



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

Processo n° 15578.000002/2005-54
Recurso n° 873.439 Voluntário
Acórdão n° **1201-00.493 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de maio de 2011
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente FABRIMEC - CONSTRUTORA METALÚRGICA E CIVIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que realiza serviços de montagem e manutenção em equipamentos industriais, e serviços de fabricação e montagem de estrutura metálica, todos ligados à construção civil, caracterizando prestação de serviço profissional de engenharia.

Retroatividade aplicada nos termos do II do art. 15 da Lei nº 9.317/1996. A exclusão deve ocorrer a partir de fevereiro de 2004, posto que a situação excludente, data do primeiro contrato, ocorreu em 09/01/2004.

Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao Recurso.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Regis Magalhães Soares de Queiroz, Marcelo Cuba Netto e Rafael Correia Fuso.

Relatório

Trata-se de exclusão de empresa do Simples, a partir do mês seguinte à constituição da empresa contribuinte em 09/01/2004 (a partir de fevereiro de 2004), em razão da mesma executar serviços de manutenção em equipamentos industriais, serviços esses assemelhados aos executados por profissionais de engenharia, bem como em razão da prestação de serviços de fabricação e montagens de estruturas metálicas, serviços esses inseridos na atividade de construção civil, sendo aplicado pela fiscalização o disposto no artigo 9º, inciso V, c/c § 4º e inciso XIII da Lei nº 9.317/96, bem como em relação à retroatividade da exclusão, o disposto no inciso II do artigo 24 da IN SRF nº 355/2003.

A fiscalização se baseou nas seguintes provas para excluir o contribuinte do regime Simples: a) Cópia do Contrato Social e alterações; b) Cópia dos contratos de prestação de serviços; c) Cópia de notas fiscais.

Quanto ao primeiro documento juntado nos autos, segue a descrição do objeto social:

*a) Fabricação de obras de caldeiraria pesada; b) **Fabricação de estruturas metálicas para edifícios, pontes, torres de transmissão, andaimes e outros fins, inclusive sob encomenda;** c) **Instalações, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral;** d) **Montagem de estruturas metálicas, exclusive andaimes;** e) **Edificações (residências, indústrias, comerciais e de serviços);** f) *Serviços de pintura em edificações em geral;* g) *Outros serviços prestados principalmente às empresas;* h) *Outros depósitos de Mercadorias para terceiros;* i) *Locação de veículos rodoviários de carga, com motorista.**

Quanto aos contratos de prestação de serviços, constaram as seguintes atividades:

- serviços de Recuperação, Fabricação e Montagem de Guarda Corpos, Passarelas, escadas, Corrimãos e Proteções em máquinas e Equipamentos;

- Revisão Mensal Preventiva dos Equipamentos Mecânicos e Elétricos abaixo relacionados: Ventilador do filtro de mancais, Filtro de mangas; Compressor filtro de mangas; Sistema de aeração moega metálica; Compressor aeração moega metálica; Transportador pneumático; Válvula de gaveta transportador

pneumático; Peneira vibratória; Tromba do granel; Sistema de aeração moega metálica; Elevador de caçambas; Transportador helicoidal moegas metálicas etc.

Quanto às atividades descritas em Notas Fiscais, constaram as seguintes descrições:

- serviço de revisão preventiva dos equipamentos elétricos e mecânicos;
- serviços de fabricação e montagem da escada marinho;
- serviços de soldagem do portão do almoxarifado;
- serviços corretivos na Trimba com troca de cabo de aço e fabricação da bicha, eixo da roldana da parte interna;
- serviços de fabricação e montagem de uma cobertura de 120 m2 para lateral do galpão de carregamento dos caminhões de cimento;
- fabricação e montagem de corrimãos, escadas, e proteções de máquinas e equipamentos;

Dentre os CNAEs cadastrados pela contribuinte estão: 2511-0-00 - Fabricação de estruturas metálicas, 2512-8-00 - Fabricação de esquadrias de metal, 4120-4-00 - Construção de edifícios, 4213-8-00 - Obras de urbanização - ruas, praças e calçadas, 4292-8-02 - Obras de montagem industrial etc.

Quanto à exclusão da contribuinte do Simples, a DRF de Vitória expediu a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES.

Ementa: Representação Fiscal oriunda do INSS por hipótese de exclusão obrigatória por exercício de atividade vedada.

Pessoa Jurídica que presta serviços de manutenção em equipamentos industriais, serviços assemelhados aos executados por profissionais de engenharia, bem como serviços de fabricação e montagem de estruturas metálicas, estando este último inserido no conceito de construção civil, está impedida de optar pelo SIMPLES, em virtude destas atividades serem privativas de profissional legalmente habilitado, ou assemelhado.

Dispositivos Legais: a) Arts. 9º, incisos V e XIII e parágrafo 4º da Lei nº 9.317, de 05/12/1996;

Representação Fiscal Procedente.

O contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, alegando nulidade do ato de exclusão, visto que a fiscalização se baseou em tese, de que as atividades da manifestante são ligadas a serviços de construção civil e assemelhadas a de engenheiro, sendo

que as atividades realizadas são de baixa complexidade e realizadas diretamente pelos sócios da empresa.

Afirma ainda em sua defesa que cabe ao Fisco a prova, não a dedução, de que a empresa efetivamente veio a exercer as atividades vedadas à opção da sistemática do benefício da lei n.º 9.317/1996, e não ao contribuinte (exigência de prova negativa).

Por fim, questionou também a exclusão retroativa, dizendo que deveria ser feita apenas a partir da ciência da manifestante quanto ao Ato de Declaratório e que tal exclusão não interfere na adesão da contribuinte ao regime do Simples Nacional.

A DRJ do Rio de Janeiro manteve a exclusão da contribuinte do Regime do Simples, nos seguintes termos:

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

Ano-calendário: 2004

ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO. CONSTRUÇÃO CIVIL.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que realiza serviços de montagem e manutenção em equipamentos industriais, e serviços de fabricação e montagem de estrutura metálica, todos ligados à construção civil, caracterizando prestação de serviço profissional de engenharia.

Solicitação Indeferida

A contribuinte foi intimada da decisão em 03/03/2010, apresentou Recurso Voluntário em 18/03/2010, alegando em síntese que:

(i) insubsistência do ato de exclusão:

- o ato se baseia na tese, constante do processo de representação, que das informações do contrato social, alteração contratual e dos contratos de prestação de serviços analisados, presume-se que as atividades desenvolvidas pela empresa, são ligadas à atividade de construção civil, bem como, assemelhadas as executadas por profissionais de engenharia;

- portanto, a motivação do ato se baseia em uma tese que equipara as atividades desempenhadas pela empresa com atividades ligadas à construção civil ou executadas por profissionais de engenharia;

- ocorre que tal presunção não condiz com a realidade e as atividades de fabricação e comércio, com eventual instalação, de materiais, exercidas pela empresa, como claramente pode-se notar das notas fiscais anexadas ao processo de representação, são de baixa complexidade e desenvolvidas por seus sócios e colaboradores, dos quais não consta nenhum engenheiro, como forma de explorar atividades econômicas de forma organizada com o interesse de gerar, circular bens ou prestar serviços;

- como se não bastasse as verificações acima expostas, também facilmente podemos constatar que a alteração contratual constante do processo de representação alterou o objetivo social da empresa Recorrente e muitas das atividades citadas no Parecer SEORT/DRF/VIT N° 408/2008 para fundamentar o Ato Declaratório não fazem mais parte o objetivo da mesma;

- logo, a contradição entre o processo de representação, o relatório do parecer SEORT e a fundamentação do Ato Declaratório ficam evidentes, pois além de se tratar de uma tese, ou seja, uma mera dedução por parte da administração, muita das atividades citadas para a presunção de prática de atividades vedadas não fazem mais parte do objetivo social da empresa;

- ademais, cabe ao Fisco a prova, não a dedução, de que a empresa efetivamente veio a exercer as atividades vedadas à opção da sistemática do benefício da lei n.º 9.317/1996, outrora previstas em seu contrato social, comprovação sem a qual torna a exclusão inviável;

- O fato é que não ficou constatado no decorrer do presente processo administrativo a execução de atividades próprias de engenharia por parte da Recorrente;

- por outro lado, as notas fiscais adunadas ao processo comprovam exatamente o contrário do que vem alegando a administração, sendo tais provas, todavia, desconsideradas em benefício de outros elementos que geram apenas a presunção de que a Recorrente estaria realizando atividades que não se coadunam com o regime de tributação simplificado;

- portanto, o ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES não observa o critério da legalidade, pois não estabelece o nexó entre o motivo do ato e a norma jurídica, sendo totalmente equivocado.

(ii) Da Irretroatividade dos Efeitos da Exclusão

- além do fato de que a exclusão da Recorrente do Simples Federal se deu, unicamente, por uma suposição de que a empresa exercia atividades assemelhadas àquelas desenvolvidas por profissionais de engenharia, outros vícios que ladeiam o procedimento de exclusão são os efeitos retroativos do ato, que se reportam à 01/02/2004;

- o poder Judiciário, através do Tribunal Superior de Justiça, já afastou a possibilidade de os efeitos do ato de exclusão do Simples operarem de forma retroativa, mormente em casos análogos aos da Requerente, onde as alegadas funções não inclusas na sistemática do Simples, apesar de não haverem sido efetivamente praticadas pela Requerente;

- daí não há falar na retroatividade do ato de exclusão, que deverá produzir efeitos tão somente a partir de 26/02/2009, data da intimação de sua exclusão, caso seja mantida;

(iii) Requerimento

- ante o exposto, requer a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais seja o recurso voluntário interposto conhecido e provido para, reformando-se o acórdão recorrido, seja declarado insubsistente o Ato Declaratório DRF/VIT/ES N° 25/2008, ante a todos os vícios apontados, e, conseqüentemente, seja determinada a manutenção da Recorrente no sistema SIMPLES, instituído pela Lei n.º 9.317/1996;

- na eventualidade deste Conselho assim não entender, o que se admite a título de argumentação, requer seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário para que, ao menos, seja declarada a irretroatividade dos efeitos do ato de exclusão da Recorrente do Simples Federal.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Não havendo matéria preliminar a ser enfrentada, passamos ao mérito.

Quanto ao mérito, entendo que a decisão da DRJ não merece reparos.

Isso porque, as provas trazidas nos autos, como cópia do contrato social e alterações, cópia dos contratos de prestação de serviços e cópia de notas fiscais, bem como as descrições contidas nesses documentos apontados de forma objetiva no relatório acima, confirmam a realização das atividades de manutenção em equipamentos industriais, serviços assemelhados aos executados por profissionais de engenharia, bem como serviços de fabricação e montagem de estruturas metálicas, estando este último inserido no conceito de construção civil.

Com isso, não podemos fechar os olhos para as atividades praticadas pelo contribuinte desde sua constituição, que são proibitivas para a sistemática do Simples, nos termos do artigo 9º, inciso V, c/c § 4º e inciso XIII da Lei nº 9.317/96:

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

(.)

V - que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;

(.)

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.

(.)

§ 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. (Incluído pela Lei nº9.528, de 10.12.1997);

Inclusive as atividades praticadas pela Recorrente encontram-se descritas na Resolução n.º 218, de 29/06/1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, que prevê que as atividades relacionadas à montagem e manutenção em equipamentos industriais, e serviços de fabricação e montagem de estrutura metálica, todos ligados à construção civil, caracterizando prestação de serviço profissional de engenharia:

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:

01 - supervisão, coordenação e orientação técnica;

02 - estudo, planejamento, projeto e especificação;

03 - estudo de viabilidade técnico-econômica;

04- assistência, assessoria e consultoria;

05 - direção de obra e serviço técnico;

06 - vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico;

07- desempenho de cargo e função técnica;

08 - ensino, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica, extensão;

09- elaboração de orçamento;

10 - padronização, mensuração e controle de qualidade;

11 - execução de obra e serviço técnico;

12 -fiscalização de obra e serviço técnico;

13 -produção técnica e especializada;

14- condução de trabalho técnico;

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

16-execução de instalação, montagem e reparo;

17-operação e manutenção de equipamento e instalação;

18-execução de desenho técnico.

Quanto à retroatividade da exclusão da empresa a partir de fevereiro de 2004, sendo que o Ato Declaratório apenas foi expedido em 26/02/2009, a Lei nº 9.317/1996, em seu artigo 15, dispõe sobre tal instituto:

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 que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9 desta Lei;

Desse modo, de acordo com o inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/1996 acima transcrito, a exclusão deve ocorrer a partir de fevereiro de 2004, posto que a situação excludente, data do primeiro contrato, ocorreu em 09/01/2004.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso ofertado, para no mérito NEGAR-LHE provimento.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator