



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

Processo nº 10830.003300/2001-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.781 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de agosto de 2012
Matéria Simples - Exclusão
Recorrente ELETROTESTE MANUTENÇÕES ELÉTRICAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. OBJETO SOCIAL SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO ELÉTRICA, RECONDICIONAMENTO DE MOTORES E TRANSFORMADORES ELÉTRICOS E COMÉRCIO DE ACESSÓRIOS. ÔNUS DA PROVA

A atividade de prestação de serviços de manutenção elétrica, recondicionamento de motores e transformadores elétricos, máquinas e equipamentos, 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

JOSÉ RICARDO DA SILVA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (Presidente), José Ricardo da Silva (Vice-Presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e Nara Cristina Takeda Taga.

CÓPIA

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto por Eletroteste Manutenções Elétricas Ltda., (fls. 65/74, v. 1), contra decisão da 1ª Turma da DRJ/CPS, consubstanciada no Acórdão nº 05-23.045, de 02 de maio de 2008 (fl. 55/62, v. 1), que julgou improcedente sua Manifestação de Inconformidade.

Consta dos autos que, após ação fiscal desenvolvida junto ao estabelecimento da Recorrente, foi constatado situação de vedação/exclusão à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, haja vista que presta serviços profissionais de manutenção elétrica, recondicionamento de motores e transformadores elétricos, previstos no inciso XIII, do art. 9º, da Lei 9.317/96.

Desta forma, foi providenciada representação fiscal pelo Instituto Nacional do Seguro Social, a fim de proceder sua exclusão do SIMPLES (fls. 04/06), a qual foi efetivada por intermédio do Ato Declaratório Executivo 009, de 14 de fevereiro de 2008 (fls. 32, v. 1).

Cientificada de sua exclusão do SIMPLES em 28 de março de 2008, e com ela não se conformando, a Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade Fiscal (fls. 34/41), onde argumenta que:

- a) não há elementos concretos que ratifiquem a assertiva de que a atividade exercida pela empresa exige a participação de engenheiros;
- b) que os impedimentos levantados pela autoridade tributária foi realizada por analogia com as atividades de engenharia, que não tem relação com a atividade realmente exercida pela excluída;
- c) de acordo com o regulamento que disciplina o Simples Nacional, instituído pela LC 123/2006, que está baseado nas mesmas premissas e idéias do antigo Simples Federal, a atividade exercida pela interessada não é impeditiva ao ingresso nesse regime especial de tributação;
- d) a exclusão do SIMPLES determina a elevação da carga tributária da empresa optante, que se vê na contingência de recolher as diferenças dos tributos apuradas pelas sistemáticas ordinárias de tributação;
- e) o juízo sobre a exclusão, ou sobre o ingresso retroativo no SIMPLES não pode decorrer da analogia;
- f) a regra para ingresso no SIMPLES é definida pela receita bruta. No caso, o que o inciso XIII, do art. 9º, da Lei 9.317/96 impede é o exercício de atividade pela pessoa jurídica envolvendo prestação de serviço profissional de engenheiro;

- g) essas vedações não podem ser interpretadas de forma ampla, pois a regra de hermenêutica exige que se faça a interpretação de forma restrita de qualquer norma excepcional, exatamente por contrariar a regra geral;
- h) a prova do exercício da atividade impeditiva é de responsabilidade do Fisco, conforme já decidiu a Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes no acórdão 303-33.310;
- i) as atividades de manutenção e reparação, formalmente constantes de seu contrato social, foram equiparadas às atividades de reparo ou manutenção previstas no art. 1º, da Resolução 218/73, que regulamentou a profissão de engenheiro, arquiteto e agronomia;
- j) não há prova de que desenvolve essas espécies de atividades, logo, a equiparação está fundada em procedimento analógico, o que o torna nulo de pleno direito;
- k) a atuação da Recorrente é preponderante na manutenção e reparação de materiais elétricos de propriedade de outras pessoas, e para realizar tais atividades, não há necessidade de profissionais com habilitação legalmente exigida, como engenheiros;
- l) representam serviços de reparo corriqueiros executados por um instalador ou consertador de máquinas e equipamentos;
- m) tanto é verdade que nunca um contratante exigiu que os serviços fossem realizados por engenheiro registrado no CREA, além de não possuir em seu quadro funcionário com tal qualificação, já que não precisa;
- n) só o pode ser tornado como excludente o efetivo exercício da atividade, o que, de fato, não foi comprovado pela autoridade tributária, conforme entendimento do Terceiro Conselho de Contribuintes exarado nos Acórdãos 303-33.682 e 301-33.488;
- o) formalizou seu ingresso no novo Simples Nacional, instituído pela LC 123/2006, e que essa opção deu-se de maneira totalmente regular, pois sua atividade, representada no Cadastro nacional de Atividades Econômica (CNAE) Fiscal 4321-5-00 e informada no seu cadastro junto ao CNPJ não é impeditivo ao novo regime unificado;
- p) seu direito de optar pelo Simples Nacional está expresso no art. 17, §1º, X, da LC 123/2006;
- q) a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CSGSN) 06/2007, com o objetivo de disciplinar o ingresso nesse regime, especificou, no seu Anexo I, as atividades consideradas impeditivas, sem incluir, por intermédio do CNAE, a atividade exercida pela Recorrente;
- r) ante os argumentos lançados, considera que a exclusão questionada não merece prosperar.

A 1ª Turma da DRJ/CPS, ao apreciar o mérito, indeferiu sua manifestação de inconformidade, conforme se extrai da ementa:

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

Ano-calendário: 2002

*CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INGRESSO E/OU
PERMANÊNCIA NO SIMPLES FEDERAL.*

*O exercício de atividade que pressupõe o domínio de
conhecimento técnico-científico próprio de profissional da
engenharia é circunstância que impede o ingresso ou a
permanência no Simples Federal.*

Solicitação Indeferida

Cientificada da decisão de primeira instância, e com ela não se conformando, apresentou Recurso Voluntário (fls.65/74), com os mesmos argumentos lançados em sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Ricardo da Silva

Como visto do relato, trata-se de exclusão do Simples Federal (Lei nº 9.317/1996) em decorrência de suposto exercício de atividade econômica vedada pelo referido sistema, qual seja, "manutenção elétrica, recondicionamento de motores e transformadores elétricos", sob o enquadramento do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, e com efeitos retroativos a 01/01/2002.

O argumento utilizado para a exclusão da contribuinte no regime simplificado é de que a mesma está impedida de fazer opção pelo Simples em face do exercício da atividade vedada prevista no art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/1996.

Por seu turno, a turma de julgamento de primeiro grau confirmou a exclusão do regime sob o entendimento de que a reclamante também estaria impedida de fazer opção pelo Simples em face do exercício de serviços assemelhados ao de engenheiros.

Consta do voto condutor do aresto recorrido que

No caso, tem-se à fl. 05 cópia do Termo de Opção pelo Simples Federal. Neste anota-se, a título de atividade econômica principal: "MAN. ELE. RECOND. MOTORES E TRANSFORMADORES ELÉTRICOS E COM. DE ACES." Só observar que a declaração retro transcrita, sobre a atividade econômica que o Contribuinte desempenha, no âmbito processual, como este o é, pode e deve ser tomada como confissão. Importa daí dizer que o Contribuinte assume o substrato fático do tanto declarado. Esta, como sucede com qualquer confissão, coloca a parte parcial emissora em posição processual de desvantagem. Não seria necessário dizê-lo, mas, em todo caso, diga-se: a parte parcial, sponte propria, nunca produz prova a seu próprio benefício; mas pode fazê-lo na direção justamente inversa, isto é, com a confissão sobre matéria fática. A parte parcial que pretender produzir prova a seu próprio benefício terá de trazer aos autos documentos sobre os quais intervenham a manifestação de vontade de terceiro desinteressado, para garantir imparcialidade aos ditos documentos.

Muito bem, a partir da confissão do Contribuinte (sobre prestar serviços de manutenção elétrica e recondicionamento de motores e transformadores elétricos), não é possível dizer, (peremptoriamente, que ele, Contribuinte, ao exercer sua atividade, prescinde de conhecimento técnico-científico próprio de profissional de

engenharia (Lei nº 9.317, de 1996, art. 9º, inciso XIII), isto para o desempenho do(s) serviço(s) retro mencionado(s). Por outra, sem maiores especificações, diga-se, sem mais elementos tendentes (prova) a colocar à luz a real atividade 'desempenhada pelo Contribuinte, realmente, não se tem condições de saber se o interessado incide n'alguma vedação para efeito de ingresso/permanência no Simples Federal respeitante ao quesito "atividade econômica". Não se deixe esquecer: o Simples Federal é um benefício fiscal, logo, se o interessado quer fazer jus a ele não pode deixar campo aberto à dúvida sobre a satisfação das condições exigidas.

Nessas condições, é forçoso afirmar que a simples menção no contrato social de uma atividade impeditiva, dentre várias, e no caso sequer claramente impeditiva, não é, por si só, motivo de exclusão do Simples. Ainda mais, havendo dúvidas sobre a efetiva possibilidade de equipar a atividade exercida a "serviços de engenharia", caberia à administração tributária colher provas que demonstrassem, inquestionavelmente, que ao menos uma das atividades efetivamente desenvolvidas pela recorrente é vedada ao Simples.

Reiteradas são as decisões do Conselho de Contribuintes neste sentido, a exemplo do decidido no Acórdão 302-39589, de 20/06/2008, assim ementado:

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. OBJETO SOCIAL MÚLTIPLO. ÔNUS DA PROVA. Havendo mais de uma atividade no objeto social da empresa, e nem todas vedadas à opção pelo SIMPLES, no procedimento de exclusão do regime cabe à Administração Tributária provar que a recorrente praticava pelo menos uma das atividades vedadas constantes de seu contrato social, ou mesmo não constante desse, e não à recorrente fazer prova negativa de que não praticava nenhuma atividade vedada, portanto, é indevida a exclusão.

Recurso Voluntário Provido.

Conclui-se, em razão da fundamentação legal mencionada no ADE e pelo enquadramento no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a atividade exercida pela interessada foi tida pela administração da DRF como integrante dos serviços pertencentes à categoria de "serviços profissionais", mais especificamente, de "serviços profissionais de engenheiro", o que, entretanto, não está comprovado de fato. Aliás, também foi este o raciocínio adotado pelo relator do acórdão recorrido, o que se infere do seguinte excerto do voto: *"Observe-se, ainda, que o termo "assemelhado" constante do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, faz incluir na vedação à opção pelo Simples qualquer atividade de prestação de serviço que tenha similaridade ou semelhança com aquelas enumeradas. Nessa linha de raciocínio, e tendo em conta que a vedação é para "a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de engenheiro ou assemelhado", deve-se assentar o fato de que basta o exercício de qualquer de suas atribuições, com ou sem supervisão, assinatura ou execução por profissional regulamentado, para que a opção pelo Simples seja vedada. Mesmo que os serviços*

sejam prestados por outro tipo de profissional ou pessoa não qualificada, a pessoa jurídica não poderá permanecer no regime simplificado, porquanto se trata do exercício de atividades assemelhadas à profissão de engenheiro”.

Com a devida vênia, ousou discordar do entendimento expresso no acórdão recorrido, pois não existe sequer qualquer evidência que as atividades exercidas pela contribuinte exijam a interferência de engenheiro mecânico, ou que nela se desempenhem atividades de competência primordial de profissionais legalmente habilitados na área de engenharia.

Além do mais, não há nos autos qualquer prova efetiva, cujo ônus é do fisco, que imponha o entendimento de que os serviços prestados na oficina da interessada são, no mínimo, de relativa complexidade.

Cabe ressaltar que, o artigo 4º da Lei nº 10.964/2004, posteriormente alterado pela Lei nº 11.051/2004, o qual foi regulamentado pelo Ato Declaratório Executivo nº 8, de 18 de janeiro de 2005, excetuou, expressamente, da distorcida interpretação do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, retroativamente, diversos serviços de manutenção e reparação, nos seguintes termos:

Art, 4º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: (Redação dada pela Lei nº 11 051, de 2004)

I — serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

(...)

V — serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 1º Fica assegurada a permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, com efeitos retroativos à data de opção da empresa, das pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham feito a opção pelo sistema em data anterior à publicação desta Lei, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação, (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 2º As pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham sido excluídas do SIMPLES exclusivamente em decorrência do disposto no inciso XIII do art 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, poderão solicitar o retorno ao sistema, com efeitos retroativos à data de opção desta, nos termos, prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal SRF, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 3º Na hipótese de a exclusão de que trata o § 2º deste artigo ter ocorrido durante o ano-calendário de 2004 e antes da publicação desta Lei, a Secretaria da Receita Federal — SRF promoverá a reinclusão de ofício dessas pessoas jurídicas retroativamente à data de opção da empresa. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 4º Aplica-se o disposto no art. 2º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, a partir de 1º de janeiro de 2004. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

Como visto acima, a legislação em descrita veio pacificar o entendimento no sentido de que a prestação de serviços de manutenção e conservação de máquinas e equipamentos em geral, não é atividade que possa ser caracterizada como atividade que se subsume ao art. 90, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Cabe destacar também, as inúmeras decisões proferidas pelo antigo Terceiro Conselho de Contribuintes no sentido de que o teor do artigo 17, § 2º, da Lei Complementar 123/2006, que admite no Simples Nacional as empresas dedicadas às atividades de serviços de reparação e manutenção de máquinas e equipamentos agrícolas, que o consentimento teria aplicação retroativa. Referidas atividades, dentre outras, antes da edição da Lei Complementar 123/2006, frequentemente eram equiparadas pela administração tributária a prestadoras de serviços de engenharia e excluídas do Simples com base no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96. Abaixo segue a ementa de algumas decisões proferidas pelo então Terceiro Conselho de Contribuintes:

SIMPLES - ATIVIDADES DE ENGENHARIA CIVIL - ATIVIDADES NÃO VEDADAS PELA LEI COMPLEMENTAR 123/2006 - APLICAÇÃO RETROATIVA. As atividades de construção de imóveis e de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, não são mais vedadas ao SIMPLES nos termos do artigo 17, § 1º, inciso XIII, da LC 123/2006, Aplicação retroativa em virtude do artigo 106, inciso II, alínea "b", do Código Tributário Nacional. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO (Acórdão 301-34.362, de 27/03/2008, Recurso 130.441) (No mesmo sentido os Acórdãos 303-34535, 301-34.578 e 393-00.020)

Diante disto, de acordo com os precedentes citados, também por força do princípio da retroatividade benigna, que teria amparo no art. 106, inciso II, alínea "b", da Lei nº 5.172/66 — Código Tributário Nacional, não poderia vingar a exclusão da recorrente do Simples a partir de 01/01/2002, conforme estabelece o Ato Declaratório Executivo DRE/CTA nº 126, de 07 de dezembro de 2005 (fls. 14).

Na esteira destas considerações, tendo como suporte o entendimento de que os serviços prestados pela recorrente não se ajustam, em vista de sua pouca complexidade, às atividades próprias de engenheiro, e por expressamente admitidas no Simples conforme disposições do art. 4º da Lei nº 10.964/2004, posteriormente alterado pela Lei nº 11.051/2004, posteriormente regulamentada pelo Ato Declaratório Executivo nº 8, de 18 de janeiro de 2005, não vejo como manter a decisão recorrida.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

José Ricardo da Silva - Relator

CÓPIA