



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

Processo nº 10830.003499/2003-49
Recurso nº - Voluntário
Resolução nº **1102-00.064 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 23 de novembro de 2011
Assunto DILIGENCIA
Recorrente A D N MONTAGEM E MANUTENÇÃO LTDA
Recorrida 6ª.TURMA DRJ RIBEIRÃO PRETO/SP

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligencia, nos termos do voto da relatora.

Assinado digitalmente.

IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO – Presidente e Relatora

EDITADO EM:/11/2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, João Otavio Opperman Thomé, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Leonardo de Andrade Couto, Marcos Vinicius Barros Ottoni (Suplente Convocado) e João Carlos Lima Junior(Vice-Presidente)

Relatório:

Trata-se de pedido de ingresso no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, retroativamente a 17/09/1997.

O indeferimento se deu em virtude da atividade exercida, fabricação, instalação e manutenção de estufas para a agricultura que nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317, de 1996, impede o ingresso no sistema, conforme despacho decisório de fls. 69/71.

Às fls. 73/76 há manifestação de inconformidade onde a Contribuinte se contrapõe à exclusão e pede seu reingresso retroativo ao ano de 1997. O enquadramento legal utilizado para manutenção do ADE, art. 9º, XIII, da Lei nº. 9.317, de 1996, não traria nos incisos I a XVIII e XIX, parágrafos 1º a 4º, qualquer menção que permitisse enquadrar sua atividade de fabricação instalação e manutenção de estufas para agricultura como uma atividade vedada.

Além do mais, durante 11 anos não fora notificada pela Secretaria da Receita federal quanto ao indeferimento de sua inclusão. Durante todo este tempo exerceu suas atividades tomando as medidas necessárias quanto à entrega da declaração DIPJ e pagamento dos tributos de acordo com o regime no qual se julgava incluída.

Elenca suas atividades na seguinte ordem:

CNAE 33.14-7-11 : “manutenção e reparação de máquinas e equipamentos para agricultura e pecuária e;

CNAE 46.61-3-00: “comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso pecuário, partes e peças”. Consta do contrato social na Cláusula 3ª da 5ª alteração contratual o seguinte: A sociedade tem por objeto o Comércio varejista de máquinas aparelhos e equipamentos para uso agropecuário, partes e peças, manutenção e reparação de máquinas e equipamentos para agricultura e agropecuária em geral.”

Acrescenta que desde o início de sua atividade econômica (até a presente data) atendeu às disposições da Lei nº. 9.317, de 1996, revogada pela LC 123, de 2006. Para confirmar as alegações junta os documentos de fls. 77/96.

Sobrevém o acórdão de primeiro grau, fls. 101/106, assim ementado:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 1997 ATIVIDADE VEDADA.

As empresas que desenvolvem atividades assemelhadas à de engenheiro, manutenção e reparo de máquinas e equipamentos para a agricultura estão impedidas de optar pelo Simples.

VIGÊNCIA DA LEI.

O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, assim, o regime de tributação deve também obedecer às normas vigentes à data da ocorrência do fato gerador.

Manifestação improcedente.

Ciente da decisão em 19/02/2010 (AR de fls.112), às fls.113/132 oferece suas razões de recurso. Discorre sobre o indeferimento do seu pedido. Informa que protocolou Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica (FCPJ) em 20.11.1997, solicitando a inscrição no CNPJ, na opção "SIMPLES FEDERAL". No entanto, por um erro de fato, reconhecido pela própria Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira/SP, no Despacho Decisório de fls. 69 a 72, a administração lhe concedeu a inscrição no CNPJ, mas não processou a opção pelo regime do SIMPLES. Desconhecendo o erro da DRF, iniciou suas atividades e desde então recolhe os tributos por meio do DARF – SIMPLES – código de 6106.

Apenas recebeu, em 07.08.2008, o Despacho Decisório onde a administração reconhece o erro cometido (falta de processamento) e negou o seu pedido de inclusão retroativa no sistema, sob argumento de que a atividade exercida requer serviço profissional de engenheiro ou assemelhado.

Continua para dizer que, conforme restou reconhecido pelo próprio Fisco, as atividades desempenhadas, são: "*Comércio Varejista de materiais para estufas agrícolas e a prestação de serviços de manutenção de estufas agrícolas em geral*", sem impedimento à opção pelo SIMPLES, pois essas atividades prescindiam do domínio de conhecimento técnico-científico, próprio de profissional de engenharia e/ou assemelhado. Ao mesmo tempo pediu sua inclusão retroativa no sistema, desde 01.02.1997.

Aponta que a negativa tomou por base apenas seu objeto social, a partir do CNAE-Fiscal, em desacordo com a verdade material das suas atividades comerciais, que não impedem sua permanência no Simples.

Completa que a própria Receita Federal do Brasil explicitou formalmente seu entendimento ao prescrever, no manual de Perguntas e Respostas da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ 2004), que a mera inclusão no contrato social de atividade proibitiva de adesão ao SIMPLES não constitui, por si só, motivo suficiente o bastante para justificar a exclusão do Regime Simplificado, (transcreve da página <http://www.receitafazenda.gov.br/PessoaJuridica/DIPJ/2004/PergResp2004/pr110a202.htm>).

Ainda, a própria Administração Tributária Federal condiciona a vedação ao SIMPLES **à comprovação da prática efetiva de atividade impeditiva**, não se contentando com a mera indicação de suposta hipótese de impedimento no contrato social ou no CNAE-Fiscal.

No seu caso, considerando que o objeto social descrito no seu ato constitutivo prevê a atividade de "*comércio varejista*" juntamente com a "*prestação de serviços de manutenção de estufas agrícolas em geral*", deveria a autoridade administrativa ter comprovado a prática da alegada atividade impeditiva de adesão ao SIMPLES, pois ainda que o exercício deste último ramo de atividade constituísse causa impeditiva — o que novamente admite apenas para encaminhar o raciocínio —, o comércio varejista de materiais para estufas agrícolas descrito no seu contrato social não caracteriza impedimento de opção ao Regime

Simplificado, realidade esta que corrobora a possibilidade de coexistência das duas atividades no objeto social, e por via reflexa, demanda maior critério de investigação por parte do fisco para justificar o indeferimento do pedido de inclusão, o que não ocorreu no presente caso.

E continua:

(...)

A situação em exame demonstra que o argumento esposado pelo órgão julgador de primeira instância para fundamentar o indeferimento do pedido inclusão retroativa no SIMPLES é totalmente inconsistente.

Nem se alegue, ainda, que a fundamentação constante do acórdão recorrido não encontra consonância alguma com o princípio da motivação, vez que toda a argumentação exposta pelo i. relator está pautada no artigo 1º, número 16, da Resolução do CONFEA nº 218/73 que dispõe:

"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:

(...)

16— execução de instalação, montagem e reparo; (...)"Da simples leitura do dispositivo invocado pelo i. relator, nota-se que esta Resolução não se aplica ao caso em análise, tendo em vista que a Recorrente não está sob fiscalização do exercício profissional correspondente às atividades referidas no dispositivo em destaque, e ainda que estivesse, a manutenção de estufas agrícolas não constitui atividade exclusiva dos profissionais acima mencionados.

Isto evidenciaria o exercício de atividade que prescinde de conhecimentos técnico-científicos de engenheiro ou assemelhado, razão pela qual reiterou seu pedido de inclusão no Regime Simplificado, com efeitos retroativos, desde primeiro de janeiro de 1997.

Em outro tópico invoca ofensa ao princípio da verdade material, citando James Marins para dizer que: *"A exigência da verdade material corresponde à busca pela aproximação entre a realidade factual e sua representação formal; aproximação entre os eventos ocorridos na dinâmica econômica e o registro formal de sua existência; entre a materialidade do evento econômico (fato imponível) e sua formalização através do lançamento tributário. A busca pela verdade material é princípio de observância indeclinável da Administração tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais. Deve fiscalizar em busca da verdade material; deve apurar e lancar com base na verdade material."*

Apesar de todos esses pontos convergentes ao seu direito, o acórdão combatido menciona a Resolução do COFEA nº 218/73, que regulamenta a Lei nº 5.194/66, a qual dispõe sobre o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, buscando abrigo em dispositivo totalmente inaplicável ao seu caso.

Aponta a incoerência do relator quando afirma que *"não importa se o serviço vem a ser efetivamente prestado por engenheiro (...), o que interessa para caracterizar o impedimento é o fato de que as atividades de manutenção de equipamentos, exercidas pela interessada são serviços*

profissionais de engenheiro ou assemelhado". Isso porque, o serviço de manutenção de estufas, conforme já mencionado, não é exclusivamente prestado por engenheiro ou assemelhado."

Afirma que não restara comprovada a prática efetiva de atividade capaz de impedi-la de ingressar no SIMPLES. A ausência desta prova caracteriza ofensa ao princípio da verdade material e obrigava à Administração Tributária a rever seu ato. Caso houvesse a investigação restaria provado que sua atividade não impedia sua adesão ao SIMPLES. Igualmente houvera ofensa ao princípio da legalidade, porque o indeferimento se fundamentara em hipótese não prevista em lei.

Comenta que os argumentos aduzidos, pela DRF em Limeira/SP e pelo órgão julgador de primeira instância, que determinaram a negativa de inclusão no SIMPLES ferem de morte o princípio constitucional da legalidade.

Invoca a taxatividade do inciso XIII do art. 9º da Lei 9317/1996, o qual transcreve para comentar que à sua leitura bastaria para entender que a proibição é pelo exercício da atividade pelos profissionais descritos no inciso e não a mera utilização de CNAE que, no entender da DRF, caracterize atividade impeditiva.

Discorre sobre o caráter incidental do CNAE atribuído às atividades realizadas pelas empresas, porque nem sempre reflete a realidade dos serviços efetivamente prestados, na linha reconhecida pelo antigo Conselho de Contribuintes, conforme ementas que transcreve, oriundas de vários julgamentos, tal seja o AC. 303-34019 de 24/01/2007, do qual reproduz a ementa.

Afirma, também, ausência de óbice na legislação do SIMPLES à sua permanência neste sistema, na linha de várias decisões do Conselho Administrativo, conforme apontou ementas dos acórdãos 393-00037; 302-39930 de 12/11/2008; 303-33300 de 21/06/2006; 302-38047 de 21/09/2006.

A alegação de que para os serviços de montagem, manutenção e reparação de estufas exige profissional regularmente habilitado mostra-se absurda. Além do mais, a Resolução nº 218/1973 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que regulamenta o exercício profissional das respectivas profissões — mencionada no Acórdão recorrido —, revela-se imprópria para fundamentar exclusão da atividade exercida, tendo em vista que os serviços de reparação e manutenção de equipamentos nem sempre exigem o aprofundamento de conhecimentos e perícia técnica atrelados à capacitação de um engenheiro.

Como desdobramento da impossibilidade de interpretação e aplicação literal desta Resolução às atividades discriminadas na legislação tributária, faz-se necessário o apontamento da Lei 10.964/2004, que em seu art. 4º, exemplifica algumas exceções ao disposto no art. 9º, XIII da Lei 9317/1996, demonstrando que a referida Resolução não pode fugir à interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a saber:

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: I- serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;

II - serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;

III - serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;

IV - serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

V - serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos."

No mesmo sentido decisões do Conselho de Contribuintes que interpretam e aplicam sistematicamente as normas editadas pelos órgãos de representação de classes, em consonância com o ordenamento jurídico, como exemplo cita o acórdão 202-12.909 de 18/04/2001.

Continua para dizer que a situação fática é suficiente para determinar a reforma do Acórdão combatido, posto que o indeferimento se pauta em **restrição não contida na Lei do Simples** (Lei nº 9.317/96), tendo em vista que as tarefas realizadas para concretização dos serviços prestados (Comércio Varejista e a Prestação de Serviços de Manutenção de Estufas agrícolas em Geral) podem, à evidência, serem executadas por trabalhadores não habilitados pelo CREA, face à ausência de complexidade técnica destes trabalhos. Portanto, também por esse ângulo, revela-se infundado o indeferimento do seu pedido de inclusão no SIMPLES.

Pede a aplicação retroativa da Lei Complementar 123/06, se entendessem os julgadores que os serviços prestados teriam necessidade de profissionais regulamentados, a exemplo do decidido nos acórdãos 303-34.733 e 303.- 35628, cuja ementa reproduz, na seguinte ordem:

(...)

2)Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2002 Ementa: Simples. Exclusão. Atividade econômica não vedada.

Retroatividade da lei superveniente.

Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral não está citada dentre as atividades econômicas da seção que trata das vedações ao ingresso no Simples nacional, fato com repercussão pretérita por força do princípio da retroatividade benigna previsto no Código Tributário Nacional.

(...)

2)DPU - DADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE Texto da Decisão:Por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso voluntário. Os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Celso Lopes Pereira Neto e Anelise Daudt Prieto votaram pela conclusão.

Ementa:Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples ANO-CALENDÁRIO: 2002 Simples. Exclusão. Atividade excetuada da suposta restrição.

Retroatividade da lei superveniente. Serviços de produção cinematográfica e de artes cênicas são citados na Lei Complementar 123, de 2006, como atividades econômicas beneficiadas pelo recolhimento de impostos e contribuições na forma simplificada, fato com repercussão pretérita por força do princípio da retroatividade benigna previsto no Código Tributário Nacional.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Diante desses julgados forçoso reconhecer que o acórdão recorrido caminha em sentido contrário à jurisprudência acima destacada, principalmente quando o i. relator afasta os efeitos retroativos amplamente aplicados, indicando como fundamento o artigo 144 do CTN, que trata do lançamento tributário.

Alude que o órgão julgador de primeira instância se pauta em dispositivo não aplicável ao caso, tendo em vista que nestes autos não há que se falar em lançamento tributário, posto que não há crédito algum em discussão, conforme a própria ementa do acórdão evidência: "Sem Crédito em Litígio".

Portanto, diante da não constituição de crédito tributário, não se pode recusar a retroatividade benigna da Lei Complementar nº 123/06, com fundamento no artigo 144, do CTN, pois este dispositivo trata expressamente do lançamento tributário.

Pede a reforma da decisão proferida pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, com vistas a reintegrar-se no Sistema de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES de forma retroativa, desde 01.02.1997.

Despacho de fls.134 remete o processo para o CARF. Por sorteio o recebo para relato.

Este o Relatório.

Voto:

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e dele conheço.

Pede a Recorrente sua inclusão na sistemática do Simples, com data retroativa à 01/02/1997, bem como informa o cumprimento de suas obrigações acessórias e principais, além de apontar a falha da administração tributária que somente após 11 anos do seu pedido se manifestou contra sua permanência naquele sistema.

A decisão de primeiro grau, invocando o inciso XIII do art. 9º da Lei 9317/1996, negou o pedido. Utiliza como suporte à sua conclusão o contrato social e o CNAE fiscal da Contribuinte.

Esta, por seu turno, aduz que a própria Administração Tributária Federal condiciona a vedação ao SIMPLES à **comprovação da prática efetiva de atividade impeditiva**, não se contentando com a mera indicação de suposta hipótese de impedimento no contrato social ou no CNAE-Fiscal.

Como afirma a Recorrente que “o objeto social descrito no seu ato constitutivo prevê a atividade de comércio varejista juntamente com a ‘prestação de serviços de manutenção de estufas agrícolas em geral’, deveria a autoridade administrativa ter comprovado a prática da alegada atividade impeditiva de adesão ao SIMPLES, pois ainda que o exercício deste último ramo de atividade constituísse causa impeditiva, o comércio varejista de materiais para estufas agrícolas descrito no seu contrato social não caracteriza impedimento de opção ao Regime Simplificado, realidade esta que corrobora a possibilidade de coexistência das duas atividades no objeto social, e por via reflexa, demanda maior critério de investigação por parte do fisco para justificar o indeferimento do pedido de inclusão.”

Por isto, para bem decidir, sugiro aos meus pares a conversão do julgamento em diligência para que seja apurada a natureza da atividade realizada pela Recorrente, através das notas fiscais emitidas, contratos de prestação de serviços e demais informações que o diligenciante entenda esclarecedora do presente litígio.

E do termo de diligência seja cientificado a Contribuinte para que se pronuncie nos autos, se entender necessário.

Após seja o processo devolvido para conclusão.

É como voto.

Assinado digitalmente

Ivete Malaquias Pessoa Monteiro