



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

Processo nº 10830.005148/2004-53
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **1802-001.099 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 18 de janeiro de 2012
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente V & R GUERRA RODRIGUES COMERCIO DE PRODUTOS
ALIMENTICIOS LTDA - ME (antiga KYNG LUMINOSOS S/C LTDA - ME)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO, REPARO, SUBSTITUIÇÃO DE PEÇAS E MATERIAIS ELÉTRICOS. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9317/96. ÔNUS DA PROVA DO FISCO. EXCLUSÃO DO SIMPLES AFASTADA.

Não se admite a exclusão do Simples baseada em mera interpretação de cláusula de contrato social ou em dados cadastrais – CNAE-fiscal. Imperativa a prova de que o contribuinte exerce atividade impeditiva para justificar a exclusão. Não há, no caso, margem à inversão do ônus da prova, porque equivale a exigir-se prova negativa.

Não demonstrado nos autos que a empresa exerce atividade que requer habilitação de profissão regulamentada, inaplicável a vedação legal para opção ao regime Simplificado.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa – Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Marco Antônio Nunes Catilho e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 80/83 contra decisão da 1ª Turma da DRJ/Campinas (fls 48/54) que indeferiu a solicitação de revisão da exclusão do Simples.

Quanto aos fatos imputados no ADE de 02/08/2004 (fl. 04) e razões da irresignação apresentada na primeira instância de julgamento em 22/09/2004 (fls. 1/3 e 25/27), transcrevo o relatório da decisão *a quo* que, até então, resumiu os principais aspectos do litígio (fl. 63):

(...)

1. Cuida-se de Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples (SRS), sem apreciação de mérito por parte da DRF origem, certo que, na hipótese, entendeu-se que o Contribuinte discutia questão exclusivamente de direito (fl. 61).

2. Na indigitada SRS (fls. 01/03, 25/27), então, ponderava o Contribuinte que:

a) Haveria descompasso entre a fundamentação legal apontada no ato de exclusão e o motivo fático então referido no mesmo ato. Ainda nessa linha, afirma-se que o indigitado ato pecaria pela falta de clareza.

b) A exclusão não poderia operar efeitos retroativos.

c) Prescindiria, para o exercício de sua atividade, do domínio de conhecimento técnico-científico próprio de profissional da engenharia e/ou assemelhado.

d) A SRF já teria aquiescido com o seu ingresso no Simples, isso desde o pleito de adesão original.

3. Em tempo, o Ato Declaratório Executivo (ADE) que excluía o Contribuinte do Simples foi sumariamente motivado nos termos seguintes: "atividade econômica vedada: 3112-7/02 Instalação, reparação e manutenção de transformadores, indutores, conversores, sincronizadores e semelhantes". (fl. 04).

(...)

Como já mencionado inicialmente, a DRJ/Campinas indeferiu a solicitação de revisão da exclusão do Simples, cuja ementa desse *decisum* transcrevo a seguir (fl. 62), *in verbis*:

(...)

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

Ano-calendário: 2002

CIRCUNSTANCIAS 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.

EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE.

A exclusão do Simples pode operar efeitos retroativos a data da situação impeditiva.

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.

(...)

68): Ainda, quanto ao ônus probatório, consta do voto condutor do Acórdão (fl.

(...)

22. Presentemente, sem que o Contribuinte faça a juntada de outros instrumentos probatórios (tais os já citados: alterações de contrato social, notas fiscais de venda de produtos, mercadorias e/ou serviços), não se pode, pura e simplesmente, à força de simples alegação, ter por desconstituída (ou até restringida) a declaração de vontade impressa na atual redação do contrato social atinente ao objeto social.

(...)

Inconformada com a decisão *a quo* da qual tomou ciência em 21/05/2007(fl. 79), a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 22/06/2007 de fls. 80/83, juntando, ainda, os documentos de fls. 84/136, cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- que não aceita, não admite, a exclusão do Simples, pois a atividade econômica exercida, na época, não estaria enquadrada na hipótese de vedação do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96;

- que o CNAE-Fiscal 3112-7/02, - utilizado para preenchimento da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica em 27/04/2000 quando da protocolização do pedido de CNPJ (fls. 18/21) -, decorreu de enquadramento por aproximação, pois não havia outro que se enquadrasse na atividade econômica (objeto social): montagem, manutenção e reforma de luminosos, de que trata o Instrumento de Contrato Social da PJ, de 03/04/2000, art. 4º (fls. 13/17 e 34/41).

- que o CNAE-fiscal 4329-1/01 – instalações de painéis publicitários – foi criado anos depois, o qual, sim, espelha sua atividade econômica, da época;

- que, entretanto, o ADE levou em conta o CNAE-Fiscal 3112-7/02 para exclusão da recorrente do Simples, cujo código de atividade, como demonstrado, é inadequado, pois não configura a atividade desempenhada pela empresa;

- que a mão-de-obra aplicada era tão somente manutenção de luminosos, apesar de no contrato social o objeto social expressar montagens, a referência se faz a instalação e não à fabricação;

- que a atividade, na época (instalação, manutenção e reforma de letreiros, luminosos), toda era desempenhada pelo(s) sócio(s), cujo conhecimento da atividade, profissão, foi adquirido informalmente ("na raça"), no dia-a-dia; que a atividade não requeria serviço de engenheiro, pois todo o material, a industrialização, as estruturas dos painéis publicitários sempre foram fornecidos por terceiros;

- que o CNAE para quem exerce a atividade de luminosos é 4329-1/01 — Instalação de Painéis Publicitários,

- que a atividade não configura exercício de atividade regulamentada, juntando algumas notas fiscais de manutenção de letreiros, luminosos dos anos-calendário 2000, 2001 e 2002 (fls. 93/98);

- que, a partir da Alteração Contratual de 01/12/2004, os sócios de então deixaram a sociedade, e o objeto social da empresa (art. 4º) passou a ser o comércio de produtos de padaria e confeitaria, laticínios e derivados, frios e conservas de frutas, legumes, verduras e similares, balas, doces em creme ou massa, bombons e semelhantes, bebidas e outras mercadorias em geral de gênero alimentício, transporte rodoviário de cargas em geral, municipal, intermunicipal e interestadual, exceto de produtos perigosos. (fls. 118/126).

Por fim, com base nessas razões, a recorrente pediu a reforma da decisão recorrida, para afastar os efeitos do ADE.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

Conforme relatado, os autos tratam de Exclusão do SIMPLES.

O ato declaratório de exclusão do SIMPLES, de 02/08/2004, consigna infração ocorrida em 12/04/2000 - exercício de atividade econômica vedada: 3112-7/02 - Instalação, reparação e manutenção de transformadores, indutores, conversores, sincronizadores e semelhantes, com efeito jurídico da exclusão a partir de 01/01/2002, conforme arts. 9º- XIII, 12, 14-I e 15-II, da Lei nº 9.317/96 e alterações posteriores (fl. 04).

Vale dizer, a recorrente foi excluída do SIMPLES a partir de 01/01/2002 por exercer atividade econômica de profissão regulamentada de engenheiro ou qualquer outra profissão assemelhada cujo exercício dependeria de habilitação profissional legalmente exigida e sujeita à fiscalização pelo Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA (Lei nº 9.317/96, art. 9º- XIII).

Por sua vez, a recorrente rebela-se contra a decisão *a quo*, argumentando que:

- é inaceitável a exclusão do Simples, pois a atividade econômica exercida, na época, não estaria enquadrada na hipótese de vedação do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96;

- o CNAE-Fiscal 3112-7/02, utilizado para preenchimento da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica em 27/04/2000 quando da protocolização do pedido de CNPJ (fls. 18/21), decorreu de enquadramento por aproximação, pois não havia outro que se enquadrasse na atividade econômica (objeto social): montagem, manutenção e reforma de luminosos, de que trata o Instrumento de Contrato Social da PJ, de 03/04/2000, art. 4º (fls. 13/17 e 34/41).

- o CNAE-fiscal 4329-1/01 – instalações de painéis publicitários (painéis luminosos) – foi criado anos depois, o qual, sim, espelha sua atividade econômica, da época;

- entretanto, o ADE levou em conta o CNAE-Fiscal 3112-7/02 para exclusão da recorrente do Simples, cujo código de atividade, como demonstrado, é inadequado, pois não configura a atividade desempenhada pela empresa;

- a mão-de-obra aplicada era tão somente manutenção de luminosos, apesar de no contrato social o objeto expressar montagens; que essa referência se faz no sentido de instalação e não de fabricação;

- a atividade, na época (instalação, manutenção e reforma de letreiros, luminosos), toda era desempenhada pelo(s) sócio(s), cujo conhecimento da atividade, profissão, foi adquirido informalmente ("na raça"), no dia-a-dia; que a atividade não requeria serviço de

engenheiro, pois todo o material, a industrialização, as estruturas dos painéis publicitários sempre foram fornecidos por terceiros.

Delimitado o litígio (apresentada a síntese dos principais pontos ou questões), passo a enfrentar o mérito.

No mérito, a exclusão da recorrente do Simples não pode prosperar.

Como fundamento para afastamento da exclusão, trato da questão cadastral.

O instrumento de Contrato Social (art. 4º), de 03/04/2000, consigna objeto social: montagem, manutenção e reforma de luminosos (fls. 13/17 e 34/41).

Por outro lado, no ADE consta, como fundamento da exclusão, o exercício de atividade econômica: Instalação, reparação e manutenção de transformadores, indutores, conversores, sincronizadores e semelhantes.

A contribuinte, ainda, juntou algumas cópias de notas fiscais que comprovam, diversamente da imputação do fisco, o exercício de atividade econômica de instalação, manutenção e reforma de letreiros ou luminosos nos anos-calendário 2000, 2001 e 2002 (fls. 93/98).

Como visto, os fatos imputados pelo ADE não se subsumem à atividade econômica desempenhada pela recorrente.

A mão-de-obra aplicada era tão somente de instalação, manutenção e reforma de luminosos, apesar de no contrato social o objeto expressar montagens, cuja referência entende-se por instalação e não ao processo de fabricação (montagem); que a atividade, na época (instalação, manutenção e reforma de letreiros, luminosos), foi toda desempenhada pelo(s) sócio(s), cujo conhecimento da atividade, profissão, foi adquirido informalmente ("na raça"), no dia-a-dia; que a atividade não requeria serviço de engenheiro, pois todo o material, a industrialização, as estruturas dos painéis publicitários sempre foram fornecidos por terceiros.

Como já dito anteriormente, a RFB excluiu a recorrente tão-somente com base em dados cadastrais (código de atividade fiscal que não reflete a atividade econômica da recorrente), não apurando, *in loco*, a real atividade por ela exercida.

Ora, com base nos elementos de prova constantes dos autos, até que se prove o contrário, a recorrente exercitou a atividade de instalação, manutenção e reforma de letreiros ou luminosos.

No caso, o ônus da prova é do fisco.

Nesse sentido, os precedentes jurisprudenciais deste Conselho Administrativo apontam que é incabível, em regra, a exclusão do Simples apenas com base em meros dados cadastrais (código "CNAE"), sem apuração pela fiscalização, *in loco*, da real atividade praticada pelo contribuinte.

A propósito, transcrevo alguns precedentes:

-SIMPLES. EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. Não se admite a exclusão do SIMPLES baseada em interpretação de cláusula em contrato social. Imperativa a prova de que o contribuinte exerce atividade impeditiva para justificar a exclusão. Não há, no caso, margem à inversão do ônus da prova, porque equivale a exigir-se prova negativa. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO POR UNANIMIDADE (Acórdão nº 301-30.810, Sessão 05/11/2003).

- EXCLUSÃO. MÚLTIPLAS ATIVIDADES. Se a empresa tem múltiplas atividades, a Administração Tributária tem de provar que aquelas vedadas pela legislação que rege o SIMPLES são desenvolvidas efetivamente pela pessoa jurídica, não basta constar tão-somente da cláusula do contrato social que trata do objeto social da pessoa jurídica. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO (Acórdão nº 302-38.280, Sessão: 06/12/2006).

SIMPLES - NORMAS LEGAIS - O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES, por se tratar de um ato vinculado, está jungido à observância estrita do critério da legalidade, impondo o estabelecimento de nexos entre o resultado do ato e a norma jurídica, daí a nulidade daquele que apresente defeito na sua motivação. Processo que se anula ab initio (ACÓRDÃO nº 202-13.505, Sessão 06/12/2001).

SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA. DIGITAÇÃO. A fiscalização não trouxe aos autos nenhuma evidência de que a empresa praticasse efetivamente atividade impedida pelo SIMPLES. Não há evidência de efetiva prestação de serviços de consultoria, ou assessoria ou de qualquer atividade que pudesse caracterizar impedimento ao SIMPLES. Não se afigura razoável que o Fisco exija do contribuinte a realização de prova negativa, qual seja a de que não praticou as atividades impedidas previstas no Contrato Social. A jurisprudência administrativa atesta que costuma não coincidir a descrição do objeto social com a real atividade das empresas, daí, não se poder dispensar um trabalho de investigação preliminar, ainda que sucinta, que, pelo menos se dê ao trabalho de verificar os Livros Contábeis. Aceitar um ato de exclusão com tal fragilidade de embasamento seria equivalente a assumir a dispensabilidade de trabalho de fiscalização, seria admitir a condenação sem prova, e não há de se defender nem uma nem outra coisa. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO (Acórdão nº 303-31.557, Sessão 12/08/2004).

Além disso, a atividade de instalação, manutenção e reforma de materiais elétricos, é compatível com o Simples, consoante os seguintes precedentes jurisprudenciais deste Egrégio CARF:

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI 9317/96. INAPLICABILIDADE AOS SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO, REPARO, SUBSTITUIÇÃO DE PEÇAS E MATERIAIS ELÉTRICOS.

Verificado, em sede de diligência, que a Interessada pratica atividades relacionadas com pequenos e médios reparos em

instalações industriais e comerciais, os quais podem ser eficientemente prestados por eletricitistas (dispensável, o emprego de conhecimentos técnicos tão complexos quanto aqueles próprios dos engenheiros), deve ser dado provimento ao recurso interposto. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão 302-38.615, Sessão de 26/04/2007).

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. Comprovado que a recorrente se dedica ao ramo do comércio varejista de material elétrico e derivados em geral e à prestação de serviços de instalações elétricas em geral, e como estes ramos de atividade não se confundem com a prestação de serviços privativos de engenheiros, assemelhados e profissões legalmente regulamentadas, sendo essas atividades exercidas pela recorrente perfeitamente permitidas pela legislação vigente aplicável, é de se manter a recorrente no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES. Recurso provido. (Acórdão nº 303-32.364, Sessão de 12/09/2005).

SIMPLES - EXCLUSÃO INDEVIDA. CONSERTOS E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS. MANUTENÇÃO EM INFORMÁTICA. DESNECESSIDADE DE CONHECIMENTO PROFISSIONAL HABILITADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9317/96. POSSIBILIDADE DE PERMANECER NO REGIME DO SIMPLES. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.051/2004 QUE POSSIBILITA A INCLUSÃO DESSAS ATIVIDADES NO SIMPLES RECURSO PROVIDO. (Acórdão nº 301-32.465, Sessão de 25/01/2006).

SIMPLES - EXCLUSÃO INDEVIDA. CONSERTOS E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS E MANUTENÇÃO EM INFORMÁTICA. DESNECESSIDADE DE CONHECIMENTO PROFISSIONAL HABILITADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9317/96. POSSIBILIDADE DE PERMANECER NO REGIME DO SIMPLES — APLICAÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO ADE SRF N. 8 DE 18-1-2005 DO SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL E DA LEI 11051/2004. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão nº 301-32.704, Sessão de 26/04/2006).

SIMPLES. EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REPAROS E MANUTENÇÃO DE INSTALAÇÕES TELEFÔNICAS E ELÉTRICAS.

Não sendo a atividade prestada pela recorrente específica de engenharia ou assemelhada a esta, bem como não exigindo o emprego de conhecimentos técnicos de profissional de engenharia, já que de baixa complexidade, não pode ensejar sua exclusão do SIMPLES. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão nº 302-37.864, Sessão de 13/06/2006).

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. CONSERTOS E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS. CONDICIONADORES DE AR, TELEFONES E INTERFONES. DESNECESSIDADE DE

CONHECIMENTO PROFISSIONAL HABILITADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9317/96. POSSIBILIDADE DE PERMANECER NO REGIME DO SIMPLES. Não demonstrado nos autos que há nas dependências da empresa atividade que requer habilitação profissional legalmente exigida, inaplicável se toma à vedação legal ao regime Simplificado. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão nº 301-33.829, Sessão de 26/04/2007).

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS E SISTEMAS DE TELEFONIA. DESNECESSIDADE DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9317/96. Não demonstrado nos autos que a empresa exerce atividade que requer habilitação profissional, inaplicável a vedação legal a opção ao regime Simplificado. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão nº 302-99.081, Sessão de 18/10/2007).

De modo que, diversamente do narrado pelo fisco no ADE, não restou comprovado nos autos que a atividade exercida pela recorrente, até 30/11/2004, tivesse óbice para a empresa figurar no Simples, conforme opção manifestada.

Por outro lado, após essa data houve mudança no objeto social da recorrente (alteração do ramo de atividade econômica).

Vale dizer, em face de alteração do Contrato Social em 01/12/2004, os sócios, até então, deixaram a sociedade e o objeto social da empresa (art. 4º) passou a ser o comércio de produtos de padaria e confeitaria, laticínios e derivados, frios e conservas de frutas, legumes, verduras e similares, balas, doces em creme ou massa, bombons e semelhantes, bebidas e outras mercadorias em geral de gênero alimentício, transporte rodoviário de cargas em geral, municipal, intermunicipal e interestadual, exceto de produtos perigosos (fls. 118/126).

Portanto, o lapso temporal iniciado a partir de 01/12/2004 é estranho ao objeto da lide, em face de alteração do objeto social (mudança do ramo de atividade econômica).

Por conseguinte, voto no sentido de DAR provimento ao recurso, para manter a empresa no regime do SIMPLES no período de 01/01/2002 a 30/11/2004, época na qual a empresa exercitou a atividade de instalação, manutenção e reforma de letreiros ou luminosos, ou seja, lapso temporal anterior à alteração contratual de 01/12/2004 (fls. 118/126).

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel

Processo nº 10830.005148/2004-53
Acórdão n.º **1802-001.099**

S1-TE02
Fl. 10

CÓPIA