusão da opção pelo Simples no ano calendário de 2002, apenas em relação ao enquadramento como microempresa, pela extrapolação do limite da receita bruta no ano calendário de 2001. Sem embargo de poder o contribuinte, no ano calendário de 2002, optar pelo enquadramento como empresa de pequeno porte.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional para manter a exclusão do enquadramento como microempresa no ano calendário de 2002.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Assinado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER, 25/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO
Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por VIVIANE VIDAL WAGNER
Emitido em 28/03/2011 pelo Ministério da Fazenda