



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

Processo nº 13984.000367/2004-81
Recurso nº 144.597 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.239 – 1ª Turma Especial
Sessão de 19 de maio de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente ELETROMECHANICA C.A LTDA. - EPP
Recorrida DRJ/BRASÍLIA/DF

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

Exercício: 2002

NULIDADE. O enfrentamento das questões na peça de defesa com a indicação dos enquadramentos legais denota perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento. Sendo asseguradas à Recorrente as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, não tem cabimento a nulidade do ato administrativo.

RECEITA BRUTA AUFERIDA ANUALMENTE. OPÇÃO. IMPEDIMENTO LEGAL. Vedada a opção pelo Simples pela pessoa jurídica que Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior ao limite legal.

REALIZAÇÃO DE OPERAÇÃO RELATIVA À LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. OPÇÃO. IMPEDIMENTO LEGAL. Vedada a opção pelo Simples pela pessoa jurídica que se dedica à operação relativa à de locação de mão-de-obra.

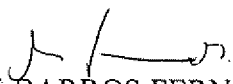
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PROFISSIONAL DE ENGENHEIRO. OPÇÃO. IMPEDIMENTO LEGAL. Vedada a opção pelo Simples pela pessoa jurídica que se dedica à prestação de serviço profissional de engenheiro.

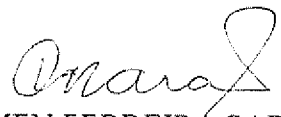
EFEITOS DA EXCLUSÃO EFETUADA DE OFÍCIO. A exclusão surte efeito a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite da receita bruta anual estabelecido em lei.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ANA DE BARROS FERNANDES - Presidente


CARMEN FERREIRA SARAIVA - Relatora

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, André Almeida Blanco, Rogério Garcia Peres e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Na Representação Fiscal apresentada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS à Secretaria da Receita Federal – SRF, fls. 01/03, está registrado:

Na Terceira Alteração Contratual formalizada em 24/01/2001, foi alterada a descrição da atividade econômica para "Comércio de fios e materiais elétricos, rebobinagem e manutenção de motores elétricos, mão de obra em serviços elétricos industriais em geral e empreiteira de mão de obra em serviços gerais (grifei)

No Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da Receita Federal consta como atividade econômica principal. Comércio Varejista de outros produtos não especificados anteriormente - CNAE 5249-3-99.

Nas notas fiscais anexas, extraídas por amostragem, verifica-se a prestação de serviços elétricos prestados à Igaras Papéis e Embalagens S/A. Portanto, trata-se de uma atividade exclusiva de terceirização, mediante locação mão-de-obra. Na Declaração de Informações Econômicas e Fiscais — DIEF, relativas ao exercício de 2000, apresentada à Secretaria de Estado da Fazenda a empresa declarou a título de SAÍDAS o Valor Contábil de: R\$ 1.426.422,00. Desse montante foram deduzidas as Saídas Isentas e Outras Saldas, restando uma Receita Bruta de R\$ 624.909,00 que foi declarado à SRF na Declaração PJ 2001 Ano-Calendário 2000. Cópia anexa.

Embora tenha optado pelo SIMPLES a partir de 01/01/2001, as Declarações de IRPJ Ano-Calendário 1999 e 2000, foram apresentadas à SRF na condição de empresa Optante do Simples, conforme cópias anexas.

Por estas razões, a Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/LAGES/SC nº 02, de 04 de janeiro de 2006, fl. 43, com efeitos a partir de 01/01/2001, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º A contribuinte ELETRO MECÂNICA C. A. LTDA. EPP, CNPJ 02.352.047/0001-40, EXCLUÍDA de sua opção pela sistemática de pagamentos dos tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei nº 9.317, de 1996, denominada SIMPLES, por exercício de atividade econômica vedada para o citado regime tributário, e por excesso de receita, nos termos do art. 9º, incisos II, XII, alínea "f", e XIII, da Lei nº 9.317, de 1996.

Cientificada em 16/01/2006, fl. 47, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade em 15/02/2006, fls. 52/56.

Suscita que

A empresa optou pelo simples em janeiro/2001, e, sua receita bruta anual em 2000 foi de R\$ 624.909,76.

O valor contábil das SAÍDAS é R\$ 1.426.422,00, estando neste valor as saídas a título de devolução, remessa para conserto, entre outros códigos fiscais que não fazem parte do faturamento da empresa, e conseqüentemente não fazem parte da base de cálculo dos impostos

Em nenhum dos anos calendários, o contribuinte teve excesso de receita bruta, cujos limites são estabelecidos por lei.

[...]

No mesmo art. 9º, inciso XII, alínea "f", fala da "prestação de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão de obra", cujas atividades vedam a opção do simples.

O contribuinte tem como atividade, o fornecimento de materiais aplicados na rebobinagem de motores elétricos, ocasionando por conseqüência, a prestação de determinado tipo de serviço.

A prestação de serviço do contribuinte, não depende de habilitação profissional legalmente exigida. Os serviços executados tem certa semelhança com oficina mecânica, isto é, não exige engenheiro mecânico ou eletricista

Os dois argumentos levantados pelo ato declaratório executivo, em questão, não dizem respeito ao contribuinte.

[...]

Por outro lado, fazer vigorar a penalidade, inexistente, a partir do pedido de inclusão do "sistema simples", desde janeiro/2001, quando, até hoje, o contribuinte vem recolhendo aos cofres públicos, seus impostos, pelo "sistema simples", sem qualquer comunicado da receita federal, em contrário, é inaceitável.



favor.

Interpreta a legislação de regência e cita entendimento doutrinário em seu

Desta forma, tendo o contribuinte cumprido com suas obrigações, e, sendo que estas receitas brutas anuais não excederam o limite legal, requer seja o ato declaratório executivo nº 2, cancelado pela fundamentação e documentos ora juntados.

[...]

Afirma o auditor do INSS que embora a empresa tenha optado pelo simples em 01/jan/2001, as declarações do IRPJ, ano calendário 1999 e 2000, foram apresentadas à SRF na condição de empresa enquadrada no simples.

Esquece, ou talvez, não saiba o auditor do INSS, que a situação de 1999 e 2000, são objetos do processo 13.984 000397/2001-44, arquivado em 01/06/2005, pela Receita Federal e regularizado pelo contribuinte, mediante pagamento das diferenças levantadas pela DRF.

[...]

A empresa apresentou à DRF-Lages, os livros de apuração do ICMS relativos aos anos 2000 à 2004, os quais ainda se encontram em poder desta delegacia.

A não devolução da documentação do contribuinte, logo após a conclusão dos serviços pelo fiscal, e, antes da empresa apresentar impugnação, constituem cerceamento de defesa, pois, não está à sua disposição determinados documentos básicos necessários à argumentação e explicação da situação.

[...]

Acontece que, com o intuito de não parar a produção de papel — o prejuízo seria enorme — o contribuinte mantém junto à fábrica, funcionários que dão atendimento imediato ao problema.

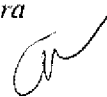
Nestes serviços são colocados motores novos ou em condições de uso, em substituição ao motor problemático. Em seguida processa-se o conserto do motor (rebobinamento) e coloca-se novamente para trabalhar, retirando-se o motor inicialmente colocado.

Conclui

Ex positis é o presente pedido de impugnação de ato declaratório executivo pelo que se requer:

- Seja o presente recebido e julgado procedente em todos os seus termos, de acordo com a documentação supra;

- Seja, por esta Delegacia de Julgamento, cancelado o " Ato Declaratório Executivo nº 2" , por ser medida de inteira JUSTIÇA.



Está registrado como resultado do Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/BSA/DF nº 03.28.643, de 18/12/2008, fls. 73/74: "*Solicitação Indeferida*". Restou esclarecido que

Os argumentos trazidos à baila pela empresa não a socorrem para o fim de mantê-la na sistemática do Simples, visto que se encontrava em condição não permitida para permanecer no Sistema, nos termos dos incisos II, XII-f e XIII do art. 9º da Lei 9.317/1996 (que tenha ultrapassado o limite de receita estabelecido, que realize operações relativas a prestação de serviço de locação de mão-de-obra e que preste serviços profissionais de engenheiro ou assemelhado).

Ora, rebobinagem e manutenção de motores elétricos é serviço profissional inerente à atividade de engenheiro ou assemelhado, bem assim mão-de-obra em serviços elétricos em geral e empreiteira de mão-de-obra em serviços gerais também é prestação de serviço de locação de mão-de-obra. Aliás, a própria contribuinte concorda que exerce estas atividades, portanto, improcedem seus argumentos de que não está vedada

No que tange aos efeitos da exclusão, registre-se que, no caso, o inciso IV do art. 24 da IN SRF 355/2003 diz que o efeito da exclusão dar-se-á a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20. Dai, como a empresa ultrapassou o limite da receita bruta em 2000, o efeito da exclusão ocorre a partir de janeiro/2001.

Notificada em 23/01/2009 (sexta-feira), fl. 76, a Recorrente apresentou o recurso voluntário, fls. 77/79, em 25/02/2009, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge apresentando os mesmos argumentos da manifestação de inconformidade.

Conclui

Face às explicações, o contribuinte requer que o presente "Recurso Voluntário" seja aceito, em todos os seus termos, por este colendo Conselho de Contribuinte, e, por princípio de justiça, cancele a intimação em questão

É o Relatório.



Voto

Conselheira CARMEN FERREIRA SARAIVA

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

A defesa alega nulidade do procedimento. O Ato Declaratório Executivo DRF/LAGES/SC nº 02, de 04 de janeiro de 2006, fl. 43, foi emitido por servidor competente que regularmente intimou a Recorrente para cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. Foi oferecida à interessada a oportunidade de apresentar, no prazo legal, a peça de defesa acompanhada de todos os meios de prova a ela inerentes. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e a indicação dos enquadramentos legais não propiciam a nulidade do ato em litígio. Além disso, foram asseguradas à Recorrente, as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição da República e art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972). Logo, não lhe cabe razão.

A Recorrente discorda do procedimento de ofício.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

RECEITA BRUTA AUFERIDA ANUALMENTE

No que se refere à receita bruta auferida anualmente, a Lei nº 9.317, de 1996, fixa:

Art. 2º [.]

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[.]

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

Analisando a condição excludente legal restou esclarecido que em conformidade com o Livro de Registro de Apuração de ICMS, fls. 28/39 e 41, a Recorrente

auferiu no ano-calendário de 2000 receita bruta superior a limite legal. Não constam nos autos os valores não incluídos na receita bruta discriminados e comprovados a título de vendas canceladas e de descontos incondicionalmente concedidos. Assim, não cabem reparos ao ato de exclusão em relação a esta matéria.

REALIZAÇÃO DE OPERAÇÃO RELATIVA À LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

Atinente à realização de operação relativa à locação de mão-de-obra, a Lei nº 9.317, de 1996, prevê:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

XII - que realize operações relativas a:

[...]

f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

A hipótese de indeferimento da opção da requerente pelo Simples com efeito desde 01/01/2001 fundamentada na realização de operação relativa à locação de mão-de-obra, pressupõe a obtenção de receita proveniente da atividade vedada, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Atinente à realização de operações relativas à locação de mão-de-obra, o seu pressuposto básico é a utilização do trabalho alheio. A empresa fornecedora pode se limitar ao fornecimento da mão-de-obra e assumir a obrigação de contratar os trabalhadores, sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. Dessa forma, torna-se a responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação dos serviços, muito embora os trabalhadores sejam colocados à disposição da contratante, que detém o comando das tarefas e fiscaliza a execução e o andamento dos serviços.

Há ainda as operações nas quais o objeto contratado identifica-se com a apresentação de um resultado. A empresa contratada associa-se com a finalidade de apresentar um resultado específico, obra ou serviço. Ela obriga-se a fazer alguma coisa para uso ou proveito da contratante, fica responsável pelo fornecimento da mão-de-obra necessária à produção desta coisa, objeto da contratação, assume o ônus relativo à fiscalização, orientação e planejamento dos trabalhos, e também a gestão do risco de apresentação do resultado, que pode ser uma obra completa ou a prestação de um serviço, ambos perfeitamente identificados como produto final. Se o recurso fornecido pela contratada é exclusivamente a mão-de-obra, esta modalidade de contratação também é impeditiva da inscrição no sistema.

Outra possibilidade reúne a colocação da mão-de-obra à disposição da contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, para a realização de serviços em condições de continuidade e habitualidade.

Tem cabimento a aplicação subsidiária da Consolidação das Leis do Trabalho que determina:



Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Neste sentido, os sujeitos do contrato de trabalho são:

- o empregador que assume o risco da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, bem como detém o poder de direção, organização, controle e disciplina;

- o empregado é a pessoa física que realiza pessoalmente a operação relativa à prestação de serviços, com habitualidade, subordinação e mediante contraprestação.

Na Terceira Alteração Contratual está registrado como objeto, fl. 08:

[...] exploração do ramo de comércio de fios e materiais elétricos, rebobinagem e manutenção de motores elétricos, mão-de-obra em serviços elétricos industriais em geral e empreiteira de mão-de-obra em serviços gerais

Nas Notas Fiscais Fatura emitidas em face da pessoa jurídica Igaras Papéis e Embalagens S/A, fls. 11/19, constam:

[...] serviços elétricos prestados por 02 eletricitas [...] serviços prestados por 01 encarregado e 05 eletricitas [...] serviços prestados por 08 eletricitas e 01 encarregado [...] serviços prestados por 28 eletricitas e 01 encarregado [...]

A Recorrente afirma, fl. 56:

Acontece que, com o intuito de não parar a produção de papel — o prejuízo seria enorme — o contribuinte mantém junto à fábrica, funcionários que dão atendimento imediato ao problema.

Analisando os documentos que instruem os autos, restou comprovada a realização de serviços em condições de continuidade e habitualidade. Assim, o conjunto probatório evidencia de forma inequívoca que a optante tenha auferido receita proveniente da realização de operações relativas à locação de mão-de-obra.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PROFISSIONAL DE ENGENHEIRO

Em relação à prestação de serviço profissional de engenheiro, a Lei nº 9.317, de 1996, determina:

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;

A hipótese de indeferimento da opção da requerente pelo Simples com efeito desde 01/01/2001 fundamentada na prestação de serviço profissional de engenheiro, pressupõe a obtenção de receita proveniente da atividade vedada, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Em relação à prestação de serviço profissional de engenheiro, 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.

A norma de regência adota a interpretação analógica que abrange casos semelhantes por ela regulados e não a analogia, que é uma forma de integração de normas para suprir lacunas.

Por seu turno, a Lei nº 5.194, de 1996, prevê:

Art. 7º As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em:

- a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada;*
- b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;*
- c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica;*
- d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios,*
- e) fiscalização de obras e serviços técnicos;*
- f) direção de obras e serviços técnicos;*
- g) execução de obras e serviços técnicos;*
- h) produção técnica especializada, industrial ou agro-pecuária.*

Na Terceira Alteração Contratual está registrado como objeto, fl. 08:



[...] exploração do ramo de comércio de fios e materiais elétricos, rebobinagem e manutenção de motores elétricos, mão-de-obra em serviços elétricos industriais em geral e empreiteira de mão-de-obra em serviços gerais.

Nas Notas Fiscais Fatura emitidas em face da pessoa jurídica Igaras Papéis e Embalagens S/A, fls. 11/19, constam:

[...] serviços elétricos prestados por 02 eletricitistas [...] serviços prestados por 01 encarregado e 05 eletricitistas [...] serviços prestados por 08 eletricitistas e 01 encarregado [...] serviços prestados por 28 eletricitistas e 01 encarregado [...]

Verifica-se que as atividades desenvolvidas pela Recorrente de prestações de serviços de enquadram-se no que estabelece Lei nº 5.194, de 1966. Por conseguinte ela obtém receita proveniente da prestação de serviço profissional de engenheiro e por esta razão não pode optar pelo Simples.

EFEITOS DA EXCLUSÃO EFETUADA DE OFÍCIO

Em relação aos efeitos da exclusão efetuada de ofício, 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. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

[...]

II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;

A

[...]

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

[...]

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.

A Instrução Normativa SRF nº 355, de 29 de agosto 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.

Cabe esclarecer que a opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais. No presente caso a requerente incorreu em situação excludente e por esta razão estava obrigada a proceder à exclusão mediante comunicação à RFB. Como este procedimento não foi adotado voluntariamente, foi efetuada de forma regular a exclusão de ofício pelo DRF/LAGES/SC, 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, 01/01/2001, 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.

No que se refere à interpretação da legislação e ao entendimento doutrinário indicados na peça recursal, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Em face do exposto, voto negar provimento ao recurso voluntário.


CARMEN FERREIRA SARAIVA - Relatora