



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

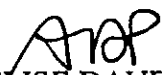
Processo nº : 10855.001543/2001-36
Recurso nº : 131.034
Acórdão nº : 303-33.310
Sessão de : 21 de junho de 2006.
Recorrente : NIK SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA. – ME.
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA. INTENÇÃO MANIFESTA. INCLUSÃO FORMAL RETROATIVA.

É perfeitamente plausível que serviços de reparo e manutenção de máquinas e equipamentos industriais em geral, bem como, de instalação de equipamentos que a empresa comercializa englobem atividades que nada têm de assemelhadas com engenharia, ou qualquer outra profissão com habilitação legalmente exigida. A fiscalização não trouxe aos autos nenhuma evidência de que a empresa praticasse efetivamente atividade impedida pelo SIMPLES. Desde a sua abertura a empresa comprovou que apresentou suas declarações e fez os recolhimentos de tributos naquela sistemática, o que caracteriza que sempre, desde o início de suas atividades, em 16/03/1998 teve a intenção de se enquadrar no SIMPLES. Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Formalizado em: 20 JUL 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausente o Conselheiro Sérgio de Castro Neves. Presente o Procurador da Fazenda Nacional Leandro Felipe Bueno Tierno.

DM

RELATÓRIO

A empresa identificada em epígrafe solicitou, em 25.05.2001, sua inclusão no SIMPLES retroativa à data de início de suas atividades, em 17.03.1998, alegando que por algum motivo, independente de sua vontade, não se formalizou tal enquadramento na ocasião de sua inscrição no CNPJ, mas, desde então, apresenta suas declarações e faz os recolhimentos de tributos naquele regime conforme documentos anexos. A sua atividade econômica constante do Contrato Social é de comércio de peças, máquinas e equipamentos industriais, manutenção, assessoramento, projetos e serviços técnicos especializados. Seu pedido foi indeferido pela DRF/Sorocaba sob o fundamento de exercer atividade impedida ao SIMPLES, especificamente infringindo o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96, especialmente pela prestação de consultoria, assessoramento e serviços técnicos dependentes de habilitação profissional legalmente exigida.

Inconformada a interessada apresentou à DRJ/Ribeirão Preto a sua impugnação ao despacho decisório proferido pela DRF nos termos postos às fls.37/46, alegando principalmente que a sua atividade é de comércio de peças, máquinas e equipamentos industriais, bem como a manutenção dos equipamentos por ela comercializados e serviços outros que independem de habilitação profissional exigida por lei. Que nunca exerceu atividade de assessoramento, apesar de assim constar no Contrato Social, que sua atividade é preponderantemente de comércio de peças, dela decorrendo as demais. Pede sua inclusão retroativa e, solicita, só para argumentar, que no caso de indeferimento do seu pedido, que sua exclusão só se dê, nos termos do art.14, ad Lei 9.317/96 a partir do mês subsequente ao ato de exclusão de ofício.

A DRJ/Ribeirão Preto, por sua 5ª Turma de Julgamento, decidiu, por unanimidade, indeferir o pleito. As principais razões alegadas foram:

1. Do artigo 9º,XIII, da Lei 9.317/96 se retira a vedação ao SIMPLES para as empresas que prestem serviços assemelhados aos prestados por engenheiro, ou qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

2. O serviço de montagem e manutenção de equipamentos industriais em geral se inclui como assemelhada à atividade de engenheiro conforme ADN COSIT nº 04/2000. Tal conclusão se coaduna com as disposições legais que regulam o exercício da profissão de engenheiro estabelecida pelo CONFEA (Resolução 218/1973).

3. Que mesmo que tais atividades, típicas da profissão de engenheiro, fossem prestadas por técnicos de grau superior ou médio, ainda assim estariam vedadas ao SIMPLES, pela dupla razão de serem as atividades em si vedadas

Processo nº : 10855.001543/2001-36
Acórdão nº : 303-33.310

e estarem sendo prestadas por profissionais que dependem de habilitação profissional legalmente exigida.

4. Esse é o entendimento manifestado pela COSIT, conforme o Parecer nº 6/2000. Não importa se o serviço é efetivamente prestado por engenheiro ou profissional legalmente habilitado, ou seja, mesmo que a empresa não tenha empregados com tais habilitações em nível superior na área de engenharia ou equivalente, o impedimento se caracteriza pela atividade de manutenção de equipamentos industriais exercidas, serviços que exigem engenheiro ou técnico habilitado legalmente.

5. Quanto à data de exclusão, deve ser esclarecido que a interessada nem ingressou no SIMPLES, e, portanto, não há ato de ofício de exclusão, caracterizada apenas o impedimento à inclusão.

Irresignada com tal decisão, a interessada apresentou tempestivo recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, às fls.57/64, no qual além de rearticular as razões evocadas na impugnação reforça os seguintes aspectos:

a) de fato consta da cláusula 3ª do Contrato Social o objetivo social de comércio de peças, máquinas e equipamentos industriais, manutenção, assessoramento, projetos e serviços técnicos especializados, todavia, a empresa jamais prestou qualquer tipo de assessoramento ou serviços técnicos especializados que dependessem de profissional legalmente habilitado;

b) prova disso é que os seus sócios não possuem nenhuma habilitação profissional legalmente exigida. Por mais que constem no Contrato Social os termos “assessoramento” e “serviços técnicos especializados”, não são utilizados pela empresa ela só atua na comercialização de peças, máquinas e equipamentos industriais, bem como na manutenção dos equipamentos por ela comercializados e serviços outros que independem de habilitação profissional exigida por lei.

c) é importante ressaltar que a exclusão é ato inconstitucional, posto que não foi permitida prévia defesa. A cobrança retroativa também se afigura inconstitucional já que a autoridade fazenda, mesmo por omissão, anuiu com a inclusão da recorrente no SIMPLES à época da inscrição no CNPJ, ressalta-se que à recorrente não foi negado pagar na forma simplificada os tributos que recaem sobre ela no período de 1998 a 2001. Todas as declarações de IRPJ e recolhimentos foram na sistemática do SIMPLES, e a SRF jamais se manifestou de forma contrária. Não poderia agora, contrariando esses fatos, querer cobrar exação que antes entendeu ser indevida, de maneira retroativa, pois fere a norma constitucional de irretroatividade da lei tributária.

d) Assim reza o §3º c/c o inciso II do art.15 da Lei 9.317/96, que a exclusão do SIMPLES só produzirá efeito a partir do mês subsequente ao do ato de exclusão, quando esse ato for de ofício. No caso, o pedido de enquadramento do

Processo nº : 10855.001543/2001-36
Acórdão nº : 303-33.310

SIMPLES foi homologado pela autoridade fazendária, todos os tributos e declarações foram entregues na forma simplificada, jamais tendo havido contestação por parte do fisco.

Pede o provimento ao recurso para modificar a decisão da DRJ, para que: (i) seja a empresa enquadrada de forma retroativa no SIMPLES, por não exercer atividade impedida e, (ii) se afastado o enquadramento retroativo, que a exclusão de ofício do SIMPLES apenas produza efeito “ex nunc”.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

A matéria tratada neste processo é da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes, o recurso foi tempestivamente apresentado, estando cumpridos os requisitos para a admissibilidade do recurso voluntário.

Inicialmente cabe esclarecer que não houve no caso nenhum ato de ofício de exclusão. O pedido inicial que produziu este processo foi o de inclusão retroativa no Programa SIMPLES, feito pelo interessado, conforme se vê às fls. 01, feito em 25.05.2001, posto que apesar de pretender sua inserção no SIMPLES desde o início de suas atividades, em 16.03.1998, conforme consta da FCPJ de fls.08/09, de ter feito seus recolhimentos de tributos e declarações ao fisco nessa sistemática, por algum motivo não houve a inclusão formal no sistema simplificado.

Afasto também a alegação de infração ao princípio do contraditório e da ampla defesa, posto que as oportunidades que teve perante a DRF, depois com a impugnação dirigida à DRJ e agora, no exercício do seu direito de recurso ao Conselho de Contribuintes para contra-argumentar contra a decisão administrativa de lhe negar ingresso formal ao SIMPLES, demonstram cabalmente a observância do Processo Administrativo Fiscal e daquelas garantias constitucionais evocadas e rigorosamente observadas no caso concreto.

Ainda que na instância administrativa não caiba apreciar supostas inconstitucionalidades vislumbradas na lei, cumpre esclarecer que há equívoco, a meu ver, na alegação de infração ao princípio da irretroatividade da lei tributária. Como já dissemos, neste caso nem sequer houve ato de ofício de exclusão, o que houve foi recusa de inclusão retroativa formal no sistema SIMPLES porque a autoridade administrativa vislumbrou ser impeditiva a atividade exercida pela interessada, este sim é o cerne da questão a ser apreciada nesta segunda instância de julgamento administrativo.

Se a razão estiver com a decisão recorrida, então além de não se formalizar o enquadramento no SIMPLES, ficaria a interessada sujeita à tributação na regra geral a que se submetem as empresas em geral. Naturalmente que o fisco também se submete às regras de decadência e prescrição postas na legislação de regência. Mas, por outro lado, se razão couber à alegação da recorrente, de que não pratica efetivamente nenhuma atividade impedida, o fato de ter apresentado a FCPJ com pedido de inclusão no SIMPLES, as declarações e recolhimentos desde 1998 nessa sistemática, poderá autorizar que se admita a sua inclusão retroativa a 16.03.1998.

Processo nº : 10855.001543/2001-36
Acórdão nº : 303-33.310

A DRJ apontou como motivo para indeferir o pedido do contribuinte, o de que a atividade alegada e descrita no Contrato Social da empresa seria assemelhada a engenharia ou profissão que requer habilitação legal.

Assim concluiu com base em ato declaratório da COSIT (ADN 04/2000) que sucintamente descreveu como impedida ao SIMPLES a atividade de montagem e manutenção de equipamentos industriais, por se assemelhar a serviço de profissional de engenharia. Cita também descrição de atividade em Resolução do CONFEA quando registra entre as atividades de engenharia a condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção.

Interpretar é tarefa complexa, inexata e requer, sobretudo, a reunião do maior número de informações possível, para sustentar uma conclusão que seja lógica e defensável.

Com todo respeito, a mim parece pouco fundamentar uma decisão com a gravidade de impedir acesso de uma empresa ao Programa SIMPLES, por simples e cega obediência a textos abstratos, seja declaratório, como no caso dos ADN's COSIT mencionados, seja de fiscalização profissional de uma atividade, como no caso da Resolução do CONFEA. É imprescindível confrontar o caso concreto, sempre que possível com suporte em observação direta da atividade por parte de equipe de fiscalização, de modo a aferir a natureza do serviço prestado.

Recomenda o bom senso que apesar dos textos normativos evocados pela decisão recorrida, não há de se pretender equiparar o serviço prestado, por exemplo, por uma oficina mecânica de automóveis, dessas encontradas em qualquer esquina da cidade, a serviço assemelhado com engenharia. Creio que nenhuma seccional do CREA desperdice o seu tempo em fiscalizar esse tipo de empresa, ou em outro exemplo, as assistências técnicas em equipamentos tais como equipamentos eletrônicos, tv, som, liquidificadores, etc.

Há serviços de montagem, de reparo ou conserto em equipamentos industriais que até podem requerer a supervisão de engenheiro, principalmente quando se tratem de peças ou partes de equipamento pesado, integrantes de uma estrutura complexa de produção industrial produzidas pelo prestador de serviço fora do local da prestação dos serviços, cuja montagem por sua complexidade, ou por se tratar de um sistema de produção exclusivo, ou qualquer outra peculiaridade, que de fato exija a supervisão de um engenheiro. Porém, pelos elementos que compõem estes autos, não parece ser o caso.

Seria de se esperar, por prudência, que a repartição de origem no seu trabalho corriqueiro, antes de pretender um fato grave como é a exclusão, ou o impedimento de uma microempresa/ou empresa de pequeno porte do Programa SIMPLES que, pelo menos, verificasse principalmente no Livro de Prestação de Serviços, nas Notas Fiscais de Serviços, com diligência ao local da prestação do serviço, qual de fato é a natureza dos serviços realizados, para se for o caso poder

Processo nº : 10855.001543/2001-36
Acórdão nº : 303-33.310

caracterizar, conforme parece apenas supor a administração tributária, pratica de serviços de assessoria, consultoria, projetos de equipamentos, algo que pudesse caracterizá-la como empresa que pratique serviço de engenharia, arquitetura ou assemelhado.

Ademais, diante da alegação da interessada, ainda na fase de impugnação, de que apesar de constar no Contrato Social, a previsão de atividades de assessoramento e de serviços técnicos especializados, não os exerce efetivamente, parece que a DRJ assim considerou, tendo concentrado sua análise e conclusão de impedimento de acesso ao SIMPLES na atividade mesma de manutenção e montagem de equipamentos industriais, tacitamente assentindo em afastar da discussão as hipóteses de assessoria e de serviços técnicos especializados, negados peremptoriamente.

É fora de dúvida que o serviço de engenheiro habilitado seja exigível a atividades de projeto de máquinas, ou até de supervisionar certos serviços de instalação e manutenção de equipamentos específicos. Mas, é fora de dúvida igualmente que as cidades estão cheias de pequenas empresas que consertam e reparam máquinas e equipamentos, ou auxiliam a instalação do equipamento que vendem, sendo serviços que, em geral, absolutamente dispensam a participação de engenheiro ou qualquer outra profissão com habilitação legalmente exigida, requerendo mão de obra não especializada de um prático, que na realidade do nosso país, em geral, muitas vezes não chegou nem a completar o segundo grau escolar. Esse tipo de atividade evidentemente não está vedado ao SIMPLES, e qualquer interpretação que pretenda equiparar o serviço prestado por um simples instalador, ou consertador de máquinas e equipamentos usados, com mera substituição de peças nos casos corriqueiros, ao serviço de engenheiro, tem de ser vista com desconfiança.

Por outro lado, há exageros cometidos pelos Conselhos Corporativos de Engenheiros, de Médicos, de Advogados, de Contabilistas, etc., que buscam reservas de mercado, muitas vezes indefensáveis, que não devem e não podem nestes exageros, ou descrições imprecisas e, por vezes, generalistas e excessivamente abrangentes, servir de embasamento ao administrador tributário para esquivar-se de auditar, de fiscalizar, de controlar sob o enfoque tributário-legal a contabilidade das empresas, seus documentos fiscais, suas atividades.

É claro que se houvesse no processo evidências de que a atividade desenvolvida pela empresa representasse atuação na área de assessoria, de projetos de peças ou máquinas, ou a comprovação de exercício de qualquer atividade específica que requeresse a participação de engenheiro, ou algo que efetivamente relacionasse seus serviços à uma profissão com habilitação legalmente exigida, então estaria caracterizada razão impeditiva ao sistema SIMPLES.

No entanto o que se verifica, é que a motivação apresentada na decisão recorrida para estabelecer impedimento ao SIMPLES se restringiu à descrição abstrata de atividade no ADN COSIT e na Resolução CONFEA, sem nem ao menos

Processo nº : 10855.001543/2001-36
Acórdão nº : 303-33.310

confrontar com os detalhes da atividade efetivamente exercida no local de prestação de serviços. É muito frágil a objeção posta, porque já pudemos notar pela sucessão de casos que transitam pelo Conselho de Contribuintes, que freqüentemente costuma não coincidir a descrição do objeto social com a real atividade da empresa, daí não se poder dispensar um trabalho de investigação preliminar, ainda que sucinta, que, pelo menos, se dê ao trabalho de verificar documentos, e o local de prestação do serviço quando necessário.

O que não se pode é concluir automaticamente que sendo a atividade da empresa, de reparo e manutenção de máquinas e equipamentos, ou ainda que promova a instalação do equipamento que comercializa, que preste necessariamente serviço assemelhado a engenharia. Mas, poderia ser o caso. Notas fiscais de serviços, outros documentos, provas testemunhais, poderiam eventualmente explicitar o exercício de atividade efetivamente impedida ao SIMPLES.

Entretanto, nestes autos não se encontram tais evidências, não há nenhuma prova, somente mera suposição a partir de descrições abstratas insuficientes a caracterizar no caso concreto qualquer impedimento da atividade exercida ao SIMPLES.

A se aceitar uma alegação de impedimento à opção pelo SIMPLES, com tal fragilidade de embasamento, seria equivalente a assumir a dispensabilidade de trabalho de fiscalização, seria admitir a condenação sem provas, seria dar seqüência a uma interpretação defeituosa da lei, e aqui não há de se defender nada disso.

É perfeitamente plausível que serviços de reparo e manutenção de máquinas e equipamentos industriais em geral, e mesmo a instalação de equipamentos novos que a empresa comercializa, englobem atividades que nada têm de assemelhadas com engenharia, ou qualquer outra profissão com habilitação legalmente exigida. Ademais a fiscalização não trouxe aos autos nenhuma evidência de que a empresa praticasse efetivamente atividade impedida pelo SIMPLES.

Na dúvida, não se pode assentir com um ato administrativo da gravidade de impedir acesso ao Programa SIMPLES. Não se demonstrou o menor grau de certeza quanto aos fatos, o processo denuncia falta de investigação fiscal, a autoridade tributária não se sustentou em provas factuais quanto ao motivo do pretendido impedimento de acesso ao SIMPLES.

Acrescenta-se, por oportuno, que o exercício de atividade vedada, ainda que em conjunto com outras atividades permitidas, já seria razão suficiente para justificar a exclusão da empresa da sistemática do SIMPLES. Porém, no caso concreto, a mera suposição quanto a um motivo de exclusão não restou minimamente caracterizada.

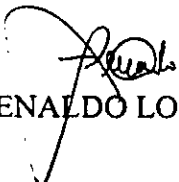
Por outro lado, este processo, em verdade, teve início com o pedido da ora recorrente de inclusão formal no SIMPLES, retroativa à data de início de suas

Processo nº : 10855.001543/2001-36
Acórdão nº : 303-33.310

atividades em 16.03.998, porque descobrira por acaso, que não estava constando como optante, embora tenha juntado cópia, às fls.08/09 da FCPJ com a designação do código 301 de opção pelo SIMPLES e, ademais, desde a sua abertura a empresa comprovou que apresentou suas declarações e fez os recolhimentos de tributos naquela sistemática, o que caracteriza que sempre, desde o início, teve a intenção de se enquadrar no SIMPLES.

Pelo exposto, por entender que não ficou nos autos caracterizado a evidência de nenhum real impedimento legal à opção do SIMPLES em face da atividade descrita pela recorrente, voto por dar provimento ao recurso, para reconhecer o direito de inclusão no SIMPLES retroativa a 16.03.1998.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2006.


ZENALDO LOIBMAN - Relator