



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10855.004363/2003-78
Recurso nº 136.938 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.801
Sessão de 16 de outubro de 2008
Recorrente REFRIMEC - REFRIGERAÇÃO E MANUTENÇÃO IND. E ELÉTRICA LTDA.
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: 2003

SIMPLES - EXCLUSÃO - Manutenção de equipamentos e máquinas.

Manutenção de máquinas e equipamentos normalmente não são tarefas cujo nível de complexidade exija a intervenção de engenheiros ou profissionais assemelhados.

SIMPLES - ATIVIDADES VEDADAS.

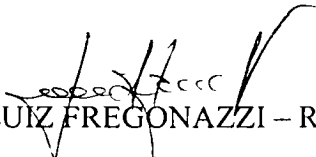
Verificado que pela Lei Complementar n.º 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, as atividades exercidas pela pessoa jurídica não são vedadas, é de se rever a exclusão do SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


SUSY GOMES HOFFMANN – Presidente em Exercício


JOÃO LUIZ FREGONAZZI – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Valdete Aparecida Marinheiro e José Fernandes do Nascimento (Suplente).

Relatório

Trata-se de manifestação de inconformidade contra Ato Declaratório Executivo que excluiu a empresa do Simples, em face da atividade exercida pela pessoa jurídica – reforma e manutenção em máquinas industriais.

A contribuinte alega em sua defesa que a atividade principal é comércio de peças e assistência técnica em refrigeração comercial, industrial e residencial, caldeiraria, serralheria e lavanderia industrial, e não somente manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de usos industrial e comercial.

A DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP indeferiu a solicitação, por considerar que a prestação de serviços de reforma e manutenção de máquinas industriais, atividades que equiparam-se àquelas exercidas por profissionais de habilitação legalmente constituída, sendo atividades assemelhadas às exercidas por engenheiros ou técnicos.

Irresignada, a querelante interpôs recurso voluntário, onde reitera argumentos já expendidos em sede de impugnação, alega que não exerce atividade de engenheiro ou assemelhado e que é apenas uma oficina de consertos com apenas dois funcionários e o sócio trabalhando.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Luiz Fregonazzi, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

O cerne da lide diz respeito à controvérsia acerca do exercício de atividades supostamente vedadas para fins de exercer a opção pelo SIMPLES. A contribuinte em epígrafe presta serviços de assistência técnica e reforma e manutenção de máquinas e equipamentos, o que a impediria de optar pelo SIMPLES, a teor do disposto na norma contida no artigo 9º da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, *in verbis*:

“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;

A Coordenação-Geral do Sistema de Tributação - COSIT, por meio do Boletim Central nº 55 - SIMPLES - Perguntas e Respostas, de 24 de março de 1997, em resposta à pergunta de nº 07, assim se pronunciou:

“7) Se constar do contrato social que a PJ pode exercer alguma atividade que impeça a opção pelo SIMPLES, ainda que não venha a obter receita dessa atividade, tal fato é motivo que impeça sua opção por esse regime de tributação?

Se no contrato social constarem unicamente atividades que vedam a opção, a pessoa jurídica deverá alterar o contrato para obter a inscrição no SIMPLES, valendo a alteração para o ano-calendário subsequente. Excepcionalmente, será admitida a alteração do contrato social para adaptá-lo ao SIMPLES, até 31/03/1997, desde que neste ano de 1997, não tenha obtido receitas de atividades impeditivas.

Admitir-se-á, no entanto, a existência no contrato social de atividades impeditivas juntamente com não impeditivas, condicionando-se neste caso, porém, a possibilidade de opção e permanência no SIMPLES, ao exercício tão somente das atividades não vedadas.

No que respeita à atividade de manutenção de equipamentos, a Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, atribui ao Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia

– CONFEA competência para regulamentar o exercício profissional da engenharia, arquitetura e agronomia:

“Art. 26 - O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, (CONFEA), é a instância superior da fiscalização do exercício profissional da Engenharia, da Arquitetura e da Agronomia.

Art. 27 - São atribuições do Conselho Federal:

(.....)

f) baixar e fazer publicar as resoluções previstas para regulamentação e execução da presente Lei, e, ouvidos os Conselhos Regionais, resolver os casos omissos; ”

O CONFEA regulamentou o exercício da Engenharia por meio de resoluções:

a) a Resolução CONFEA nº 218, de 9 de junho de 1973, determina que a manutenção de equipamentos (art. 1º, item 17) é de competência dos Engenheiros Mecânicos, Engenheiros Mecânicos e de Automóveis, Engenheiros Mecânicos e de Armamento ou Engenheiros de Automóveis (art. 12); Técnicos de nível superior ou Tecnólogos (art. 23); ou Técnicos de grau médio (art. 24);

b) a Resolução CONFEA nº 262, de 28 de julho de 1979, determina que a execução de serviços de manutenção de equipamentos também é de competência dos técnicos de 2º grau (art. 1º, item 12); e

c) a Resolução CONFEA nº 313, de 26 de setembro de 1986, determina que a manutenção de equipamentos também é de competência dos Tecnólogos, egressos de cursos de 3º grau cujos currículos fixados pelo Conselho Federal de Educação forem dirigidos ao exercício de atividades nas áreas abrangidas pela Lei nº 5.194/1966 (art. 1º c/c art. 3º, item 6).

Assim, todos esses profissionais exercem serviços assemelhados ao de engenheiro. A vedação com base no exercício de atividades elencadas na lei não pode ser contestada. Tal não ocorre quando a vedação atinge atividades semelhantes, deixando ao alvedrio da administração buscar quais atividades são semelhantes àquelas vedadas.

CONCEITOS INDETERMINADOS

A administração exerce atividade infralegal, consoante os ditames do princípio da legalidade, a que se subordina.

Outro princípio de extrema importância é o da finalidade, segundo o qual a administração deve observar a finalidade do ato, que não pode ser outra que não a insculpida na norma legal. O fim visado será sempre o interesse público. Sob a ótica da legalidade e da finalidade do ato administrativo extrai-se que o mesmo tem tipicidade fechada, pois só pode ser expedido visando o fim legalmente previsto.

Nesses estritos termos é que se pode admitir a existência de atos discricionários, que permitem à administração certa margem de discricionariedade.

Há casos em que o legislador não permite liberdade de decisão à administração, delimitando estritamente o campo de atuação. Os pressupostos fáticos e jurídicos vêm objetivamente estipulados, e a lei só admite uma decisão quando materializados esses pressupostos. Nessas hipóteses, não se admite que se leve em consideração as particularidades de cada caso, entendendo o legislador que o interesse público será alcançado quando a única decisão possível for concretizada em face da materialização da hipótese prevista.. Ocorre, por conseguinte, uma maior vinculação da administração ao Princípio da Legalidade.

Outros há em que é conferida certa margem de discricionariedade, sem a qual pode ser que a norma legal não logre atingir os seus objetivos, sempre inscritos no campo do interesse público. Todavia, não pode a administração fazer uso indevido da discricção concedida, devendo subsumir os seus atos ao interesse público.

Convém registrar a brilhante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, pg. 822), consistente em afirmar que:

Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato.

Concluindo, a doutrina denomina conceitos vagos, indeterminados, os conceitos que permitem à administração a valoração do fato concreto, exercendo assim um juízo subjetivo e discricionário para fins de aplicação da norma legal. A única razão para existirem, em face do império da lei, é que a finalidade maior da norma não seria alcançada caso a administração estivesse restrita a tipos exclusivamente fechados.

Quando se quer determinar como atividades vedadas aquelas exercidas por engenheiro ou assemelhados, está-se diante desses conceitos indeterminados.

Registre-se, porém, que não pode a administração deixar de se pautar pelos princípios que a norteiam, principalmente os princípios da legalidade, finalidade e moralidade administrativa. O fim a ser exaustivamente buscado será o interesse público.

Sob essa ótica, cabendo à administração exercer juízo de valor, não deve de forma indiscriminada entender que todo e qualquer tipo de manutenção em equipamentos subsume-se à hipótese legal de serviços assemelhados ao de engenheiro.

A nota fundamental há de ser a complexidade do serviço a ser executado, a necessidade de conhecimentos e técnicas próprios ou assemelhados à função graduada exercida pelos engenheiros. Nesse diapasão, entendo que reforma ou manutenção de máquinas e equipamentos não são tarefas de complexidade semelhante às normalmente executadas por técnicos de nível superior. As notas fiscais de serviço juntadas às fls. 08 e seguintes, pelos valores e tipo do serviço executado, corroboram a afirmação acima.

Evidente que pode haver manutenção e reparos em máquinas cuja complexidade resulte na necessidade de intervenção de engenheiros ou assemelhados, mas não é o caso.

Não fosse isso suficiente, ressalte-se que a novel legislação que regula a matéria atualmente permite a opção pelo Simples Nacional das atividades anteriormente vedadas.

RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA

No que respeita à retroatividade da lei mais benéfica, é de se considerar que a Lei nº 9.317/1996, assim dispunha sobre o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

§ 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

A novel legislação, que veio a regular a tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, institui sistema em tudo semelhante às disposições que revogou, inclusive definindo o novo sistema como um regime unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, a teor do disposto na Lei Complementar nº 123/2002, art. 12, verbis:

Art. 12. Fica instituído o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Da comparação entre as normas, verifica-se que o novo sistema veio tão só regular da mesma forma a tributação das micro e pequenas empresas.

Dessa forma, a lei deverá retroagir se for mais benéfica, em face do disposto no artigo 106, inciso II, alíneas “a”, “b” ou “c”, do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Entendo que o ato de exclusão do SIMPLES tem a natureza jurídica de uma sanção administrativa. Trata-se de ato administrativo que penaliza o contribuinte que porventura cometa alguma infração, ou deixe de cumprir determinada obrigação acessória, conforme se depreende da análise do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006. Muito embora o ato de exclusão possa ser motivado por conduta que não constitua ato ilícito, o importante é que normalmente o referido ato de exclusão tem por escopo impor ao contribuinte a penalidade de exclusão.

Nesses casos, via de regra há a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. De qualquer forma, a alínea “b” do supracitado art. 106, II, do CTN determina a retroação da norma mais benéfica quando deixe de tratar o ato praticado como contrário a vedação legal.

E a nova legislação considera que a atividade supostamente vedada é agora admitida, a teor do disposto no artigo 17, § 1.º, VI, VII e VIII da Lei Complementar n.º 123/2006, *in verbis*:

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

I – que explore atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, gerenciamento de ativos (asset management), compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

II – que tenha sócio domiciliado no exterior;

III – de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal;

IV – que preste serviço de comunicação;

V – que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

VI – que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros;

VII – que seja geradora, transmissora, distribuidora ou comercializadora de energia elétrica;

VIII – que exerça atividade de importação ou fabricação de automóveis e motocicletas;

IX – que exerça atividade de importação de combustíveis;

X - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de bebidas alcoólicas, bebidas tributadas pelo IPI com alíquota específica, cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007) (Vide art. 4º da Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007)

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;

XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

XIII – que realize atividade de consultoria;

XIV – que se dedique ao loteamento e à incorporação de imóveis.

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

I – creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental;

II – agência terceirizada de correios;

III – agência de viagem e turismo;

IV – centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

V – agência lotérica;

VI – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus, outros veículos pesados, tratores, máquinas e equipamentos agrícolas;

VII – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;

VIII – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;

IX – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

X – serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais, bem como manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos;

XI – serviços de instalação e manutenção de aparelhos e sistemas de ar condicionado, refrigeração, ventilação, aquecimento e tratamento de ar em ambientes controlados;

XII – veículos de comunicação, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, e mídia externa;

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;

XIV – transporte municipal de passageiros;-

XV – empresas montadoras de estandes para feiras;

XVI – escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais;

XVII – produção cultural e artística;

XVIII – produção cinematográfica e de artes cênicas;

XIX – cumulativamente administração e locação de imóveis de terceiros;

XX – academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;

XXI – academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;

XXII – (VETADO);

XXIII – elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

XXIV – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

XXV – planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;

XXVI – escritórios de serviços contábeis;

XXVII – serviço de vigilância, limpeza ou conservação;

XXVIII – (VETADO).

§ 2º Também poderá optar pelo Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa neste artigo, desde que não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação previstas nesta Lei Complementar. (Redação dada pela Lei Complementar nº

127, de 14 de agosto de 2007) (Vide art. 4º da Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007)

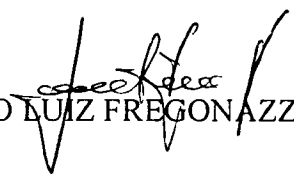
Como visto, as atividades de reparos e manutenção de equipamentos e máquinas não se enquadram dentre as vedações do supracitado artigo 17, podendo ser enquadrada no § 2º, acima. Outrossim, consoante o disposto no inciso XI do § 1º, as pessoas jurídicas que realizam instalação e manutenção de aparelhos e sistemas de ar condicionado podem exercer a opção pelo SIMPLES NACIONAL.

Portanto, restam verificadas as condições para atender o pedido da recorrente, não podendo mais ser alegado que a contribuinte exerce atividade vedada, em face da novel legislação que regula a matéria.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2008


JOÃO LUIZ FREGONAZZI - Relator