



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 13607.000736/2004-32
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.383 – 1ª Turma
Sessão de 5 de fevereiro de 2018
Matéria SIMPLES- ATIVIDADE VEDADA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BOBINADORA PX LTDA

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

Ano-calendário: 2003

EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATIVIDADE VEDADA. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/1996. PROVA.

Não há fundamento para a exclusão da pessoa jurídica do regime do SIMPLES por desrespeito ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, se não restar provada a efetiva prestação de serviços constante da acusação, que se baseara apenas na previsão do contrato social.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Régo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Régo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela PGFN, em face do acórdão nº 1101-00.599, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, assim ementado:

“SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE REBOBINAGEM DE MOTORES ELÉTRICOS, CONSTRUÇÃO, REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE REDE ELÉTRICA. SERVIÇOS AUXILIARES E COMPLEMENTARES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. A atividade de prestação de serviços de montagem e reparação de instalações elétricas, 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 SIMPLES sem a efetiva demonstração do exercício de atividade não permitida.”

De acordo com o voto condutor do aresto recorrido:

- a) a Fiscalização não comprovou que as atividades então exercidas pela Recorrida exigiam a interferência de engenheiro mecânico ou assemelhados;
- b) o artigo 4º da Lei nº 10.964/2004, com a redação dada pela Lei nº 11.051/2004, retroage ao tempo da opção pelo Simples para excluir a restrição do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, em benefício das pessoas jurídicas prestadoras de serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados, bem como serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos, desde que não enquadradas em outras hipóteses de vedação;
- c) a jurisprudência do antigo 3º Conselho de Contribuintes acolhia aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006. Nesse sentido, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de reparação e manutenção de máquinas e equipamentos agrícolas, antes excluídas do Simples federal em razão da equiparação com prestadoras de serviços de engenharia, tornaram-se inseridas no mencionado regime.

Tendo em conta que os autos físicos chegaram à PGFN no dia 13/03/2012 (fl. 141), considera-se efetivada a intimação do órgão de defesa fazendário no dia 12/04/2012.

Recurso Especial remetido ao CARF no dia 26/04/2012, à fl. 142. Nessa oportunidade, a Recorrente ataca o acórdão recorrido no ponto em que este sustenta que o ônus da prova da realização da atividade vedada é da Fiscalização, e não do contribuinte. Para tanto, expõe o acórdão nº 302-39613, da 2ª Câmara do extinto 3º Conselho de Contribuintes, oferecido como paradigma na defesa da tese de que o ônus da prova cabe ao contribuinte:

“SIMPLES. PRESENÇA DE ATIVIDADE VEDADA NO CONTRATO SOCIAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO EM CONTRÁRIO. A exclusão do Simples em razão da presença de atividade vedada no contrato social da empresa pode ser revertida, desde que a empresa comprove que nunca exerceu a atividade vedada.”

A Recorrente também apresenta o acórdão nº 202-12341, da 2ª Câmara do extinto 2º Conselho de Contribuintes, que, adotando interpretação divergente sobre o dispositivo legal que emprestou fundamento ao acórdão recorrido, perfilhou o entendimento de que a previsão no contrato social é suficiente para excluir a pessoa jurídica do Simples, ainda que não esteja exercendo efetivamente a atividade vedada, *verbis*:

“SIMPLES - EXCLUSÃO - ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PERMITIDA - I - A caracterização da atividade econômica da pessoa jurídica, primordialmente, dá-se pela verificação do registro de seu objeto social. II - A previsão no objeto social da pessoa jurídica ou o exercício das atividades de publicidade e propaganda, ou de atividades assemelhadas a uma delas, ainda que não esteja ela exercendo, efetivamente, por estarem relacionadas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, constituem impedimento à opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. Recurso que se nega provimento.”

A defesa da Fazenda Nacional salienta que a exclusão do Simples decorreu da constatação da existência de previsão contratual e, mais além, da prestação de serviços de rebobinagem de motores elétricos; construção, reparação e manutenção de rede elétrica; elaboração de projetos elétricos e comércio varejista de peças e material elétrico. Nessa linha, manifesta que tais atividades só podem ser exercidas por engenheiros ou assemelhados, destacando, ainda, que, quando intimada a entregar as notas fiscais de prestação de serviços, a Recorrida intencionalmente optou por deixar de apresentar a totalidade das notas fiscais de serviços relativos ao período de 2002 a 2004.

Ao final, requer que o Recurso Especial seja conhecido e provido, restaurando-se a decisão de primeira instância.

Ciência da Recorrida para apresentação de contrarrazões no dia 06/09/2015.
Prazo transcorrido *in albis*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

Na interposição do presente Recurso Especial, foram atendidos os requisitos de recorribilidade. Dele conheço.

Consta no Ato Declaratório Executivo DRF/STL nº 510.803, de 2 de agosto de 2004, que a Recorrida foi excluída do Simples, a partir de 01/01/2002, em razão de atividade econômica vedada: 3112-7/02 – instalação, reparação e manutenção de transformadores, indutores, conversores, sincronizadores e semelhantes – ocorrida em 21/11/2000, o que configuraria infração ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996.

Com a impugnação do feito, a DRJ/Belo Horizonte indeferiu a solicitação de revisão do ato de exclusão, escorando-se nos seguintes argumentos:

“[...] A hipótese de exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES com fundamento no exercício de atividade econômica vedada para o sistema,

pressupõe a obtenção de receita oriunda de atividade vedada. O referido diploma legal impede a opção pelo Simples por parte das pessoas jurídicas:

- que prestem os serviços profissionais expressamente listados;
- que prestem os serviços profissionais assemelhados àqueles expressamente listados;
- que prestem serviços profissionais não expressamente listados, cujo exercício dependa de habilitação legalmente exigida.

Em conformidade com a Primeira Alteração de Contrato, fls. 10/12, a descrição do objeto social é:

[...] prestação de serviços de rebobinagem de motores elétricos; construção, reparação e manutenção de rede elétrica; elaboração de projetos elétricos e comércio varejista de material elétrico.

A requerente afirma na SRS. fl. 14. que a atividade que explora é a:

[...] Fabricação de subestações, quadro de comando, reguladores de alta voltagem e outros aparelhos e equipamentos para distribuição e controle de energia, comércio varejista de peças e material elétrico, e eventualmente reparação de aparelhos de distribuição de energia (rebobinagem) bem como em número muito pequeno serviços de instalação elétrica.

[...]

A empresa esclarece ainda que até a presente data não prestou quaisquer serviços de elaboração de projetos elétricos.

Verifica-se a obtenção de receita oriunda da prestação de serviço profissional de engenheiro caracterizada pela "reparação de aparelhos de distribuição de energia" e pelos "serviços de instalação elétrica". Logo, o ato de exclusão não contém incorreções. (grifei)

Pelo fato das alegações referentes à exclusão e seus efeitos, cabe ressaltar que a Lei nº 9.317, de 1996, determina:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

[...]

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

[...]

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

[...]

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Ainda a Instrução Normativa SRF nº 355, de 2003, que vigorava à época, previa:

Art. 24. [...]

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

[...]

II - de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

No presente caso a pessoa jurídica incorreu em situação excludente e por esta razão estava obrigada a preceder à exclusão mediante comunicação à Secretaria da Receita Federal. Como este procedimento não foi adotado voluntariamente, foi efetuada de forma regular a exclusão de ofício pelo Delegado da Receita Federal em Sete Lagoas/MG, no estrito cumprimento do dever legal (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Além disso, a partir dos efeitos da exclusão, ou seja, 01/01/2002, a requerente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive às obrigações tributárias principais e acessórias. Logo os efeitos do ato de exclusão devem prevalecer.”

Com o indeferimento da manifestação de inconformidade, a Recorrida interpôs recurso voluntário ao 3º Conselho de Contribuintes. No primeiro momento, a 1ª Turma Especial do 3º Conselho de Contribuintes expediu resolução para a realização de diligência destinada a apurar, “*através (sic) do exame de notas fiscais, recibos, faturas ou documentos assemelhados, a real atividade exercida pelo [então] Recorrente.*”

No desempenho da diligência, o agente fiscal designado intimou o próprio recorrido a entregar à Fiscalização:

- “todos os Blocos de Notas Fiscais de Saída/Prestação de Serviços para o período de 01/01/2002 a 31/12/2004, bem como Contratos de Prestação de Serviços e Livros Caixas relativos ao mesmo período”;

- “todos os Livros de Registros de Empregados, bem como contratos de prestação de serviços por profissionais autônomos – anos de 2002 a 2004”.

No relatório denominado Informação Fiscal, o agente fiscal assim resumiu o que pôde coletar na realização do trabalho, afora suas conclusões:

“Em função da não apresentação da totalidade dos blocos de Notas Fiscais de Prestação de Serviços relativos ao período de 2002 a 2004 não é possível afirmar se a empresa **prestou ou não** serviços de Elaboração de Projetos Elétricos.

Contudo se constata, na especificação dos serviços executados constantes das Notas Fiscais apresentadas, que ora citamos por amostragem, **a prestação dos serviços de construção, reparação e manutenção de rede elétrica** - fls 85 a 117. (grifei)

[...]

Ainda, os segurados empregados, em quase sua totalidade, foram contratados pela empresa para exercer as funções de Eletricista de Bobinagem, Auxiliar de Eletricista, Eletricista Industrial I, Gerente de Planejamento Elétrico, Eletricista Instalador, Eletricista, ½ Oficial Eletricista, Eletricista Montador e Eletricista de Manutenção conforme LRE - Livro de Registro de Empregados - fls 62 a 84.

[...]

A interessada exerce a atividade de prestação de serviços de rebobinagem de motores elétricos, construção, reparação e manutenção de rede elétrica e comércio varejista de material elétrico.

A Lei nº 5.194, de 24/12/1966, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro Agrônomo, no seu art. 27, determina:

Art. 27- São atribuições do Conselho Federal:

(...)

f) baixar e fazer publicar as resoluções previstas para regulamentação e execução da presente Lei, e ouvidos os Conselhos Regionais, resolver os casos omissos;

A Resolução CONFEA nº 218, de 29/06/1973, assim dispõe:

O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, usando das atribuições que lhe conferem as letras "d" e "f, parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 5.194, de 24 Dez 1966, CONSIDERANDO que o art.7º da Lei nº 5.194/66 refere-se às atividades profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro agrônomo, em termos genéricos;

(...)

RESOLVE:

art. 1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da engenharia, arquitetura e agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:

(...)

Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico;

(...)

Atividade 14 - Condução de trabalho técnico;

Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção;

Atividade 16 - Execução de instalação, montagem, e reparo;

Atividade 17 - Operação e manutenção de equipamento e instalação;

art. 9º - Compete ao ENGENHEIRO ELETRÔNICO ou ao ENGENHEIRO ELETRICISTA, MODALIDADE ELETRÔNICA ou ao ENGENHEIRO DE COMUNICAÇÃO

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistemas de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos.

(...)

art. 23 - Compete ao TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR OU TECNÓLOGO:

I - o desempenho das atividades 09 a 18 do artigo 1º desta Resolução, circunscritas ao âmbito das respectivas modalidades profissionais;

(...)

art. 24 - Compete ao TÉCNICO DE GRAU MÉDIO:

I - o desempenho das atividades 14 a 18 do artigo 1º desta Resolução, circunscritas ao âmbito das respectivas modalidades profissionais; (grifo nosso).

IV - CONCLUSÃO

O exercício de qualquer atividade impeditiva, independentemente da participação percentual das receitas dela provenientes no resultado total da pessoa jurídica, veda a adesão ao Simples, uma vez que não há previsão legal para o pagamento de tributos da forma que poderíamos denominar mista, isto é, parte segundo as regras do sistema tradicional e parte consoante as normas do Simples.

De todo o exposto, concluímos que o Contribuinte desenvolveu, no período de 2002 a 2004, atividades atinentes à profissão de engenheiro, tecnólogo ou técnico de grau médio, profissões que dependem de habilitação profissional legalmente exigida.” (grifei)

Verifica-se, no exame dos autos, que a Turma recorrida não deu a menor importância à citada Informação Fiscal, além de demonstrar discordância em relação aos fundamentos do acórdão da DRJ, ao ressaltar que não há qualquer evidência de que as

atividades exercidas pela recorrida exijam a interferência de engenheiro, “ou que nela se desempenham atividades de competência primordial de profissionais legalmente habilitados na área de engenharia.”

Também impende dar o devido relevo ao voto condutor do acórdão recorrido quando este pronuncia que o ônus da prova da realização da atividade vedada é da Fiscalização. Seguindo essa linha de raciocínio, o aresto recorrido concluiu que a Fiscalização eximiu-se do encargo de comprovar o exercício de atividade vedada.

Cabe frisar, ainda, que o voto condutor encerra o juízo segundo o qual dever-se-ia aplicar a Lei Complementar nº 123/2006 retroativamente, em benefício da Recorrida.

Com efeito, a diligência empreendida extrapolou do objeto da acusação, que se concentrara em ocorrência do ano-calendário de 2000, ao passo que o diligenciante buscou evidências relativas a fatos dos anos-calendário de 2002 a 2004. Considerando a necessária sujeição ao princípio que impõe a correlação entre a acusação e a decisão a ser tomada, não se deve acolher, em fase recursal, a exclusão do regime do Simples, requerida pela PGFN, pela realização de atividades, no período de 2002 a 2004, relacionadas à “profissão de engenheiro, tecnólogo ou técnico de grau médio, profissões que dependem de habilitação profissional legalmente exigida.”

Ademais, é preciso fixar a atenção no verbo “prestar”, ao qual se associa o objeto "serviços profissionais", ambos inscritos no tipo legal do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, os quais deslocam o ônus da prova para a Fiscalização. Ou seja, só a efetiva prestação de serviços vedados dá causa à exclusão do Simples com base no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. Nesses termos, deve-se reconhecer que a Administração Tributária fracassou na produção da prova da efetiva prestação de serviço interdito ao Simples, pois restringiu-se à mera previsão no objeto social, que apenas demarca as atividades que os sócios da pessoa jurídica se propõem a empreender, o que não significa que se obrigam a exercê-las ou que tenham sido exercidas. Portanto, em face do exposto, conheço do Recurso Especial da PGFN para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa