



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

Processo nº 10980.011588/2005-15
Recurso nº 513.280 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.483 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de maio de 2011
Matéria Exclusão do SIMPLES
Recorrente Ferway Frios Ltda
Recorrida Fazenda Nacional

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. OBJETO SOCIAL SERVIÇOS MECÂNICOS. ÔNUS DA PROVA. A atividade de prestação de serviços mecânicos e manutenção de equipamentos pesados não está vedada à opção pelo SIMPLES. No procedimento de exclusão do regime cabe à Administração Tributária provar que a pessoa jurídica exercia atividade vedada à opção pelo sistema. Não é cabível a exclusão do SIMPLOS sem a efetiva demonstração do exercício de atividade não permitida.

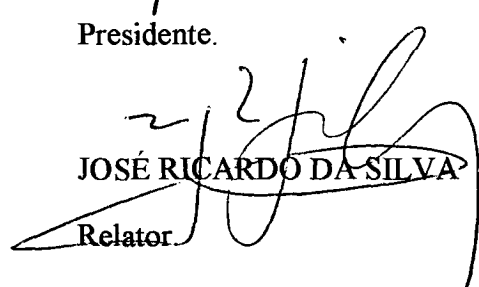
Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso voluntário. Ausente o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior.


FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ

Presidente.


JOSÉ RICARDO DA SILVA

Relator.

01 APO 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente), Edeli Pereira Bessa, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, José Ricardo da Silva (Relator), Nara Cristina Takeda Taga e Benedicto Celso Benício Júnior



Relatório

FERWAY FREIOS LTDA., recorre a este colegiado (fls. 48/49), contra decisão da 2ª Turma da DRJ/CTA, consubstanciada no acórdão nº 06-22.177 (fls. 41/44), que indeferiu sua solicitação de permanência no SIMPLES.

Em procedimento fiscal levado a termo, foi constatado que a Recorrente, em virtude de prestar serviços que destacam a manutenção de vagões de locomotiva, labor este que demanda profissionais com profissão regulamentada, não poderia optar pelo regime de tributação do SIMPLES, uma vez que o inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317 de 05 de dezembro de 1996 a veda, tendo sido lavrado, em consequência, Representação Fiscal, a fim de se proceder sua exclusão (fls. 03/04).

Foram juntados às fls. 5 e 7, cópias da sua primeira alteração contratual, onde o ramo de atividade era *prestação de serviços e assistência técnica em equipamentos e máquinas de transporte rodoferroviário e representações comerciais*, os quais foram modificados para *comércio e manutenção de sistemas de freios, peças de reposição e assistência técnica*, além de constas às fls. 8 e 9, notas fiscais emitidas pela empresa em 10/06/2003, referentes aos serviços de manutenção em locomotivas, prestas a empresa All América Latina Logística do Brasil S/A, com inscrição no CNPJ 01.258.944/0001-50.

Assim, por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRE/CTA 126, de 7 de dezembro de 2005 (fls 14), o Delegado da Receita Federal daquela jurisdição declarou sua exclusão do regime de tributação SIMPLES, cujos efeitos surtiram a partir de 1º de janeiro de 2002, fundamentado no art. 15, II, da Lei 9.317/96, com declaração alterada pelo art. 33 da Lei 11.196/05, combinado com o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal..

No dia 16 de dezembro de 2005, a Recorrente foi cientificada de sua exclusão (fls. 16), apresentando em 19 de janeiro de 2006 Manifestação de Inconformidade Fiscal, com os seguintes argumentos:

- a) os serviços prestados pela Recorrente consistem em mera manutenção de equipamentos ferroviários (vagões), sendo a mesma atividade exercida por qualquer oficina mecânica, não demandando formação em ensino superior, além de não ser especializada, a qual não dispensa profissão regulamentada;
- b) o despacho decisório associou sua atividade indevidamente à de engenharia, sendo que a Lei 5.194/66, que regulamenta os profissionais da engenharia, pressupõe a presença do interesse social e a realização de projetos voltados à este interesse, o que não ocorreu na presente celeuma;
- c) cita a solução de consulta nº 188, de 04/12/2002, que decidiu caso similar, além do posicionamento da Primeira Turma da DRJ de Ribeirão Preto, onde consubstanciou-se no acórdão 9.033, de 05 de dezembro de 2005, que *empresas que prestam serviços de manutenção e reparação mecânica de veículos pesados podem optar pelo SIMPLES*;

- d) o fundamento exarado no despacho decisório de que a Recorrente executava os contratos mediante cessão de mão-de-obra supervisionada por terceiros é equivocado, pois ela nunca foi intimada para esclarecer a natureza dos contratos realizados;
- e) agindo essa forma, o Auditor Fiscal exerceu poderes que não são de sua competência, pois ele não pode emitir juízo de valor sobre os contratos executados pela Recorrente, sob pena de usurpar competência da Justiça do Trabalho, conforme decidido na AC 630569 e AC 364963, ambas do TRF4;
- f) as novas regras trazidas pela Lei 10.964/04 permitem que as empresas que exercem atividades em discussão optem pelo SIMPLES, conforme art. 4º, inciso I;
- g) assim, deve-se aplicar a retroatividade da lei mais benéfica a Recorrente, conforme o art. 106 do CTN;
- h) tal matéria já foi apreciada e decidida de forma favorável a pretensão dos contribuintes, conforme decisão prolatada no EDRESP 603451, pelo STJ;
- i) qualquer medida tendente a impedir a Recorrente a adotar o SIMPLES é ilegal, já que afronta o art. 170, IX, da Constituição Federal;
- j) a Recorrente junta cópia dos recibos de entrega das declarações simplificadas nos últimos cinco exercícios, solicitando que a autoridade julgadora se manifeste sobre a autenticidade dos mesmos;
- k) ao final, solicita que a manifestação seja recebida no efeito suspensivo.

A Turma julgadora, ao apreciar o mérito, indeferiu a solicitação, conforme se extrai da ementa:

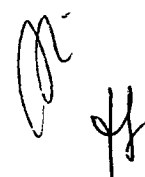
Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002

INTIMAÇÃO. ENDEREÇO DO PROCURADOR. MATÉRIA DISCIPLINADA NO PAF. FALTA DE PREVISÃO.

De acordo com a disciplina instituída no PAF, as intimações devem ser encaminhadas ao endereço do sujeito passivo, sem previsão para o envio de correspondências para o endereço do procurador da empresa.

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



Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SERVIÇO DE MANUTENÇÃO EM VAGÕES, LOCOMOTIVAS E TRENS. EXECUÇÃO DE FORMA ESPECÍFICA. COMPLEXIDADE. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. INCOMPATIBILIDADE COM O SIMPLES.

Os serviços de manutenção de freios em vagões, locomotivas, quando prestados de forma específica, de acordo com especificações e necessidades do cliente, envolvendo alguma complexidade, exigem qualificação técnica, tornando-os incompatíveis com o regime privilegiado do Simples.

SIMPLES. PROFISSIONAL DA CONTRATADA À DISPOSIÇÃO DO CONTRATANTE. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE VEDADA.

A prestação de serviço em que o profissional da contratada fica à disposição da contratante, seguindo suas ordens e orientações, caracteriza cessão de mão de obra, que é atividade vedada ao ingresso no Simples.

Ciente da decisão de primeira instância em 17/06/2009 (fls. 44), e com ela não se conformando, a Recorrente encaminhou a este Colegiado Recurso Voluntário (fls. 48/49), apresentando, em partes, as mesmas razões de fato e de direito, alegando que:

- l) todos os seus concorrentes estão enquadrados no SIMPLES, já que estes serviços são de corriqueira execução, não requerendo qualificação técnica e são executados por artífices mecânicos/metalúrgicos;
- m) considerando a dificuldade de levar um vagão ferroviário para um local não servido por trilhos, os serviços são executados nas instalações da contratante e supervisionados por um empregado da Recorrente;
- n) assim, a atividade desempenhada não é privativa de engenheiro ou técnico mecânico, pois trata-se de inspeção, reparação, recuperação ou troca de componentes desgastados ou acidentados de vagões e locomotivas, utilizando-se ferramentas e mão de obra usuais em qualquer oficina mecânica;
- o) a Recorrente se enquadra no primeiro item da exceção estipulada pela Lei 11.051/04, artigo 4º, onde diz “outros veículos pesados”, que no processo vertente, são as locomotivas;
- p) caso o indeferimento seja mantido, a Recorrente não poderá participar em condições de igualdade com os demais concorrentes nas licitações que participa nas Ferrovias, o que fatalmente levará a extinção da Empresa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Ricardo da Silva

O recurso voluntário interposto é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Conforme se depreende dos autos, a administração tributária excluiu a recorrente do SIMPLES, apoiada exclusivamente no contexto das atividades do contrato social desta (fls. 05), onde consta ter sido ela registrada para exercer a atividade de "*comércio e manutenção de sistemas de freios, peças de reposição e assistência técnica*".

Nessas condições, e forçoso afirmar que a simples menção de uma atividade impeditiva, dentre várias, e no caso sequer claramente impeditiva, não é, por si só, motivo de exclusão do Simples. Ainda mais, havendo dúvidas sobre a efetiva possibilidade de equipar a atividade exercida a "*serviços de engenharia*", caberia à administração tributária colher provas que demonstrassem, inquestionavelmente, que ao menos uma das atividades efetivamente desenvolvidas pela recorrente é vedada ao Simples.

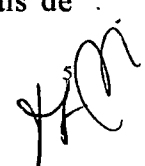
Reiteradas são as decisões do Conselho de Contribuintes neste sentido, a exemplo do decidido no Acórdão 302-39589, de 20/06/2008, assim ementado:

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. OBJETO SOCIAL MÚLTIPLO. ÔNUS DA PROVA. Havendo mais de uma atividade no objeto social da empresa, e nem todas vedadas à opção pelo SIMPLES, no procedimento de exclusão do regime cabe à Administração Tributária provar que a recorrente praticava pelo menos uma das atividades vedadas constantes de seu contrato social, ou mesmo não constante desse, e não à recorrente fazer prova negativa de que não praticava nenhuma atividade vedada, portanto, é indevida a exclusão.

Recurso Voluntário Provido.

Registre-se, por oportuno, que nada disso foi implementado pelo órgão preparador, apesar da recorrente informar que "*a prestação de serviços por ela exercidos consiste em mera manutenção de equipamentos ferroviários (vagões), o que nada mais é do que a mesma atividade exercida por qualquer oficina mecânica, atividade essa que não exige a formação em ensino de nível superior, não é especializada e, principalmente, não depende de formação em qualquer profissão regulamentada*" (fls. 21).

De fato, o que se conclui em razão da fundamentação legal mencionada no ADE e pelo enquadramento no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a atividade exercida pela interessada foi tida pela administração da DRF como integrante dos serviços pertencentes à categoria de "serviços profissionais", mais especificamente, de "serviços profissionais de



engenheiro", o que, entretanto, não está comprovado de fato. Aliás, também foi este o raciocínio adotado pelo relator do acórdão recorrido, o que se infere do seguinte excerto do voto: *"Considero que o serviço de manutenção de vagões, locomotivas e trens, na forma prestada pelo contribuinte, na forma prestada pelo contribuinte, não se trata de um produto massificado, tanto assim que nem consta precedente de pedido similar na base de jurisprudência das DRJs ou do Conselho de Contribuintes. ... Tudo leva a crer que o contribuinte exerce atividades específicas que envolvem alguma complexidade, que a torna incompatível com o regime privilegiado idealizado pelo legislador"*.

Com a devida vênia, ousou discordar do entendimento expresso no acórdão recorrido, pois não existe sequer qualquer evidência que as atividades exercidas pela contribuinte exijam a interferência de engenheiro mecânico, ou que nela se desempenhem atividades de competência primordial de profissionais legalmente habilitados na área de engenharia.

Além do mais, não há nos autos qualquer prova efetiva, cujo ônus é do fisco, que imponha o entendimento de que os serviços prestados na oficina da interessada são, no mínimo, de relativa complexidade.

Faço minhas as palavras do ilustre Conselheiro Gervário Nicolau Recktenvald, proferidas no Acórdão nº 1103-00.240, de 5 de julho de 2010, quando afirma: *"a propósito, a reiterada adoção, pela Receita Federal, da citada Resolução, no intuito de caracterizar como "serviços profissionais" diversas atividades dedicadas à manutenção e reparação de bens variados, impulsionou a edição do art. 4º da Lei nº 10.964/2004, posteriormente alterado pela Lei nº 11.051/2004, e que foi regulamentada pelo Ato Declaratório Executivo nº 8, de 18 de janeiro de 2005."*

Referido dispositivo legal excetuou, expressamente, da distorcida interpretação do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, retroativamente, diversos serviços de manutenção e reparação, a exemplo dos *"serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados"*, nos seguintes termos:

Art, 4º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I — serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

II — serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

III — serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

IV — serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

SIMPLES - ATIVIDADES DE ENGENHARIA CIVIL - ATIVIDADES NÃO VEDADAS PELA LEI COMPLEMENTAR 123/2006 - APLICAÇÃO RETROATIVA. As atividades de construção de imóveis e de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, não são mais vedadas ao SIMPLES nos termos do artigo 17, § 1º, inciso XIII, da LC 123/2006, Aplicação retroativa em virtude do artigo 106, inciso II, alínea "b", do Código Tributário Nacional. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO (Acórdão 301-34.362, de 27/03/2008, Recurso 130.441) (No mesmo sentido os Acórdãos 303-34535, 301-34.578 e 393-00.020)

Diante disto, de acordo com os precedentes citados, também por força do princípio da retroatividade benigna, que teria amparo no art. 106, inciso II, alínea "b", da Lei nº 5.172/66 — Código Tributário Nacional, não poderia vingar a exclusão da recorrente do Simples a partir de 01/01/2002, conforme estabelece o Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 126, de 07 de dezembro de 2005 (fls. 14).

Na esteira destas considerações, tendo como suporte o entendimento de que os serviços prestados pela recorrente não se ajustam, em vista de sua pouca complexidade, às atividades próprias de engenheiro, e por expressamente admitidas no Simples conforme disposições do art. 4º da Lei nº 10.964/2004, posteriormente alterado pela Lei nº 11.051/2004, posteriormente regulamentada pelo Ato Declaratório Executivo nº 8, de 18 de janeiro de 2005, não vejo como manter a exclusão do Simples em relação as atividades exercidas pela recorrente,

Assim, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 27 de maio de 2011

José Ricardo da Silva

Relator