



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

Processo n° 10909.003365/2010-04
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1002-000.383 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 12 de setembro de 2018
Matéria SIMPLES. EXCLUSÃO.
Recorrente MARC-J PRESTADORA DE SERVICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. NÃO CONFIGURAÇÃO

A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com a vedação disposta no inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, de sorte que a proibição imposta não alcançava microempresas e empresas de pequeno porte constituídas para a exploração de atividade econômica caracterizada pela prestação de serviços e circulação de bens que envolvam profissionais diversos, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo. Ausência de provas aptas a lastrear a exclusão da Recorrente.

Recurso Voluntário Provido

Sem crédito em Litígio

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (presidente da Turma), Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Ângelo Abrantes Nunes.

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 907 à 926), protocolado pelo Recorrente, indicado no preâmbulo, devidamente qualificado nos fólios processuais, relativo ao inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 892 à 901), proferida em sessão de 24/02/2014, consubstanciada no Acórdão n.º 01-28.633, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém/PA (DRJ/BEL). Esta, por maioria de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, a qual pretendia desconstituir o Ato Declaratório Executivo n.º 63, de 20/09/2010 (e-fl. 69), que excluiu a Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES Federal, com efeitos a partir de 1º de novembro de 2003, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, em virtude do exercício de atividade vedada. A decisão da DRJ restou assim consubstanciada:

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

Data do fato gerador: 01/01/2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. MANUTENÇÃO E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS.

Sendo a atividade prestada pela recorrente específica de engenharia ou assemelhada a esta, bem como exigindo o emprego de conhecimentos técnicos de profissional de engenharia, deve a empresa ser excluída do Simples Federal.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte Sem Crédito em Litígio

Acórdão

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por maioria de votos, julgar procedente em parte a manifestação de inconformidade, nos termos do Relatório, Voto Vencido e Voto Vencedor, que integram o presente julgado, para excluir a interessada do Simples Federal, com efeito a partir de 01/01/2002.

Vencida a relatora somente quanto aos efeitos da retroatividade da exclusão, tendo em vista que o exercício de atividade vedada impeditiva para permanência no regime do Simples Federal, foi decidida por unanimidade.

Cientifique-se a interessada, ressalvando-lhe o direito à interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no prazo de trinta dias, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972,

alterado pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Os argumentos apresentados no Recurso Voluntário reiteram aqueles veiculados na Manifestação de Inconformidade, cujo cerne transcrevo:

3.1. PRELIMINARMENTE - DO CERCEAMENTO DE DEFESA.

No presente caso restou caracterizado o cerceamento de defesa pela ausência de apreciação dos documentos acostado aos autos, tais como as Notas Fiscais, eis que são documentos hábeis a comprovar que a atividade primordial desenvolvida pela ora Recorrente é a manutenção e instalação elétrica, tão somente.

Ou seja, a decisão prolatada não se manifestou sobre os argumentos tratados na defesa, e sequer rebateu na decisão sobre a comprovação da atividade desenvolvida pela ora Recorrente, tendo por base a descrição das Notas Fiscais, limitou-se, tão somente em equiparar a atividade da Recorrente, com aquelas atividades que necessitam de profissional habilitado para o seu desenvolvimento.

(...)

Portanto, tem-se que, em sede de preliminar, deve ser dado provimento ao presente reclamo, para que os autos retornem a Delegacia de Julgamento, haja vista o cerceamento de defesa que macula a decisão proferida pela 2ª Turma, eis que o Relator Lizandro, ao proferir o seu voto, ignorou por completo a documentação comprobatória acostada aos autos.

3.2. DO CANCELAMENTO INTEGRAL DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO.

(...)

No entanto, o fundamento legal, utilizado para tal exclusão, se deu com base em entendimento equivocado, pois o Fisco ponderou que para a ora Recorrente desenvolver sua atividade, se faz necessário à existência de um profissional habilitado, o que de fato não é a realidade, para tanto devemos nos atentarmos a dois pontos fundamentais para o deslinde do feito, vejamos.

O primeiro refere-se à atividade desenvolvida pela Recorrente, que, conforme disposto em seu Contrato Social e posteriores Alterações, tem em seu bojo, a "prestação de serviços de montagem de painéis elétricos, instalações, manutenção elétrica e eletromecânica e montagem industrial", ou seja, trata-se de instalação e manutenção elétrica, popularmente denominada como eletricitista.

Logo, conforme restou amplamente demonstrado na defesa administrativa com a juntada de tais atos constitutivos, bem como com as cópias das Notas Fiscais, emitidas desde a sua constituição, não há que se ter dúvida de que a atividade

desenvolvida refere-se tão somente à instalação e manutenção elétrica.

Ademais, ainda que a ora Recorrente possua em seu objeto social mais de uma atividade, a precípua, e, efetivamente desenvolvida, conforme consta em seu cadastro perante a Receita Federal - CNPJ3 é a instalação e manutenção elétrica, portanto é está que deve ser considerada pelo Fisco, não podendo se falar em necessidade de profissional habilitado para o seu desenvolvimento.

Ocorre que no presente caso, existem duas situações, (I) é veemente que a atividade desenvolvida pela Recorrente é tão somente a manutenção e instalação elétrica, conforme consta elencada em seu Ato Constitutivo, Notas Fiscais e no Cartão CNPJ, inclusive devemos nos atentar que neste, consta apenas a atividade principal, Código 43.21-5-00, Instalação e Manutenção elétrica, ou seja, não há qualquer registro de atividade secundária, (II), ainda que houvesse uma atividade secundária, e que o seu desenvolvimento fosse impeditivo ao Simples, o Fisco não comprovou o efetivo exercício pela Recorrente, apenas se limitou a dizer que a atividades desenvolvida pela Recorrente, necessita de um profissional habilitado, quando esta não é a verdade.

(...)

Logo, segundo o entendimento equivocado do Fisco, as atividades relacionadas nos itens 05, 11 e 12, supramencionadas, seriam desenvolvidas pela ora Recorrente, e, por tal razão necessitariam de profissional habilitado para tanto.

Nessa mesma linha, resta equivocado o entendimento do Relator Lizandro ao proferir o voto vencedor, nos autos da defesa administrativa, eis que considerou que "a desenvolvida pela Impugnante é atividade exercida por profissional com habilitação legalmente exigida, logo, vedada a opção pelo Simples".

Ocorre, Nobres Julgadores, que a instalação e manutenção elétrica, atividades que de fato, são desenvolvidas pela Recorrente, nem de longe se assemelham às atividades de direção, execução e fiscalização de obra, com seus serviços técnicos, bastando para tanto, uma análise das notas fiscais emitidas pela Recorrente, bem como no seu Cartão CNPJ, que restará nitidamente comprovada que não se realizou nenhuma das atividades elencadas acima, e, por conseguinte, será constatada a sua possibilidade de adesão ao Simples Federal, no período em comento.

(...)

3.3. DOS EFEITOS RETROATIVOS DA EXCLUSÃO.

Infere-se da decisão ora combatida, que a Relatora Nârgela, restou vencida no tocante aos efeitos de exclusão do Simples Federal, eis que defendeu a ocorrência da decadência tributária

no tocante aos anos-calendários de 1997 a 2004, bem como ao período de 01 a 08/2005.

(...)

Logo, tem-se que razão deve ser assistida à Relatora, pois sabendo que com a exclusão da ora Recorrente como optante do Simples, certas obrigações deverão ser realizadas tendo por base a tributação das demais pessoas jurídicas, ou seja, a Recorrente deve se enquadrar como optante do Lucro Real, Presumido ou Arbitrado e, realizar a entrega da IRPJ, DACON, DCTF, conforme exposto no voto vencido da Relatora.

(...)

O voto vencedor sob relatoria do Julgador Lorenzo, foi no sentido de afastar a alegada decadência e aplicar efeitos retroativos a 01/01/2002, com base no disposto na Instrução Normativa SRF n. 355/2003.

Ocorre que é medida de extrema legalidade que se aplique ao presente caso o entendimento da Relatora Nargela, pois sabendo que a exclusão da Recorrente como optante do Simples lhe imputará o cumprimento de certas obrigações, bem como o pagamento de tributos, tendo por base as regras das demais pessoas jurídicas, não pode se admitir que a Recorrente arque com pagamento de tributos que já não podem mais ser exigidos, pois foram atingidos pela decadência.

Assim, sabendo que a decadência tributária é matéria de ordem pública, podendo ser alegada e analisada a qualquer momento e grau de jurisdição, é premente que seja analisada por esta Corte de Justiça, pois in casu, tratando-se da sistemática de lançamento por homologação, aplica-se o disposto no artigo 150, §42 do Código Tributário Nacional.

Logo, o Fisco tinha o prazo de 05 (cinco anos) para realizar a constituição do crédito tributário, no entanto somente no mês de Setembro de 2010, quando realizou a revisão da Recorrente como optante do Simples, proferiu o Ato Declaratório de Exclusão, entendendo por bem, atribuir efeitos retroativos até a data da abertura da empresa, qual seja, Janeiro de 1997

No deslinde do presente PAF, foram notas fiscais de serviços prestados pela Recorrente (e-fls. 398 à 883).

Os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído para este relator.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário apresenta-se tempestivo, tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017. Isto porque, trata de exclusão do Simples, desvinculado do crédito tributário. Eventual crédito tributário não é exigido nestes autos, bem como não visualizo qualquer critério que justifique a vinculação destes autos a eventual processo de exigibilidade do crédito tributário, não verificando a aplicação de quaisquer das formas de vinculação constantes do art. 6.º, § 1.º, do Anexo II, do RICARF.

Sendo assim, a competência é desta Colenda Turma Extraordinária por cuidar os autos de exclusão do Simples, desvinculado de exigência de crédito tributário, a indicar a aplicação do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017.

Portanto, dele conheço.

Preliminar

Conforme relatado alhures, o Contribuinte pugna pela ocorrência de cerceamento de defesa, haja vista não ter o Acórdão da DRJ levado em consideração o acervo probatório colacionado nos presentes autos. No entanto, não vejo como acolher tal argumento. Nota-se que a instância de piso procedeu, sim, com a avaliação das provas; no entanto, procedeu com sua livre intelecção na análise daquelas. Assim, o fato dos i. Julgadores extraírem conclusões diversas das aventadas pelo Recorrente não significa, *per se*, cerceamento de defesa. Transcrevo abaixo parte do indigitado Acórdão, onde se deixa cabal a apuração das provas:

Também se observa que o sócio gerente da empresa desde sua constituição, Marcos Boaventura Pereira, CPF n.º 479.578.40949, reside no endereço em que a empresa funciona e é eletrotécnico e na consulta da internet, às fls. 17, a empresa aparece na categoria “eletricistas”.

Além disso, as notas fiscais de prestação de serviço, às fls. 18/62, referem-se a serviço de supervisão de montagem e regulagem de seccionadoras, montagem de colunas, módulos e fases, desmontagem e instalação de disjuntores, montagem e embalagem de módulos e colunas, manutenção elétrica preventiva.

Por meio da representação fiscal e dos fatos apurados, restou descaracterizada a CNAE indicada pelo contribuinte 7499399 (outros serviços prestados principalmente a empresas), que foi considerada na época do despacho decisório constante do processo n.º 10909.001374/200323, a fim de rever a decisão administrativa que deferiu o ingresso da empresa no regime do Simples Federal.

Isso por que o objeto social desenvolvido pela empresa encontra vedação legal capitulada no mencionado artigo 9º, XIII, da Lei n.º 9.317/96, que tipifica atividade profissional qualificada, com necessidade de habilitação profissional.

Outrossim, consigno que o deslinde do PAF se deu de forma escoreita, sem quaisquer máculas em seu desiderato.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Mérito

Quanto ao mérito, entendo que assiste razão o Recorrente. O âmago da questão está em verificar se a atividade efetivamente desempenhada pelo Contribuinte demanda profissional legalmente habilitado para exercício (*in casu*, engenheiros e técnicos).

O acervo probatório acostado aos presentes autos aponta equívoco do Acórdão Recorrido em sua análise. Conforme demonstrado no deslinde processual, o Contribuinte não cuida de exercer atividade típica de engenharia, arquitetura e agronomia, mas sim, efetua tarefas de eletricitista. Tarefas estas que não demandam habilitação profissional para seu desempenho. Tal aspecto restou evidenciado de forma hialina nas diversas notas fiscais (e-fls. 398 à 883).

Em que pese a elogiosa fundamentação do Acórdão de piso, especialmente calcado na Lei nº 5.194/66 e Resoluções CREA nº 218/73 e 278/83, não ficou demonstrada qualquer atividade típica de engenharia ou técnico. Isto porque, vê-se nos autos que o Contribuinte exercia as atividade de eletricitista, a qual não se assemelha à de profissão regulamentada.

Para casos similares de atividades mais básicas do que as de engenharia, houve, inclusive, a elaboração da Súmula CARF n.º 57 enunciando que:

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.

Entendo, pois, que não assiste razão a Fiscalização, face a natureza dos serviços prestados, na forma demonstrada nas notas fiscais. Penso, assim, que as referidas atividades não se enquadram naquelas vedadas no SIMPLES, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, que 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 Acórdão n.º 1102-000.932, 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, sessão de 12 e setembro de 2013, no CARF, em caso similar, decidiu-se, por unanimidade, cancelar ato declaratório de exclusão do SIMPLES dando provimento ao recurso, sendo a ementa:

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SERVIÇOS ELÉTRICOS E HIDRÁULICOS. ATIVIDADE DE ENGENHEIRO OU DE ELETRICISTA E ENCANADOR. ÔNUS DA PROVA.

A jurisprudência do CARF é firme no sentido de que a vedação de opção pelo SIMPLES do inciso XIII do art. 9.º da Lei n.º 9.317, de 1996, abrange serviços prestados por profissionais cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, e não por trabalhadores de mais baixa qualificação.

Nesse sentido, foi editada a Súmula CARF n.º 57, que determina que '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'.

Não é possível se concluir que a atividade de prestação de serviços em elétrica e hidráulica sempre é executada por engenheiros, podendo ser realizada por profissionais de mais baixa qualificação, como eletricitistas e encanadores.

É ônus da autoridade fiscal que pretende excluir a empresa do SIMPLES demonstrar que ela presta serviços próprios de engenheiros, não bastando o singelo argumento de que adotou código de atividade econômica incompatível, em especial quando esse código é genérico e não vinculado à profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

Hipótese em que se pretende excluir do SIMPLES empresa que adotou o CNAE Fiscal 4541100 (Instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive elevadores, escadas, esteiras rolantes e antenas) e que indicava em seu contrato social a prestação de serviços em elétrica e hidráulica, sem quaisquer provas de que os serviços eram prestados por engenheiros.

Recurso Voluntário Provido.

Por sua vez, no Acórdão n.º 393-00.077, Terceira Turma Especial, do Terceiro Conselho de Contribuintes, sessão de 19 e novembro de 2008, decidiu-se na forma da seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES. NÃO EXCLUSÃO. SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO HIDRÁULICA, SANITÁRIA E DE GÁS.

A prestação de serviços de instalação hidráulica, sanitária e de gás não é própria da atividade de engenheiro, portanto,

não se enquadra na condição impeditiva prevista no art. 9.º, inciso XIII da Lei n.º 9.317/96.
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Ainda nessa senda, transcrevo a ementa do Acórdão n.º 9101-003.595, Câmara Superior de Recursos Especiais, da Primeira Seção, sessão de 10 de maio de 2018:

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

Ano-calendário: 2001

Ementa: SIMPLES. INCLUSÃO. POSSIBILIDADE. ATIVIDADE NÃO VEDADA EM LEI.

A prestação de serviço técnico de instalação elétrica e manutenção não se equipara a serviço prestado por engenheiro eletricista, segundo Resolução da própria entidade de Classe CONFEA. Assim, não há impedimento ao ingresso ou permanência da pessoa jurídica no SIMPLES.

Por fim, no Acórdão n.º 1002-000.213, esta c. Segunda Turma Extraordinária da Primeira Seção, sessão de 05 de junho de 2018, decidiu, por unanimidade, o que segue:

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

Data do Fato Gerador: 01/01/2003

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. SERVIÇOS ELÉTRICOS, HIDRÁULICOS E DE PEDREIRO. ATIVIDADE DE ENGENHEIRO NÃO CONFIGURADA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO OBSERVADA. ÔNUS DA PROVA.

A jurisprudência do CARF é firme no sentido de que a vedação de opção pelo SIMPLES do inciso XIII do art. 9.º da Lei n.º 9.317, de 1996, abrange serviços prestados por profissionais cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, e não por trabalhadores que prescindem de maior qualificação profissional.

Não é possível se concluir que a atividade de prestação de serviços em elétrica e hidráulica seja executada por engenheiros, podendo ser realizada por profissionais sem qualificação técnica, como eletricitistas e encanadores.

É ônus da autoridade fiscal que pretende excluir a empresa do SIMPLES demonstrar que ela presta serviços próprios de engenheiros, não bastando o singelo argumento de que adotou código de atividade econômica incompatível, em especial quando esse código é genérico e não vinculado à

profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 146 DO CTN. SEGURANÇA JURÍDICA. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.

O julgamento de primeira instância não pode modificar o critério jurídico utilizado no ato declaratório de exclusão do Simples pela autoridade da administração tributária. A utilização, nas razões de decidir, de outro critério para a exclusão, diferente daquele originalmente utilizado no ato declaratório, configura-se como mudança de critério jurídico, sendo vedada a alteração.

Recurso Voluntário Provido Sem crédito em Litígio

Por restar provido o Recurso do Contribuinte, restam-se superados os demais argumentos trazidos à baila no Recurso Voluntário.

Dispositivo

Ante o exposto, voto em conhecer do recurso voluntário, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa, e no mérito, dar-lhe provimento, mantendo o enquadramento da Recorrente na sistemática do SIMPLES.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira