



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10166.011815/2004-17
Recurso nº : 132.735
Acórdão nº : 303-33.100
Sessão de : 27 de abril de 2006
Recorrente : BELOTE & BELOTE LTDA.
Recorrida : DRJ/BRASÍLIA/DF

Simplex. Exclusão indevida. Afastada a preliminar de nulidade. No mérito é de se decidir que não poderá ser confundido com atividade privativa de engenheiros ou assemelhados o ramo do comércio varejista de caldeiras suas peças e acessórios e a prestação de serviços de manutenção, instalação e assistência técnica de caldeiras e aparelhos eletromecânicos. Atividade exercida não se encontra enquadrada nas atividades incluídas nos dispositivos de vedação à opção pelo regime especial do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Comprovado que a recorrente se dedica ao ramo do comércio varejista de caldeiras suas peças e acessórios e a prestação de serviços de manutenção, instalação e assistência técnica de caldeiras (geradoras de vapor e água quente) e aparelhos eletromecânicos, prestados por técnicos de nível médio (os únicos dois sócios tem formação de comerciante e auxiliar de enfermagem, respectivamente), e que este ramo não se confunde com a prestação de serviços privativos de engenheiros, assemelhados e profissões legalmente regulamentadas, sendo essa atividade exercida pela recorrente perfeitamente permitida pela legislação vigente aplicável, é de se reconsiderar o ATO DECLARATÓRIO que a tornou excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

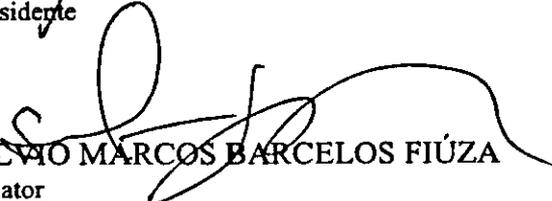
Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº : 10166.011815/2004-17
Acórdão nº : 303-33.100

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Formalizado em: 30 MAI 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa e Tarásio Campelo Borges.

Processo nº : 10166.011815/2004-17
Acórdão nº : 303-33.100

RELATÓRIO

Trata o presente processo de exclusão da sistemática do SIMPLES, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 495.820, de 02 de agosto de 2004 (fls. 13), em virtude do contribuinte supostamente exercer atividade econômica tida como não permitida, de acordo com o disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

A impugnante alegou de início, resumidamente, que:

1. A sua atividade empresarial é Sociedade Comercial e Prestadora de Serviços (venda, manutenção, instalação e implantação de máquinas e equipamentos), não sendo o que se vê pelo contrato social e alterações, e sim pela atividade real desempenhada (ver notas fiscais);

2. A IN SRF 355/2003 extrapolou seu limite de norma complementar ao determinar o efeito da exclusão retroativamente, ofendendo o art. 150, III, "a" da CF;

3. Assim, como a desconformidade da lei atinge o ato em suas origens, a Administração pode e deve anular seu ato, conforme Súmulas STF 346 e 473, quando eivado de vício que o torne ilegal, porque dele não se origina direitos;

4. E, aditivamente, por fato superveniente, impor a retroatividade benigna dos efeitos da exclusão da Lei 10.964/2004, nos termos do art. 106, I, "c" do CTN (visto que a empresa se enquadra nos incisos I a III do art. 4º da lei 10.964/2004 – serviços de manutenção e reparação de automóveis, motocicletas, motonetas e bicicletas e serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores).

A DRF de Julgamento em Brasília - DF, através do Acórdão Nº 13.095, de 08/03/2005, indeferiu a solicitação da recorrente, nos seguintes termos, que a seguir se resume, sem no entanto, transcrever algumas legislações constantes do texto original:

A manifestação de inconformidade apresentada atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Assim sendo, dela conheço.

Os argumentos trazidos à baila pela empresa não a socorrem para o fim de mantê-la na sistemática do Simples, nem para alterar o momento em que surtem os efeitos da exclusão, visto que presta serviço profissional de engenheiro, ou assemelhado, bem assim presta serviço auxiliar e complementar à construção civil, nos termos da Lei 9.317/1996, art. 9º, incisos V e XIII e parágrafo 4º e suas alterações posteriores e parágrafo único, inciso II do art. 24 da IN SRF 355/2003.

Processo nº : 10166.011815/2004-17
Acórdão nº : 303-33.100

Contrário sento, transcreve-se o objeto social da contribuinte, tirante a atividade de comércio varejista:

“serviços de instalação, manutenção e assistência técnica de caldeiras geradoras de vapor e água quente (com utilização de combustíveis sólidos, líquidos e gasosos), de caldeiras elétricas, de equipamentos de aquecimento solar, de máquinas industriais e de aparelhos eletrônicos; prestação de serviços de serralheria, de construção civil (inclusive reforma e pintura de imóveis), de mecânica veicular, inclusive lanternagem e pintura; fornecimento de cursos de mecânica e operação de caldeiras geradoras de vapor com fornecimento de mão-de-obra especializada; ...”.

Como se vê, a contribuinte não pode ser beneficiada pelo art. 4º da Lei 10.964/2004, pois exerce outras atividades, além da mecânica veicular, que se não correspondem a serviços de engenheiro, pelo menos são assemelhados, como também presta serviço de construção civil, compreendido na atividade de construção de imóveis, atividade esta vedada à opção.

E, para maior clareza, veja-se, “in verbis”, como os dispositivos da lei nº 9.317/1996 e da instrução normativa regulam a matéria. (Transcreveu).

Por outro lado, o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 30, de 14/10/99, declara que a vedação ao exercício da opção pelo SIMPLES, aplicável à atividade de construção de imóveis, abrange as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, tais como: a construção, demolição, reforma e ampliação de edificações; sondagens, fundações e escavações; construção de estradas e logradouros públicos; construção de pontes, viadutos e monumentos; terraplenagem e pavimentação; pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias; e quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

Sobre as atividades previstas no objeto social das sociedades em geral, o Boletim Central Cosit nº 55, de 24 de março de 1997, esclarece algumas questões a respeito do enquadramento no Simples, entre elas:

7) Se constar no contrato social que a PJ pode exercer alguma atividade que impeça a opção pelo SIMPLES, ainda que não venha a obter receita dessa atividade, tal fato é motivo que impeça sua opção por esse regime de tributação ?

Se no contrato social constarem unicamente atividades que vedam a opção, a pessoa jurídica deverá alterar o contrato para obter a inscrição no Simples, valendo a alteração para o ano-calendário subsequente. Excepcionalmente, será admitida alteração do contrato social, para adapta-la ao Simples, até 31/3/1997, desde que, neste ano de 1997, não tenha obtido receitas de atividades impeditivas juntamente com não impeditivas, condicionando-se neste caso, porém, a possibilidade de opção e permanência no Simples, a exercício tão somente das atividades não vedadas. De outra parte, também estará impedida de optar pelo Simples a pessoa

Processo nº : 10166.011815/2004-17
Acórdão nº : 303-33.100

jurídica que obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante, ainda que não prevista no contrato social.

Sendo assim, esclareça-se que o exercício de qualquer atividade impeditiva, independentemente da participação percentual das receitas provenientes desta atividade no resultado total da pessoa jurídica, veda a adesão ao sistema, uma vez que não há previsão legal para o pagamento de tributos e contribuições de forma mista, parte pelo sistema tradicional e parte pelo SIMPLES.

Assim, a única forma de a interessada permanecer no Simples seria a empresa se enquadrar em atividade econômica permitida para a inclusão no sistema.

Quanto aos efeitos da exclusão, não há retroatividade da lei, visto que a Lei 9.317 é de 1996 e previu que a exclusão do Simples surtirá efeito a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente.

Ora, a manifestante incorreu em situação excludente desde 1997. Portanto, a instrução normativa ainda lhe é favorável, pois prevê sua exclusão a partir de janeiro de 2002, ficando seus reclamos desprovidos de fundamento legal e normativo.

Registre-se, também, que a legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção interpreta-se literalmente, consoante inciso II do art. 111 do Código Tributário Nacional, sendo que a sistemática do Simples não passa de uma forma de isenção de tributos, porquanto na sistemática normal seriam mais onerosos para o contribuinte.

Relativamente ao argumento de que se estaria ferindo dispositivo constitucional, cumpre notar que aos Delegados da Receita Federal impõe-se o cumprimento das leis tributárias "lato sensu" sem indagar do aspecto de sua constitucionalidade e/ou legalidade, cabendo ao Ministério Público a atribuição de se manifestar sobre a matéria e ao Poder Judiciário apreciá-la.

Ademais, argumentos que se traduzem em arguição de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade não são oponíveis na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, consoante Parecer Normativo CST nº 329/70.

Note-se, ainda, que os Darf-Simples, as Declarações Anuais Simplificadas e notas fiscais, são instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples, conforme parágrafo único do artigo único do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16/2002, e condição necessária para comprovar a ocorrência de erro de fato na escolha da atividade econômica e que permitira a retificação de ofício tanto do Termo de Opção quanto da Ficha Cadastral.

Processo nº : 10166.011815/2004-17
Acórdão nº : 303-33.100

Contudo, a situação dos autos não se refere àquele erro na opção, bem assim os documentos (cópias de notas fiscais) acostados não se prestam como prova suficiente para certificar-se do não exercício de atividade vedada.

Além disso, o art. 7º da Lei 9.317/1996 determina que a optante mantenha livros e documentos em boa ordem, transcrevei.

Ex positis, voto no sentido de indeferir a solicitação de inconformidade para manter o Ato Declaratório Executivo DRF/BSA nº 495.820, de 02 de agosto de 2004, folhas 13. Geraldo Exedito Rosso - Matrícula nº 27.799”.

A recorrente tomou ciência dessa decisão através da Comunicação(fl.87), devidamente recebida via AR (fls.96),tendo apresentado, tempestivamente, as razões de sua insatisfação recursal à este Terceiro Conselho de Contribuintes.

Em seu arrazoado, além de manter os argumentos explanados em preliminares na exordial, referentes à tida nulidade por retroatividade do ato administrativo que excluía a recorrente da Sistemática do SIMPLES, no mérito, rebateu os argumentos utilizados pela DRF de Julgamento, reafirmando que por meramente comercializar os produtos e prestar os serviços correspondentes de manutenção e reparos, de maneira alguma necessita de exigência de profissional técnico de profissão regulamentada, portanto, não está vedada sua opção pelo SIMPLES.

Outrossim, transcreveu diversas decisões judiciais proferidos em matéria similar a ora guerreado. Por fim, requereu a sua manutenção de continuidade dentro do regime simplificado do SIMPLES, dando provimento integral ao seu recurso, para reformar o Acórdão da DRF de Julgamento de Brasília – DF que manteve os efeitos do ADE que a excluía do SIMPLES.

É o relatório.



Processo nº : 10166.011815/2004-17
Acórdão nº : 303-33.100

VOTO

Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Relator

Tomo conhecimento do recurso, que é tempestivo, tendo em vista que a recorrente tomou ciência da decisão da DRF de Julgamento em Campinas – SP, através da Comunicação datada de 14/04/2005 expedido pelo Setor de Revisão de Débito da SRF 01 – DRF em Brasília na data de 19/04/2005 (fls. 96), tendo apresentado suas razões recursais com anexos (fls. 88/95), devidamente protocolado na repartição competente da SRF em 22/04/2005, estando revestido das formalidades legais, bem como, trata-se de matéria da competência deste Colegiado.

Pelas razões acima expostas, deduz-se que a exclusão da recorrente do SIMPLES se deu, conforme ADE da DRF / BSA de nº 495.820 de 02/08/2003 (fls. 13), pelo motivo de que a mesma prestaria serviços supostamente na área de “manutenção e reparação de tanques, reservatórios metálicos e caldeiras para aquecimento central (2821-5/02)”, e assim, pretensamente, privativa de profissionais de engenharia e assemelhados, e que seria esta uma atividade econômica vedada pela legislação aplicável em vigor.

Em sede de preliminar, não assiste razão a recorrente quanto às alegações de ilegalidade do ato, pelo seu desenquadramento retroativo, seria então, o ato administrativo nulo.

Primeiramente por que, se a legislação vigente permite que o contribuinte faça a opção sem a prévia manifestação do Fisco, não impede a sua apreciação posterior, quanto à legalidade daquele ato, por parte da Receita Federal, com vistas a sua verificação de regularidade da opção. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime do SIMPLES, não somente pode, como é dever excluí-la de tal sistemática, isto no momento de sua apreciação, a partir da data do ato ilegal, quando comunicará o fato ao contribuinte da irregularidade cometida, que é exatamente o ato de exclusão. A legislação competente em vigor, concede autorização legislativa para que a exclusão se possa dar com efeitos retroativos à data da situação excludente.

No mérito, de plano, é dever se concluir que as atividades privativas do engenheiro são somente as Atividades listadas de 01 a 08, na Resolução CONFEA Nº 218, pois as demais, de 09 a 18, são concorrentes com os Tecnólogos e os Técnicos de Grau Médio, ou seja, exemplificando, são privativas somente as atividades de Supervisão, estudo, planejamento, projeto, estudo de viabilidade técnico-econômica, assessoria, consultoria, direção de obra, ensino, pesquisa, vistoria, perícia, dentre outros, conforme ressalta o artigo 25 dessa Resolução.

Processo nº : 10166.011815/2004-17
Acórdão nº : 303-33.100

Observa-se, ainda, que não há exigência ou pré-requisito legal algum para que sejam executados os serviços propostos e que vêm sendo exercidos pela recorrente, como seja, a de comércio varejista de caldeiras suas peças e acessórios e a prestação de serviços de manutenção, instalação e assistência técnica de caldeiras (geradoras de vapor e água quente) e aparelhos eletromecânicos, não havendo necessidade de profissão legalmente habilitada para exercer tal atividade.

Destarte, entendemos que este tipo de prestação de serviços da recorrente, não representa serviço profissional de engenharia (mecânico e / ou eletricitista) ou assemelhados, nem há necessidade de exercício por profissão legalmente regulamentada. Não sendo, portanto, no nosso entendimento, atividade vedada para opção pelo Simples, mesmo que fosse configurado como atividade enquadrada no item 2821-5/22.

Observe-se ainda, que a recorrente se encontra devidamente amparada nos termos do art. 8º, inciso II, § 6º da Lei 9.317/1996 (parágrafo acrescido pela Lei 10.833/2003), combinado com o Art. 106, inciso II, alínea "b" do Código Tributário Nacional, não estando suas atividades abrangidas pelas vedações contidas nos dispositivos legais que regem a sistemática do SIMPLES, fazendo jus, portanto, aos benefícios desse regime especial de pagamento.

Em vista disso, concluímos que as atividades exercidas pela recorrente, estão entre aquelas permitidas pela legislação para inclusão no SIMPLES.

Por essas razões, é de se reconsiderar o ATO DECLARATÓRIO que tornou a recorrente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. Então,

VOTO para que seja dado provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2006


SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator