



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo n° 10825.000268/2004-33
Recurso n° 136.427 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n° 302-39.597
Sessão de 20 de junho de 2008
Recorrente L. E. L. COMÉRCIO LTDA. - EPP
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES - EXCLUSÃO

Os serviços prestados pelo Contribuinte não se confundem com atividades de engenheiros ou arquitetos. Por isso, não se aplica ao Contribuinte o óbice do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


BEATRIZ VERÍSSIMO DE SENA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corinθο Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Ricardo Paulo Rosa e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Ausente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Adoto o relatório da r. decisão recorrida que bem expressa os fatos ocorridos até aquele momento:

Trata o presente de manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo nº 03 (fl. 193) que excluiu a empresa do Simples, em face da atividade exercida pela pessoa jurídica – reforma e manutenção em máquinas industriais.

Em sua manifestação alega, preliminarmente, que o Ato Declaratório é carente de legalidade, pois, fere os princípios da anterioridade e da retroatividade.

No mérito, informa que nunca tomou conhecimento do Processo Administrativo nº 10825.000268/2004-33, ficando impedida de se defender. Aduz que das atividades mencionadas no citado Ato Declaratório não estão as atividades exercidas e registradas por ela. Alega que o Ato declaratório não está revestido de legalidade, sendo nulo por natureza.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto indeferiu a solicitação do Contribuinte sob o fundamento de que a pessoa jurídica que presta serviços de instalações elétricas estaria impedida de exercer a opção pelo SIMPLES, porque exerceria atividade assemelhada à engenharia.

O Contribuinte interpôs recurso voluntário contra a decisão da DRJ de Ribeirão Preto argumentando, em síntese, que prestaria serviços eminentemente técnicos, que dispensariam conhecimentos especializados de engenharia.

É o relatório.



Voto

Conselheira Beatriz Veríssimo de Sena, Relatora

O recurso voluntário preenche os requisitos extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual o conheço.

O que se discute no presente recurso é a possibilidade de exclusão do Contribuinte do regime Simples com base no art. 9º, inc. XIII, da Lei nº 9.317/96:

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; (destaque nosso)*

O rol do inciso XIII diz respeito a profissões regulamentadas em que a sociedade empresarial esteja voltada à prestação de serviços para contratação em razão da qualificação técnica do profissional ou do seu especial talento. Assim o fez o legislador por entender que os profissionais liberais possuem qualificação especial, não estando sujeitos ao impacto do domínio de mercado das grandes empresas, nem constituiriam, em satisfatória escala, em grande fonte de geração de empregos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643/DF, reconheceu a constitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.317/96, dando-lhe, contudo, interpretação conforme a Constituição, de modo a compatibilizar a sua interpretação com o princípio da isonomia tributária. Transcrevo trecho do voto proferido pelo Ministro Maurício Correa, que esclarece o critério que deve ser adotado na aplicação do referido dispositivo legal para discriminar entre os prestadores de serviços de “nível técnico” e os profissionais liberais, para efeito de enquadramento no Simples:

Com efeito, especificamente quanto ao inciso XIII do citado art. 9º, não resta dúvida que sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissões legalmente regulamentada não sofrem impacto do domínio de mercado pelas grandes empresas; não se encontram, de modo substancial, inseridas no contexto da economia informal; em razão do preparo científico, técnico e profissional dos seus sócios, estão em condições de disputar o mercado de trabalho, sem assistência do Estado; não constituiriam, em satisfatória escala, fonte de geração de empregos se lhes fosse permitido optar pelo 'Sistema Simples'.

Conseqüentemente, a exclusão do "Simples", da abrangência dessas sociedades civis, não caracteriza discriminação arbitrária, porque obedece critérios razoáveis adotados com o propósito de compatibilizá-los com o enunciado constitucional.

Não há falar-se, pois, em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária – e esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.

A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e aos profissionais liberais.

Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º do art. 145 da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.”¹

Assim, a razoabilidade que se deve buscar na aplicação da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum, em contraposição aos empresários de maior porte e aos profissionais liberais, haja vista a maior capacidade econômica dos primeiros e o serviço diferenciado que os segundos prestam a seus clientes, a reduzir o impacto da concorrência. Frise-se que essa desigualdade factual decorre, ademais, de política fiscal e econômica. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Na hipótese em exame, o contrato social da empresa contribuinte, à fl. 9 demonstra que a sua atividade consiste em realizar "comércio e instalação de equipamentos elétricos, eletrônicos e de telecomunicações". Constam várias notas fiscais nos autos, às fls. 26 e seguintes nas quais se observa que, apesar da empresa utilizar em seu nome de fantasia a denominação "engenharia", os serviços descritos nas notas fiscais mais se aproximam de tarefas típicas de técnicos de nível médio, até pelo valor médio dos serviços. *Data venia*, tais atividades não podem ser equiparadas às de engenheiro, já que não exigem, de modo geral, habilitação técnica para a sua prestação, tampouco inscrição no CREA.

Cumprido observar, por outro lado, que nenhum dos sócios do Contribuinte está qualificado como engenheiro, tampouco há neste procedimento administrativo fiscal evidência de que a atividade exercida pelo Contribuinte demande conhecimento tecnológico essencial de engenharia, atividade assim qualificada pelos arts. 1º e 7º da Lei nº 5.194/66. Nesse caso, cumpre dar à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, permitindo-lhe usufruir dos

¹ (ADI 1641/UF, STF, Tribunal Pleno, rel. Maurício Corrêa, julg. 05.12.2002, DJ 14.03.2003, p. 27)

benefícios do Simples quando não há provas de que a atividade econômica por ele exercida é típica de profissional liberal.

Há jurisprudência no sentido de aplicar-se o regime do Simples em casos semelhantes ao presente:

TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES SIMPLES ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. RECURSO ESPECIAL INADMISSÍVEL. SÚMULAS N.ºS 5 E 7, DO STJ.

- *"As atividades de instalação elétrica não estão abrangidas pela vedação prevista no art. 9º, § 4º, da Lei 9.317, podendo a empresa prestadora desses serviços ser optante" (Resp 380761)*

- *Ainda que assim não fosse, as próprias regras da experiência comum indicam que exploram serviços de instalação e manutenção de equipamentos elétrico-mecânicos não se enquadram no art. 9º, inciso XII, alínea "f" da Lei 9.317/96.*

- *Equiparar essas empresas implicaria em analogia in malam partem, num sistema tributário que, quando nada, admite em prol do contribuinte, a interpretação mais benéfica (art. 106, I, CTN).*

- *Deveras, a análise do contrato social com o escopo de aferir o objeto da empresa e suas atividades para afastar funções assemelhadas, data venia, incide no mesmo veto da sindicância fático-probatória (Súmulas 05 e 07 do STJ).*

- *Recurso Especial não conhecido*

(RESP 403568/SC, STJ, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, julg. 18/04/2002, DJ 27/05/2002, p. 138)

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/96. INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO ELÉTRICA. ATIVIDADES NÃO VEDADAS. ILEGITIMIDADE DA EXCLUSÃO.

1. O critério para aferir a impossibilidade da inclusão da empresa no SIMPLES, em todas as hipóteses do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, diz respeito ao fato de a pessoa jurídica se dedicar à prestação de serviços profissionais especializados e regulamentados, que demandem, sobretudo, o preparo científico e técnico do componente humano e, por essa razão, prescindam de grandes investimentos para a sua realização.

2. A empresa autora tem por objeto a "prestação de serviços de instalação e manutenção de equipamentos elétricos", atividade que não se identifica com a prestação de serviços profissionais de engenheiros e cujo desempenho não depende de mão-de-obra com habilitação profissional específica, exigida e regulamentada por lei.

3. As atividades não se enquadram, assim, nas hipóteses de vedação do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, mostrando-se ilegítima a exclusão da empresa do SIMPLES.

*(AC nº 200572000047008/SC, TRF 4ª Região, 2ª Turma, rel. Des.
Federal. Otávio Roberto Pamplona, julg. 20/11/2007, DJ 05/12/2007)*

Pelo exposto, dou provimento ao recurso voluntário, para permitir a adesão do contribuinte ao Simples, a contar da data de sua opção.

Sala das Sessões, em 20 de junho de 2008



BEATRIZ VERÍSSIMO DE SENA - Relatora