



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA TURMA ESPECIAL**

Processo nº 10830.004631/2004-11
Recurso nº 139.300 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 391-00.084
Sessão de 18 de novembro de 2008
Recorrente MONTEC MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA ME.
Recorrida DRJ/CAMPINAS/SP

CC03/T91

Fls. 114

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

Exercício: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

É vedada a opção pelo Simples de pessoas jurídicas que prestem serviços profissionais identificados no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

ÔNUS DA PROVA.

Não havendo outro elemento de prova que possa se contrapor à identificação do objeto da sociedade empresária presente em seus atos constitutivos, deve prevalecer a informação disponível prestada pelo próprio contribuinte.

RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em retroatividade da norma jurídica que dispõe sobre o instituto da exclusão do Simples quando, em função das atividades contidas em seu objeto social, a sociedade empresária não poderia ter optado pelo Simples, tendo em vista a existência do óbice contido no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

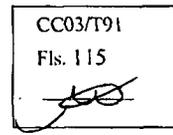
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão n.º 391-00.084

CC03/T91
Fls. 115



MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA - Presidente



HÉLCIO LAFETÁ REIS – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Priscila Taveira Crisóstomo.
Ausente justificadamente o Conselheiro Alex Oliveira Rodrigues de Lima.



Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão n.º 391-00.084

CC03/T91
Fls. 116

Relatório

O presente processo originou-se da Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS (fl. 1), em face do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/CPS nº 565.010, de 2 de agosto de 2004, expedido pela Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP (fl. 2), que excluiu a sociedade do Simples por exercer atividade econômica vedada: 2969-6/02 Instalação, reparação e manutenção outras máquinas e equipamentos de uso específico.

A SRS foi julgada improcedente conforme resultado de análise à fl. 1 - verso.

Em 7/12/2006, a Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP decidiu por dar efeitos de impugnação à SRS em virtude de contestação de matéria de direito, encaminhando o processo à DRJ Campinas/SP (fl. 21).

Na SRS/Impugnação, o contribuinte alegou, em síntese, o seguinte:

- a) *houve erro no registro do CNAE-Fiscal atribuído;*
- b) *todo o seu processo de fabricação é desenvolvido dentro do próprio estabelecimento, não existindo de forma alguma deslocamento externo de funcionários;*
- c) *os produtos por ele fabricados são remetidos aos clientes via transporte rodoviário ou são retirados na própria fábrica, sendo que a instalação das peças vendidas fica por conta do adquirente;*
- d) *o ADE fere frontalmente a Lei nº 9.841/1999 que instituiu tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, nos termos dos artigos 170 e 179 da Constituição Federal.*

A decisão da DRJ (fls. 23 a 30) manteve a exclusão, considerando que 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*, tendo decidido, também, pela possibilidade de exclusão retroativa, *quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema.*

Para embasar a sua decisão, o relator considerou, em síntese, o seguinte:

- a) *no contrato social do contribuinte, consta como sua atividade econômica a “exploração do ramo de Industrialização para Terceiros, promovendo a Reparação e Manutenção de Máquinas, Aparelhos e Equipamentos Industriais e Agrícolas, com Fabricação de Peças e Acessórios”. Tal atividade foi alterada em 17/9/2004 para “Fabricação de máquinas para a indústria metalúrgica, inclusive peças – exceto máquinas-ferramenta”;*
- b) *a vedação estampada no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, é de ordem objetiva, nada que ver com qualquer aspecto subjetivo (...). O impedimento traçado tem assento na atividade (critério objetivo) e não na pessoa que desempenha dita atividade” (fl. 25);*

CR

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão n.º 391-00.084

CC03/T91
Fls. 117



c) as pessoas, todas elas, vinculam-se aos efeitos jurídicos que naturalmente decorrem das declarações que emitem, sob pena de total insegurança jurídica (fl. 27);

d) a exclusão do contribuinte se em conformidade com a legislação de regência, que autoriza sua efetivação com efeitos retroativos, pois as atividades por ele desenvolvidas o impediam, desde o início, de optar pelo Simples.

Em 27 de junho de 2007, o contribuinte apresenta recurso (fls. 34 a 74) e requer reforma da decisão de 1ª instância, convalidando-se a sua opção pelo Simples, argüindo, em síntese, o seguinte:

a) a recorrente não necessita de engenheiro, tampouco assemelhados a esses profissionais (fl. 38);

b) não houve a competente produção de provas por parte da DRF, o que é de sua obrigação, conforme previsão do art. 142 do CTN, no sentido de que a recorrente exerce atividade vedada ao Simples, limitando-se à singela observação do CNAE-fiscal e de seus atos constitutivos (fl. 38);

c) a Receita Federal, para proceder à exclusão da requerente do Simples, só pode ter enquadrado a sua atividade como "assemelhados", já que, por mais esforço de interpretação que se faça, em nenhuma outra hipótese a mesma se encaixa (fl. 43);

d) a atividade da requerente não é similar às previstas no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, não lhe sendo exigido regulamentação;

e) o intérprete utilizou a analogia, o que é vedado pelo CTN, para criar uma regra nova, excluindo a recorrente do Simples (analogia in malam partem);

f) não se pode admitir que sociedades enquadradas, em termos de receita bruta anual, como microempresa ou empresa de pequeno porte sejam excluídas do SIMPLES, não pela receita que auferem, mas pelo tipo de atividade que desenvolvem (fl. 53);

g) de acordo com o Supremo Tribunal Federal, a contribuinte preenche todos os pressupostos para estar inserida no SIMPLES (fl. 58);

h) nos termos da legislação de regência, os efeitos da exclusão do Simples não podem retroagir.

Ao longo de sua peça recursal, a Recorrente reproduz excertos de decisões administrativas e judiciais e, ao final, requer a convalidação de sua opção ao Simples.

É o relatório. 

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão n.º 391-00.084

CC03/T91
Fls. 118

Voto

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis, Relator

De início, analisando a tempestividade do Recurso, verifica-se que o contribuinte foi cientificado da decisão ora recorrida em **24 de maio de 2007** (quinta-feira), conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 32.

Dessa forma, o prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal – PAF), nos termos do seu art. 5º, iniciou-se em 25 de maio de 2007 (sexta-feira), findando-se em 23 de junho de 2007 que, por se tratar de dia de sábado, foi prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, dia **25 de junho de 2007** (segunda-feira).

De acordo com o envelope à fl. 33, o contribuinte encaminhou o Recurso Voluntário à DRF Campinas/SP por via postal em **21 de junho de 2007**, data essa anterior ao termo final do prazo previsto na legislação que rege o processo administrativo fiscal para apresentação do recurso.

Considerando o que dispõe o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 19/1997, tem-se como tempestivo o recurso apresentado pelo contribuinte.

Antes de adentrar na análise do mérito, faz-se necessário ressaltar que as decisões anteriores reproduzidas pela Recorrente não vinculam o presente julgamento por lhes faltar eficácia normativa atribuída por lei, nos termos do art. 100, II, da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN).

Passo a analisar as questões de mérito trazidas pela Recorrente.

I. Princípio da isonomia – Simples – Vedações da Lei nº 9.317/1996

A ordem constitucional pátria, ao garantir o princípio da isonomia aos contribuintes, o fez no sentido de assegurar igual tratamento aos que se encontrassem em situação equivalente.

O art. 150, II, da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão nº 391-00.084

CC03/T91
Fls. 119

As pessoas jurídicas hábeis a se enquadrarem nos conceitos de microempresa e de empresa de pequeno porte, não obstante o liame de receita bruta que as une, são distintas entre si, possuindo outros traços que as diferenciam.

A fim de tornar isonômico o tratamento dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, não se detendo apenas em seu faturamento, necessários se fizeram os ajustes garantidores de tratamento igualitário em face da capacidade contributiva de cada uma delas (igualdade material).

Nesse sentido, a Lei nº 9.317/1996, em seu artigo 9º, veio equalizar a situação diferenciada de pessoas jurídicas que, em razão tão-somente de seu porte, foram agrupadas em um universo multifacetado.

Como a sistemática de apuração do Simples engloba um número considerável de tributos, muitas das sociedades enquadráveis, em razão de seu faturamento, como microempresas ou empresas de pequeno porte, em face de suas peculiaridades, foram excluídas da possibilidade de optar pelo Simples, buscando-se dar maior efetividade ao princípio da isonomia, tendo em vista a possibilidade de se favorecer umas mais que outras.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.643, decidiu da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME CONSTITUCIONALIDADE. 1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços. 2. (...) 3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela "simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas" (CF, artigo 179). 4. Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Verifica-se, portanto, que, muito antes de ferir o princípio da isonomia, o art. 9º da Lei nº 9.317/1996 veio adequar a sistemática simplificada de pagamentos de tributos (Simples) às diferentes capacidades contributivas das pessoas jurídicas envolvidas. Ofensa ao princípio haveria se não se distinguíssem os diferentes atores em face de seu potencial econômico e empresarial.

II. Vedação do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996

Constata-se de informações presentes nos autos que o objeto da pessoa jurídica, definido em alteração contratual realizada em 1º de setembro de 1997, era "exploração do ramo de Industrialização para Terceiros, promovendo a Reparação e Manutenção de Máquinas,

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão n.º 391-00.084

CC03/T91
Fls. 120

Aparelhos e Equipamentos Industriais e Agrícolas, com Fabricação de Peças e Acessórios” (fl. 4).

Em 17/9/2004, procedeu-se à alteração do objeto social da pessoa jurídica que passou a ser “Fabricação de Máquinas para a Indústria Metalúrgica, inclusive Peças – exceto Máquinas-ferramenta” (fl. 20).

Não se pode ignorar que, de acordo com as manifestações de vontade externadas nos instrumentos constitutivos da pessoa jurídica acima transcritos, a atividade desempenhada pela Recorrente é de extrema complexidade, a exigir conhecimentos técnicos específicos próprios de engenheiros, pois a fabricação de máquinas, peças e acessórios exige para sua concretização, no mínimo, um projeto técnico prévio, cujo desenvolvimento encontra-se a cargo do profissional da engenharia mecânica, conforme preceitua o art. 12 da Resolução nº 218, de 29/6/1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea, *in verbis*:

Art. 12 - Compete ao ENGENHEIRO MECÂNICO ou ao ENGENHEIRO MECÂNICO E DE AUTOMÓVEIS ou ao ENGENHEIRO MECÂNICO E DE ARMAMENTO ou ao ENGENHEIRO DE AUTOMÓVEIS ou ao ENGENHEIRO INDUSTRIAL MODALIDADE MECÂNICA:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a processos mecânicos, máquinas em geral; instalações industriais e mecânicas; equipamentos mecânicos e eletro-mecânicos; veículos automotores; sistemas de produção de transmissão e de utilização do calor; sistemas de refrigeração e de ar condicionado; seus serviços afins e correlatos. (grifei)

O artigo acima reproduzido faz referência às atividades identificadas no art. 1º da mesma resolução, em que a atividade 02 é assim definida:

Art. 1º - (...)

Atividade 02 - Estudo, planejamento, projeto e especificação; (grifei)

Ora, não há como afastar a consonância entre o objeto social da pessoa jurídica e as atividades próprias do profissional de engenharia mecânica.

O Departamento de Engenharia Mecânica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC - Rio) assim define as atividades próprias do engenheiro mecânico:

As principais atividades desenvolvidas por um profissional de Engenharia Mecânica incluem projeto e especificação, fabricação, montagem industrial, manutenção de instalações, gerência e planejamento, pesquisa e desenvolvimento. De um modo geral, engenheiros mecânicos trabalham nas seguintes áreas:

***Fabricação e Projeto Mecânico:** conformação e confecção de peças; cálculos de resistência; especificação de materiais; integração de equipamentos em instalações industriais; análise estrutural; técnicas de manutenção e diagnóstico de falhas; comportamento mecânico; mecânica de precisão.*

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão nº 391-00.084

CC03/T91
Fls. 121

(...)

Controle e Automação: realização de projetos e desenvolvimento de máquinas e sistemas de automação para indústria; seleção de instrumentos para monitorar processos de fabricação; automação de operações em geral; projeto assistido por computador.

O mercado de trabalho específico abrange todas as empresas que trabalham com os itens acima assinalados, em especial empresas ligadas aos seguintes ramos de atividades:

(...)

Indústria metal-mecânica;

(...)

Indústria siderúrgica;

Indústria de transformação;

Ora, não há como afastar a imprescindibilidade do profissional de engenharia mecânica para o desempenho das atividades desenvolvidas pela Recorrente.

Trata-se de uma área de trabalho de alta complexidade, não havendo como conceber que pessoas sem a habilitação profissional adequada venha atuar na fabricação de máquinas cujo funcionamento impacta, em seu nascedouro, as atividades empresariais subseqüentes, afetando de forma significativa as diferentes cadeias produtivas sucessivas.

Aceitar o amadorismo numa seara dessa magnitude seria o mesmo que permitir o experimentalismo inconseqüente num segmento vital à indústria nacional, criando um campo fértil para o retrabalho, o mais trágico dos desperdícios.

Portanto, não há como afastar a subsunção da atividade da Recorrente no rol de serviços profissionais constante do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 que assim dispõe:

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

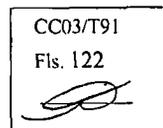
(...)

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; (grifei)

Do contido no dispositivo legal acima reproduzido, é possível aferir que a vedação do inciso XIII do art. 9º direcionou-se a técnicos especializados. Não se restringe a profissionais graduados, mas alcança os serviços que, por sua natureza, revelam-se inerentes ao exercício de qualquer profissão, regulamentada ou não.

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão n.º 391-00.084

CC03/T91
Fls. 122



As Leis nº 10.964 e 11.051, ambas de 2004, excetuaram, em rol taxativo, alguns serviços da restrição contida no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, com efeitos retroativos à data da opção pelo Simples. Dentre esses serviços, não consta aquele desempenhado pela Recorrente.

Ressalte-se que, uma vez ter havido a necessidade de excetuar expressamente determinados serviços assemelhados àqueles arrolados no citado inciso XIII – como, por exemplo, serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos –, não restam dúvidas de que o rol abrange atividades técnicas similares independentemente de habilitação profissional.

O STJ já se pronunciou nesse sentido ao apreciar o REsp 893821/SC, julgado em 3/5/2007: *O exercício de atividade assemelhada às elencadas no art. 9º, XIII, da Lei 9.371/96, impede a participação da pessoa jurídica no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.*

A Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 17, inciso XI, traz dispositivo semelhante ao do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, *in verbis*:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios; (grifei)

Verifica-se que a Lei Complementar explicitou que tais atividades vedadas podem se referir ou não a profissão regulamentada. Logo, o termo *assemelhado* presente no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 não se encontra jungido à exigência de habilitação profissional.

Diante do exposto, verifica-se que, em razão de suas atividades técnicas próprias às de engenheiro, a Recorrente encontra-se impossibilitada de optar pelo Simples.

III. Efeito retroativo ao ato de exclusão

Quanto à atuação do Fisco em momento posterior à adesão voluntária da microempresa ou da empresa de pequeno porte ao Simples, a Lei nº 9.317/1996 assim dispõe:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

(...)

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. 9º desta Lei;

(...)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

(...)

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (grifei)

Conforme consta do inciso II do art. 15 acima reproduzido, a exclusão do Simples surte efeitos a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, hipótese essa que abarca o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, que é a fundamentação legal do Ato Declaratório Executivo (ADE) sob análise.

A Instrução Normativa SRF nº 250/2002 veio regulamentar a Lei nº 9.317/1996, dispensando tratamento mais vantajoso ao contribuinte ao postergar o início dos efeitos da exclusão, *in verbis*:

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

(...)

II - a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 20;

(...)

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

I - do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001;

Processo nº 10830.004631/2004-11
Acórdão nº 391-00.084

CC03/T91
Fls. 124

II - de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

Diante da clareza dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que a exclusão da Recorrente do Simples se deu em conformidade com a lei, tendo ocorrido de ofício por falta de comunicação pela própria pessoa jurídica, no momento definido pela lei, da situação excludente, conhecedora que era, muito mais do que qualquer outra pessoa, de sua verdadeira situação.

IV. Conclusão

Em face do exposto, não tendo havido outro elemento de prova para se contrapor à identificação do objeto da sociedade empresária presente em seus atos constitutivos, deve prevalecer a informação disponível prestada pelo próprio contribuinte, em quem recai o ônus da prova.

Diante disso, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, em razão da vedação prevista no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 2008


HÉLCIO LAFETÁ REIS - Relator