



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS  
TERCEIRA TURMA**

**Processo n°** 10865.001372/2003-98  
**Recurso n°** 303-133.498 Especial do Procurador  
**Matéria** SIMPLES - EXCLUSÃO  
**Acórdão n°** 03-06.184  
**Sessão de** 30 de outubro de 2008  
**Recorrente** UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)  
**Interessado** MECMONT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

**Assunto: Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES**

Não havendo comprovação de que o contribuinte exercia atividade de engenheiro ou assemelhado, deve ser mantida a decisão proferida pela Terceira Câmara, cancelando-se o Ato Declaratório de Exclusão.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Terceira Turma da Câmara superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial. Declarou-se impedido de participar do julgamento o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho.

  
ANTÔNIO PRAGA - Presidente

  
SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora

FORMALIZADO EM: 05 OUT 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Anelise Daudt Prieto, Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes Armando, Nilton Luiz Bartoli (Substituto convocado), Maria Cristina Roza da Costa, Luciano Lopes de Almeida Moraes (Substituto convocado), Antonio Carlos Guidoni Filho (Substituto do vice-presidente convocado) e Antonio Praga (Presidente). Ausentes justificadamente as Conselheiras Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Nanci Gama e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-Presidente). Ausente momentaneamente a Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando.

## Relatório

Trata o presente de **Recurso Especial por maioria** interposto pelo Procurador da Fazenda Nacional, alegando **contrariedade à legislação tributária**, e requerendo a cassação do v. Acórdão que deu provimento ao **Recurso Voluntário** ao decidir pela manutenção do contribuinte no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Por bem narrar os fatos, **adoto o relatório da decisão recorrida**, que a seguir transcrevo:

“O INSS por meio da **Representação Fiscal** de fls. 01/04 informou à SRF que a empresa acima identificada **presta serviços que estariam vedados ao SIMPLES** pela norma prevista na alínea “f” do inciso XII do art. 9º da Lei 9.317/96 (serviços profissionais de engenheiro, ou assemelhado, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida).

Entretanto, foi **expedido pela DRF/Marília/SP o Ato Declaratório Executivo nº 06/2004, em 30/06/2004 (fls. 183)**, para comunicar ao contribuinte que a administração tributária decidiu por sua **exclusão do SIMPLES** em razão de exercício de atividade econômica vedada, com fundamento na Lei 9.317/96, art. 9º, V e XIII, e § 4º, c/a redação dada pela Lei 9.528/97. **Constou do ADE que os efeitos da exclusão seriam a partir de 01/02/2002, em obediência ao disposto na MP 2.158/2001 e IN SRF 355/2003.**

A ciência do ADE à interessada **ocorreu em 12/07/2004**, conforme AR de fls. 186, e em 11/08/2004 foi **protocolada a manifestação de inconformidade** com sua exclusão do SIMPLES, dirigida à **DRF/Limeira**, conforme consta às fls. 187/204. A repartição fiscal de origem, por meio do **Despacho Decisório** de fls. 207/209, confirmou as razões aduzidas às fls. 177/182 que **justificaram a expedição do ADE** acima referido, e assim, **indeferiu a solicitação de reconhecimento do direito de enquadramento ao SIMPLES** por considerar que a **atividade de execução de projetos de terceiros** relativos a montagem e manutenção de equipamentos industriais, além de ser assemelhada a de engenheiro, ainda se **enquadra no conceito de execução de obra de construção civil**.

Ainda inconformada, a **interessada apresentou tempestiva impugnação** dirigida à DRJ/Ribeirão Preto, conforme consta às fls. 212/230. A seguir estão resumidas as suas alegações principais:

Preliminarmente, **argúi a nulidade do ADE nº 06/2004** por cerceamento ao direito de defesa, cabe ao fisco a **busca da verdade material**, e o ao contribuinte deve ser possibilitando participar **ativamente do processo**. O Ato de Exclusão do SIMPLES por mera suposição do fisco **de que a atividade da interessada seja incompatível** com o regime simplificado deve **permitir o contraditório previsto na CF**, o que no caso não foi respeitado.

2. A Lei 9.317/96 **estabelece vedações de certas atividades**. O Fisco entendeu de excluir a interessada **do SIMPLES por dois motivos**: (a) a atividade de montagem industrial e manutenção de equipamentos seria **assemelhada a serviço de engenheiro** e, (b) a defendente executa **obras de construção civil**. Mas, nenhuma dessas imputações pode prosperar.

3. A **montagem e manutenção dos equipamentos** que a defendente realiza **NÃO IMPÕEM** que sejam prestados por engenheiro, e, portanto, não se enquadra na vedação



posta no art. 9º, XIII, da Lei do SIMPLES. Além disso, a empresa não possui em seus quadros funcionários que sejam engenheiros, ou assemelhados, para a realização de suas atividades, que não são específicas de engenharia. Apresenta como suporte desses argumentos a jurisprudência do Conselho de Contribuintes configurada, por exemplo nos Acórdãos n.º 202-13434 (Recurso 116.998), 301-30581 (Recurso 124.989) e 303-30780 (Recurso 124.972), cujas ementas estão transcritas às fls. 220/221, e concluem que atividade de metalurgia não é vedada, que o reparo e manutenção de equipamentos somente é capaz de impedir a opção pelo SIMPLES quando constitua atividade típica de engenheiro, e que a fabricação e montagem no local de esquadrias não configura atividade assemelhada a engenharia.

3. É preciso cumprir o Princípio da Legalidade, no caso a Lei que dispõe sobre o SIMPLES é 9.317/96, porém para excluir a defendente do SIMPLES a DRF/Limeira se fundamentou em legislação inferior à ordinária, a saber a Resolução 218/73 do CONFEA e o ADN 04/2000 da COSIT/SRF. Estas não têm validade perante a Lei 9.317/96, que apenas veda ao SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviço de engenharia, o que não é o caso.

4. O Fisco ainda tentou explicar sua decisão de exclusão, por enquadrar a defendente como executora de obra de construção civil. A primeira indagação que agora se faz é qual a extensão do conceito de “construção civil”, e segunda, tal conceito pode advir de mero esforço interpretativo da autoridade administrativa (?).

5. Sendo polêmica e difícil a linha divisória entre os serviços que integram, ou não, a “construção civil”, a administração pública teve por bem adotar critérios objetivos. A função foi atribuída ao Código Nacional de Atividade Econômica Principal (CNAE), constante no comprovante de inscrição e de situação cadastral CNPJ da defendente, qual seja “29.61-0/01”:

Fabricação de máquinas e indústria metalúrgica; inc peças; exc maq-fer “. O código CNAE, incluído no CNPJ pela IN SRF 26/95, e conforme expresso na IN SRF 70/98 assim dispõe:

“Art. 1º. No CNPJ, as atividades das pessoas jurídicas serão classificadas por códigos, de conformidade com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – Fiscal (CNAE – Fiscal), a que se refere o Anexo Único, constituída pela Classificação Nacional de Atividades Econômicas/CNAE do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, recepcionada pela IN SRF n.º 26, de 22 de maio de 1995, e complementada pela relação de códigos de detalhamento fiscal a que se refere a Resolução IBGE/Comissão Nacional de Classificação CONCLA n.º 01, de 25 de junho de 1998”.

6. Não existe outra fonte para definir o conceito de construção civil aplicável pela Receita Federal senão o estabelecido na IN SRF acima citada. A opção de critério definidor para a SRF foi pelo CNAE, e este é o conceito que deve ser considerado em prejuízo de todos os demais critérios por mais favoráveis que possam ser à Fazenda. Assim para os fins da Lei 9.317/96 não se pode interpretar o termo “construção” senão pelo conceito anteriormente definido. Vejamos:

“Hierarquia – Seção F – CONSTRUÇÃO. Esta Seção contém as seguintes divisões:... 45 – Construção Notas Explicativas:

Esta Seção compreende as atividades de preparação de terreno, obras de edificações e de engenharia civil, instalações de materiais e equipamentos necessários

ao funcionamento do imóvel e obras de acabamento, abrangendo tanto construções novas, como grandes reformas, restaurações de imóveis e manutenção corrente.

(...)

Nem todas as atividades que produzam bens que compõem uma edificação ou obra de engenharia civil fazem parte desta Seção. A produção de materiais de construção ou elementos mais complexos destinados a obras de edificações e engenharia civil, tais como estruturas metálicas, casas pré-fabricadas e outros pré-moldados, faz parte da indústria.

Em alguns casos, a linha divisória entre as atividades da indústria de transformação e da construção exige a adoção de convenções para uniformização de tratamento. A montagem de casas pré-fabricadas, a instalação e reparação de equipamentos incorporados a edificações, como elevadores, escadas rolantes, etc., quando realizadas por unidades especializadas, são tratadas como atividades de construção; quando realizadas pelas unidades fabricantes, fazem parte das atividades industriais”.( grifos da defendente).

7. Portanto, resta claro que a fabricação e montagem de equipamentos, atividade realizada pela defendente, faz parte da “Seção D – Indústria de Transformação” não se confundindo com a “Seção F- Construção”. O Conselho de Contribuintes têm exarado decisões em casos semelhantes, como indica, por exemplo, o Acórdão 202-1713 (ementa transcrita às fls. 224/225), o qual conclui que nos termos da norma técnica aplicável, a instalação de esquadrias metálicas, quando realizadas pelo próprio fabricante, não é considerada como serviço auxiliar da construção civil, e não é vedada ao SIMPLES. Por fim lembra que seus empregados se sujeitam aos dissídios firmados com o Sindicato dos Metalúrgicos, não havendo qualquer vínculo com a atividade de construção civil.

8. No caso de não ser aceita a argumentação acima, apresenta também seu inconformismo quanto a determinação de efeitos retroativos, para a exclusão a partir de 01/02/2002, sendo que o ADE foi expedido em 30/06/2004 e sua ciência ao contribuinte só aconteceu em 12/07/2004. Afirma que o art. 15, II e § 3º da Lei 9.317/96 dá margem a interpretação dúbia, e segundo o art. 112 do CTN, nesses casos, deve prevalecer a que for mais favorável ao contribuinte. A norma determina que a exclusão de que tratam os artigos 13 e 14 surtirá efeito a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente(...). A SRF entendeu ser esse termo inicial o momento de “exercício habitual de atividade vedada pelo regime”. Mas, à defendente, parece, que de acordo com princípios legais e constitucionais (segurança jurídica e irretroatividade da lei), “situação excludente” somente pode ser tomada por data de ciência do ato declaratório ao contribuinte. Assim também pareceu ao Conselho de Contribuintes, no Acórdão 202-12146 (Recurso 112.856) ao estabelecer, naquele caso, que a exclusão do SIMPLES surte efeito a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente. (Ementa transcrita às fls.227/228).

9. Além de pretender excluir indevidamente a interessada do SIMPLES, ainda se pretendeu que os efeitos de tal exclusão retroagissem a 01/02/2002, ferindo os princípios da não surpresa, da segurança jurídica e da legalidade tributária. Ora a opção pelo SIMPLES feita em 1998, esteve sempre sujeito à fiscalização da SRF, que tinha desde o início condições de apurar se a empresa optante fazia ou não jus ao benefício. O nascimento da obrigação tributária, assim como sua extinção, se deu sob a égide de legislação específica, assim não é lícito que se imponham novos requisitos de leis diversas, modificando o sistema no qual a empresa foi admitida com total concordância

da Fazenda. É direito adquirido, que se aperfeiçoou com a constituição do tributo nos termos permitidos à época, e que nem a lei, nem sentença, nem muito menos, ato administrativo tem o condão de desconstituir.

Pediu: (a) preliminarmente, pela ausência de diligências para se certificar da atividade da empresa, e cerceamento ao direito de defesa, argúi a nulidade do ADE nº 06/2004 da DRF/Limeira; (b) se superada a preliminar, que seja reconhecida a improcedência da exclusão em face da atividade da defendente ser da indústria de transformação e não de construção civil; e (c) subsidiariamente, na remota hipótese de não se revogar a exclusão, que seja reconhecido que o ADE cientificado em 12/07/2004 só pode gerar efeito a partir de 01/08/2004.

A DRJ/Ribeirão Preto, por sua 1ª Turma de Julgamento, decidiu, por unanimidade de votos, indeferir o pleito (fls. 233/239). As principais razões alegadas foram:

1. Acerca da preliminar em que pretende a nulidade do ADE, porque supostamente fez retroagir os efeitos da exclusão ferindo a legalidade, diga-se que a MP 2.158-35/2001 e a IN SRF 355/2003 determinaram o retorno à regra primitiva da Lei 9.317/96, ou seja, por determinação legal a exclusão do SIMPLES voltou a ter efeito retroativo, respeitado, entretanto, o período que esteve em vigor a Lei 9.732/98. Por isso é que, com base no art. 24, parágrafo único, II, da IN supracitada, tendo a situação excludente ocorrido antes de 31/12/2001, o ADE sendo de 06/05/2004, e a opção pelo SIMPLES feita em 30/09/98, o efeito da exclusão segundo a legislação vigente se dá a partir de janeiro de 2002. Com base na legislação vigente.

2. No mérito, a execução de serviços de instalação e montagem de equipamentos industriais, segundo o art. 27 da Lei 5.194/66, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro Agrônomo, e a Resolução nº 218/73 do CONFEA, as atividades de condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção, execução de instalação, montagem e reparo e operação e manutenção de equipamento e instalação, competem ao Engenheiro Eletricista modalidade Eletrotécnica (com relação a equipamentos de geração, transmissão, distribuição e utilização de energia elétrica). Compete ao Engenheiro de Operação as atividades destacadas acima e ao Técnico de Nível Superior ou Tecnólogo as mesmas atividades circunscritas ao âmbito da modalidade profissional, e o mesmo em relação ao Técnico de Grau Médio que as pode executar no âmbito da sua modalidade profissional.

3. Nesse sentido a COSIT exarou o ADN nº 04/2000, para com base no art. 9º, XII, da Lei 9.317/96, declarar que não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais, por caracterizar prestações de serviço profissional de engenharia. Observe-se que não importa se o serviço foi efetivamente prestado por engenheiro ou por profissional legalmente habilitado, o que caracteriza o impedimento de opção pelo SIMPLES é o fato de que atividade configura serviço inerente à formação do engenheiro ou de Técnico de nível superior ou médio.

Irresignada a interessada protocolou tempestivamente seu recurso voluntário de fls. 241/262, no qual reapresenta os argumentos constantes da impugnação, já relatados, e pede que:

a) preliminarmente, seja declarada a nulidade do ADE.

b) se ultrapassada a preliminar, que no mérito seja reconhecido a improcedência da exclusão, por ser sua atividade compatível com o SIMPLES.

c) subsidiariamente, na hipótese de ser mantida a exclusão, que se declare que o ADE somente pode gerar efeitos a partir de 01/08/2004.

Em sessão realizada no dia 17 de agosto de 2006, os membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes proferiram acórdão de fls. 266/276, dando provimento ao recurso voluntário, pois entenderam que a atividade de montagem e manutenção de equipamentos por si só não configura impedimento à opção pelo SIMPLES.

A União interpôs o presente Recurso Especial por maioria, alegando contrariedade à legislação tributária, já que a decisão não teria obedecido ao disposto no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96, vez que a atividade de instalação e montagens de equipamentos industriais seria exercida por engenheiros.

Despacho de admissibilidade às fls. 288/290.

Contra-razões do contribuinte às fls. 297/300.

Em síntese é o relatório.

## Voto

Conselheira SUSY GOMES HOFFMANN, Relatora.

O presente recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão porque dele tomo conhecimento.

Da análise dos presentes autos verifica-se que o contribuinte fora excluído do Simples com base no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, que assim dispõe:

*“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;”*

No presente caso, verifica-se que a exclusão se deu com base no objeto social da empresa, qual seja, “Indústria e Comércio de máquinas, equipamentos, montagem industrial, manutenção civil, elétrica, instrumentação mecânica, projetos, estruturas, esquadrias metálicas e prestação de serviços em geral”, tendo o Fisco interpretado tais atividades exercidas pelo contribuinte, seriam próprias de engenheiro ou assemelhado, enquadrando-se, portanto, no rol do artigo supra-transcrito.

Nota-se também, que para comprovação das atividades de fato exercidas, o contribuinte juntou os seguintes documentos: i) cópias de notas fiscais de serviços prestados, em que constam os seguintes serviços: montagem, manutenção, instalação, serviços mecânicos, entre outros; ii) cópias das fichas de registro de funcionários, em que não se verifica contratação de engenheiros; iii) cópias de contratos de prestação de serviços em que o contribuinte fora contratado para execução de serviços de “fabricação e montagens” e; iv) fotos de funcionários executando os serviços contratados.

Não há nos autos provas que corroborem o entendimento da Fiscalização, ou seja, não há documento comprobatório de que o contribuinte exerceria a atividade de engenheiro.

Ora, eventual vedação à opção pelo SIMPLES se dá pelo fato de a empresa exercer atividade vedada e não pelo fato de tal atividade constar do objeto social da empresa.

Inclusive, neste sentido, veja-se o entendimento do Conselho de Contribuintes:

*Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples EXERCÍCIO: 2004. SIMPLES. EXCLUSÃO MÚLTIPLO OBJETO SOCIAL. ONUS PROBANTI. Quando há mais de uma atividade econômica ou profissional incluída no objeto social do contribuinte, cabe ao Fisco a prova de que este efetivamente praticou alguma atividade vedada à opção da sistemática de tributação do SIMPLES, sendo impossível exigir prova negativa do contribuinte. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO POR UNANIMIDADE. Acórdão nº 302-39756. 2ª Câmara. Processo nº 13603.002322/2004-88. Relator: Marcelo Ribeiro Nogueira. Julgado em 14/08/08.*

No meu entendimento, o Fisco se absteve de comprovar que o contribuinte exerce atividade impeditiva à opção pelo Simples, não havendo que se falar assim, em produção de prova negativa por parte do contribuinte.

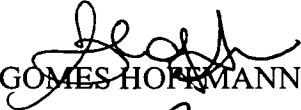
De qualquer forma, não restou comprovado que o contribuinte exerce atividade de engenheiro ou assemelhado, inviabilizando a exclusão do SIMPLES.

A propósito, veja-se o entendimento jurisprudencial do Conselho de Contribuintes:

*Ementa: SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA. CANCELAMENTO DO ADE DE EXCLUSÃO. Milita a favor do contribuinte a dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, devendo-se nesse caso interpretar a lei tributária de maneira mais favorável ao acusado. Não há neste processo nenhuma evidência de que a atividade desenvolvida pela empresa seja de assessoria, de projetos de peças, ou que comprovadamente envolva exercício de qualquer atividade específica que requeresse a participação de engenheiro, ou algo que efetivamente relacionasse seus serviços a uma profissão com habilitação legalmente exigida. (...) Nada nestes autos indica que a atividade desenvolvida seja assemelhada a de engenheiro. Recurso Provido por Unanimidade. Acórdão nº 303-34468. 3ª Câmara. Processo nº 10930.003191/2004-56. Relator: Zenaldo Loibman. Julgado em 03/07/07.*

Por todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR**, mantendo-se a decisão ora combatida para anular o Ato Declaratório de Exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Brasília, 30 de Outubro de 2008.

  
SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora



## INTIMAÇÃO

Intime-se o Senhor **Procurador da Fazenda Nacional**, credenciado junto a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais, da **decisão consubstanciada** no Acórdão supra, nos termos do § 3º do artigo 81, Anexo II, c/c inciso VI do art. 8º, Anexo I do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, **aprovado pela Portaria MF nº 256**, de 22 de junho de 2009.

Brasília-DF, em

**ROSEMARI CORRÊA E SILVA**  
Chefe do Serviço de **Secretaria da 3ª Seção do**  
**Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

Ciente em

**Procurador da Fazenda Nacional**