



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

Processo nº 10980.005211/2006-08
Recurso nº 000.000
Resolução nº **1802-000.034 – 2ª Turma Especial**
Data 24 de maio de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente GPMME MANUTENÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, 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 (Presidente), André Almeida Blanco, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Marcelo de Assis Guerra e Marco Antonio Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 366/389 interposto contra decisão da 2ª Turma da DRJ/Curitiba (fls. 357/362) que manteve o ato de exclusão do SIMPLES de 12/12/2006, com efeito jurídico a partir de 01/01/2002, por exercício de atividade econômica vedada de opção por esse regime de tributação simplificado e favorecido (fl. 15).

A decisão recorrida tem a seguinte ementa (fl 357):

(...)

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE DE MANUTENÇÃO ELÉTRICA E INDUSTRIAL. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL LEGALMENTE EXIGIDA. VEDAÇÃO.

Deve ser mantida a exclusão, se o contrato social da empresa contempla atividades vedadas ao ingresso no Simples (serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais), cabendo ao contribuinte o ônus da prova de que não exerce tais atividades.

EXCLUSÃO DO SIMPLES SERVIÇO DE INSTALAÇÕES ELÉTRICAS. EQUIPARAÇÃO À CONSTRUÇÃO CIVIL. ATIVIDADE VEDADA.

Os serviços de instalações elétricas, por serem equiparados ao de construção civil, são vedados ao regime do Simples.

Solicitação Indeferida

(...)

Quantos aos fatos, consta dos autos:

- que, inicialmente, houve Representação Administrativa do INSS, em **27/04/2006**, de fls. 2/4, informando a RFB que a contribuinte, em tese, estaria exercendo atividade econômica vedada de opção pelo SIMPLES, capitulada no art. 9º, inciso XII, alínea “f” da Lei nº 9.317/96 (prestação de serviço de vigilância, limpeza, CONSERVAÇÃO e locação de mão-de-obra);

- que o objeto social da empresa é a prestação de serviço de MANUTENÇÃO elétrica, industrial, residencial e montagem elétrica, conforme cópia do Contrato Social (fls. 3/10);

- que, na seqüência, houve a exclusão da empresa do SIMPLES em 12/12/2006, com efeito jurídico a partir de 01/01/2002, com a seguinte fundamentação, conforme Ato Declaratório (fls. 13/15):

(...)

2. *Consoante o disposto em seu contrato social, inserto em cópia às fls. 5 e 6 dos autos, a interessada estabeleceu-se em 19/04/1996, tendo por objeto a prestação de "Serviço de manutenção elétrica, industrial, residencial e montagem elétrica".*

3. *Entretanto, a legislação de regência do Simples, no texto da Lei n.º 9.317, de 5/12/1996, dispõe que:*

"Art. 9º Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica:

(...)

V - que se dedique ... à construção de imóveis;

(...)

XIII — que preste serviços profissionais de (...) engenheiro (...), ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

(...)

§ 4º Compreende-se na atividade de construção de imóveis, de que trata o inciso V deste artigo, a execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, como a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo."

(...)

- O ato declaratório de exclusão do SIMPLES da DRF/Curitiba nº 192, foi emitido em 12/12/2006, com efeito jurídico a partir de 01/01/2002, em face do art. 15, II, da Lei nº 9.317, de 1996, com a redação alterada pelo art. 33 da Lei nº 11.196, de 21/11/2005 (fl. 15);

- Intimada do ADE por via postal em 10/01/2007, conforme AR de fl. 17, a contribuinte apresentou a impugnação em 07/01/2007 de fls. 21/41, instruída com os documentos de fls. 42/354, cujas razões estão, resumidas, no relatório da decisão recorrida, que transcrevo (fls. 357/358):

(...)

Preliminar. Nulidade.

a. A impugnante suscita ausência de justa causa para a instauração da representação administrativa, por não conter o mínimo de verossimilhança com a realidade laboral da empresa;

b. Alega que, de acordo com o contrato social e notas fiscais anexadas, a empresa não exerce serviço de conservação, apenas realiza "serviços

de instalação elétrica", que não guardam qualquer relação com conservação;

c. Entende que o agente público não pode, discricionariamente, afirmar que manutenção elétrica, industrial, residencial e montagens elétricas significam a mesma coisa que conservação;

d. Aponta que o ato administrativo deve ser motivado, e devido a total incoerência entre os fundamentos legais constantes na representação administrativa e a atividade desenvolvida pela empresa, deve ser anulado, ab initio, a presente representação, em razão da patente falta de justa causa para sua instauração;

e. Sustenta divergência entre os fundamentos legais da exclusão contidos na representação administrativa e no despacho decisório, já que naquela foi mencionado art. 9º, inciso XII, "f" da Lei 9.317/96 (serviços de conservação), enquanto que nesse o fundamento foram os incisos V, XIII e parágrafo quarto do mesmo artigo (serviços de construção de imóveis, e serviço de engenheiro);

f. Assevera que a divergência evidencia a inobservância dos princípios inerentes ao processo administrativo, dentre eles a necessidade de motivação e da presença dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão, conforme previsão no art. 2º da Lei 9.784/99, o que acarretou sério prejuízo na defesa, pois a sucessiva alteração na fundamentação da exclusão impossibilitou a sua defesa, de modo pleno, da indevida exclusão;

Direito. Indevido enquadramento da atividade econômica

g. Explica que a empresa presta serviços de instalações elétricas, caracterizadas pela troca de lâmpadas, luminárias e assemelhados, não podendo ser equiparados a serviços de engenharia, ou considerados como benfeitorias agregadas ao solo, conforme atestam as notas fiscais juntadas;

h. Justifica que nenhum dos sócios ou mesmo empregados são engenheiros, e que seus funcionários possuem, em média, apenas o primeiro grau completo, conforme íntegra do livro de registro dos funcionários, anexado;

i. Acrescenta que, caso exercesse serviço de engenharia, o próprio contrato social seria registrado junto ao cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, ao invés da Junta Comercial;

j. Cita decisões judiciais;

k. Conclui que o entendimento adotado pelo fisco carece de suporte fático-legal, pois definitivamente não corresponde aos serviços efetivamente executados pela empresa, bem assim à correta interpretação do comando legal, razão pela qual deve ser mantida a sua opção pelo Simples;

Impossibilidade de fundamentação pelo ADN COSIT nº 04/2000

l. Sustenta que o referido ato aplica-se exclusivamente às pessoas jurídicas que prestam serviços de montagem e manutenção de

equipamentos industriais, não dizendo respeito à atividade desenvolvida pela empresa; e que o referido ato, além de ter extrapolado as disposições legais, (...), não se amolda aos serviços executados pela empresa;

Inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/96

m. Pondera que a Constituição determinou a concessão de tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, como tal definidas em lei, e não houve autorização à lei (...) eleger quais as empresas poderiam gozar do benefício, mas somente para determinar os critérios de classificação;

n. Conclui que a determinação dos arts. 170 e 179 da CF/88, em consonância com o art. 150, II, faz-se no sentido de que todos os contribuintes cujo porte econômico — e não a atividade — os qualifique como microempresas ou empresas de pequeno porte, fazem jus ao tratamento diferenciado.

(...)

Irresignada com a decisão recorrida de fls. 357/362, que manteve o ato declaratório de exclusão SIMPLES, da qual tomou ciência em 03/08/2009 (fl. 365), a recorrente apresentou Recurso Voluntário em 25/08/2009 de fls. 366/389, juntando os documentos de fls. 390/393, cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- Preliminar de nulidade:

- que o INSS, em sua representação fiscal, entendeu que a recorrente presta serviços de conservação, devendo ser excluída do SIMPLES (art. 9º, inciso XII, “f”, da Lei nº 9.317/96). Entretanto, o despacho decisório e o ato declaratório, os quais foram totalmente acolhidos pela r. decisão recorrida, consignam que a recorrente presta serviços de construção de imóveis e serviços profissionais de engenharia, fundamentos diversos; que restou caracterizada divergência de fundamentação entre o INSS e a RFB; que essa alteração ou divergência da fundamentação para exclusão do SIMPES gerou prejuízo à sua defesa, caracterizando cerceamento do direito de defesa, em face da divergência de motivação do ato administrativo; que faltou nexa entre o motivo do ato e a norma jurídica;

- Quanto à matéria de mérito:

- Do não exercício de atividade vedada de opção no SIMPLES:

- que a atividade da recorrente não se enquadra, não se subsume, nas atividades imputadas pelo fisco (Lei nº 9.317/96, art. 9º, incisos V e XIII);

- que os referidos dispositivos legais que fundamentam a exclusão da empresa do SIMPLES não podem ser aplicados à situação da recorrente, pois conforme restará demonstrado, a empresa presta serviços de instalações elétricas (instalação de iluminação temporária em canteiro de obra, serviço de adequação e instalação de luminárias e interruptores, serviço de instalação de refletores), os quais não podem, de forma alguma, serem equiparados a serviços de engenharia ou considerados como benfeitorias agregadas ao solo;

- que nenhum dos seus sócios, ou mesmo empregados, são engenheiros;

-
- que a atividade da recorrente não exige a presença de engenheiros, que nenhum dos seus profissionais detém essa qualificação, conforme comprovado pela cópia do livro de registro de empregados;
 - que art. 9º da Lei nº 9.317/96 deixa claro que sua aplicação se restringe apenas às sociedades que reúnem pessoas de profissão regulamentada;
 - que a recorrente não é sociedade civil de profissionais habilitados, não desenvolvendo atividades profissionais de engenharia, não lhe sendo cabível, portanto, a aplicação do art. 9º da Lei nº 9.317/96;
 - que o Poder Judiciário já pacificou o entendimento de que as atividades desenvolvidas por empresa que possuem exatamente o mesmo objeto social da recorrente não podem ser consideradas como prestação de serviços profissionais de engenharia, tampouco de serviços assemelhados de engenharia, sob pena de se desvirtuar o sentido teleológico da lei;
 - que a fiscalização alega que a recorrente exerce atividade vedada pela legislação do SIMPLES desde a data da sua constituição (03/04/1996);
 - que seria necessário juntar todas as notas fiscais emitidas até o momento pela recorrente, o que de fato seria impossível, porque elas perfazem um montante expressivo de notas fiscais (mais de 10 anos), o que de fato inviabilizaria a análise da documentação juntada e o manuseio dos autos;
 - que a autoridade administrativa possui meios de buscar a verdade material (caso, ainda, haja dúvida em relação à atividade da recorrente), realizando a verificação *in locu*;
 - que a recorrente é empresa prestadora de serviços e não sociedade de profissionais habilitados;
 - que seus serviços estão restritos à instalação elétrica, caracterizada pela troca de lâmpadas, instalações de luminárias, tomadas e assemelhados;
 - que o entendimento do fisco foi equivocado ao enquadrar a atividade da empresa na hipótese do art. 9º, incisos V e XIII, e § 4º, da Lei nº 9.317/96; que isso não corresponde à verdade material, razão pela qual, a recorrente deve ser mantida no SIMPLES;
 - Da ausência de prestação de serviços que justifiquem a exclusão do SIMPLES: inaplicabilidade do ADN COSIT nº 04/2000:
 - que a atividade efetivamente exercida pela recorrente é a instalação elétrica, caracterizada pela troca de lâmpadas, instalações de luminárias, tomadas e assemelhados;
 - que, por equívoco incorrido, foi inserida, indevidamente, em seu contrato social a atividade de manutenção elétrica industrial, não praticada pela empresa;
 - que os serviços de montagem e manutenção elétrica industrial, como o próprio nome já diz, podem ser definidos como os cuidados técnicos indispensáveis ao funcionamento permanente e regular da parte elétrica de maquinários industriais;

- que referidos serviços pressupõem conhecimentos sólidos de engenharia elétrica, isto é, são exercidos por engenheiros elétricos;

- que, entretanto, a recorrente, em tempo algum, prestou esse tipo de serviços, e, nem poderia, porquanto não possui qualificação técnica para intervir em maquinários industriais;

- que se tenha em mente que a recorrente somente realiza instalações elétricas em estabelecimentos comerciais;

- que, portanto, tem-se por inaplicável ao caso o ADN COSIT nº 04/2000, porque referido ato aplica-se, EXCLUSIVAMENTE, às pessoas jurídicas que prestam serviços de montagem e manutenção de equipamentos INDUSTRIAIS, não dizendo respeito à atividade desenvolvida pela recorrente;

- Da finalidade do SIMPLES: tratamento tributário diferenciado e favorecido à microempresa e empresa de pequeno porte – necessidade de interpretação da Lei nº 9.317/96 conforme a Constituição Federal.

Por fim, a recorrente, com nessas razões expendidas, pediu a declaração de nulidade do ADE, por cerceamento do direito de defesa, pela falta de motivação e deficiência na fundamentação; que deve prevalecer a verdade material, pois a atividade efetivamente desenvolvida pela recorrente resume-se a instalação elétrica, caracterizada pela troca de lâmpadas, instalações de luminárias, tomadas e assemelhados, atividades que não dependem de profissional de engenharia regularmente habilitado; que a recorrente jamais praticou (e nem poderia por óbice legal) executar serviços de montagem e manutenção elétrica industrial, serviços de construção de imóveis, pois são serviços prestados exclusivamente pelos profissionais de engenharia.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos. Portanto, dele conheço.

Os autos tratam de exclusão do SIMPLES, com efeito jurídico a partir de 01/01/2002, pelo Ato Declaratório Executivo da DRF/Curitiba nº 192, de 12 de dezembro de 2006, pelo fato da contribuinte prestar serviços cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida, art. 9º, V e XIII e § 4º, da Lei nº 9.317/96 (fl. 15).

A decisão recorrida, no mesmo sentido, sustenta que a atividade exercida pela contribuinte justifica a sua exclusão do SIMPLES, tendo em vista o disposto nos incisos V e XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96 que veda a opção pelo regime tributário simplificado de pessoa jurídica que preste serviços profissionais cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

A recorrente sustenta que os argumentos para exclusão do SIMPLES são equivocados, na medida que seu contrato social prevê – como objeto social – apenas “serviço de manutenção elétrica, industrial, residencial e montagens elétricas” e que, para essas atividades que realiza, não se requer engenheiro em seu quadro social ou funcional.

A recorrente alega que o fisco, para sua exclusão do regime de tributação favorecido, pautou-se, exclusivamente, no objeto social da empresa: “serviço de manutenção elétrica, industrial, residencial e montagens elétricas”, conforme cópia do Contrato Social, de 03 abril de 1996 (fls. 05/06); que a atividade efetivamente exercida pela recorrente é a instalação elétrica, caracterizada pela troca de lâmpadas, instalações de luminárias, tomadas e assemelhados; que foi inserida, indevidamente, no seu contrato social a atividade de manutenção elétrica industrial, a qual não é exercida pela empresa; que não possui engenheiro no seu quadro social ou no seu quadro de funcionários.

As cópias de alterações do instrumento de Contrato Social de 03/03/1998 e de 13/05/2002 não informam mudança do objeto social da empresa e informam que os 4 (quatro) sócios são eletricitas (fls. 07/08 e 09/10).

As cópias de notas fiscais revelam que a empresa presta serviços de manutenção elétrica, montagem eletromecânica, assessoria em montagens e projetos elétricos industrial e predial, e montagens e adequação de painéis em geral, em regra para pessoas jurídicas (fls. 45/113).

O fato da empresa ter aptidão ou prestar assessoria em montagens e projetos elétricos industrial e predial, em tese, são serviços profissionais cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida.

Os documentos de registro dos empregados revelam que os funcionários da empresa são eletricitas, profissionais práticos, com escolaridade de 1º e 2º graus, porém - na

maioria das fichas do Livro de Registro de Empregados - o grau de escolaridade dos eletricitistas registrados não foi preenchido (fls. 115/330)

Os elementos constantes dos autos, destarte, são insuficientes para formação da convicção do julgador quanto ao real objeto social da empresa (real atividade econômica exercida pela recorrente).

Propugno, então, pela conversão do julgamento em diligência, fazendo-se a remessa dos autos do processo à unidade de origem da Receita Federal do Brasil – DRF/Curitiba para apurar:

- a) quais são os serviços prestados pela empresa a partir de 01/01/2002;
- b) se a empresa prestou ou presta serviços cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida, a partir de 01/01/2002;
- c) se a empresa teve ou tem engenheiros registrados no seu quadro social ou no quadro de funcionários, a partir de 01/01/2002;
- d) e obter - RAIS - da contribuinte, entregue ao Ministério do Trabalho, a partir de 2002 (verificar se no quadro de funcionários informado, houve, ou não, o registro de engenheiros);
- e) junto ao Conselho Regional de Engenharia, Agronomia e Arquitetura – CREA/PR, se há registro de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART em nome da empresa ou em nome de profissionais que prestam ou prestaram serviços à empresa, a partir de 01/01/2002;
- f) se a recorrente prestou ou presta serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais, serviços de engenharia ou considerados como benfeitorias agregadas ao solo (ADN COSIT nº 04/2000), a partir de 01/01/2002.

Em face do exposto, voto para CONVERTER o julgamento em diligência, conforme proposto acima.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel