



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

Processo nº 10945.009434/2004-09
Recurso nº 343.526 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.600 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2011
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente KS FOZ ASSISTÊNCIA TÉCNICA 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, 2003, 2004

ASSISTÊNCIA TÉCNICA DE APARELHO CELULAR. ATIVIDADE NÃO VEDADA PELO SIMPLES. SÚMULA Nº 57 DO CARF.

A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES Federal.

Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), André Almeida Blanco, Rafael Correia Fuso, Antonio Carlos Guidoni Filho, Marcelo Cuba Netto e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de Ato Declaratório de exclusão da empresa KS Foz Assistência Técnica Ltda. do simples federal, a partir de janeiro de 2002, em razão da fiscalização apontar em seu relatório que a contribuinte vem realizando desde outubro de 2001 atividade vedada nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, visto que a atividade de serviços de reparos em garantia de aparelhos celulares é realizada por engenheiros e técnicos de grau médio, o que seriam atividades de profissionais regulamentados.

A contribuinte foi intimada da exclusão do simples em 17/02/2006, apresentou Manifestação de Inconformidade em 15/03/2006, alegando os mesmos fundamentos trazidos no Recurso abaixo transcritos.

A DRJ manteve intacto o Ato Declaratório de exclusão, conforme ementa abaixo transcrita:

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE DE MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE APARELHOS TELEFÔNICOS. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL LEGALMENTE EXIGIDA. VEDAÇÃO.

A atividade de manutenção e reparação de aparelhos telefônicos, por ser exercida por profissional com habilitação exigida por lei, é vedada para o ingresso no Simples, pois não foi contemplada pela norma que traz ressalvas excepcionais, cuja interpretação se faz restritivamente.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. NÃO-CONFISCO. CARÁTER PESSOAL DOS IMPOSTOS. IMPERTINÊNCIA.

É impertinente a invocação aos princípios da legalidade, capacidade contributiva, não confisco ou caráter pessoal dos impostos, que incidem sobre a exigência de tributos, e não guardam relação com o ato de exclusão do Simples.

ATO DE EXCLUSÃO. SANÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. ATO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO DE INGRESSO NO SIMPLES.

Não prevalece o argumento de insubsistência da exclusão do Simples, pela inexistência de ilícito administrativo, que inviabilizaria eventual sanção tributária, eis que se trata de ato de natureza declaratória, que reconhece a ausência de direito de

ingresso no Simples, desde o período em que se constata o exercício da atividade vedada.

Solicitação Indeferida

A contribuinte foi intimada da decisão da DRJ em 21.07.2008.

Inconformada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntários em 14.08.2008, alegando que:

- É fato que a Recorrente é uma empresa que atua no ramo de telefonia celular, como assistência técnica além da venda de acessórios e aparelhos usados.

- Ao realizar a aquisição de um aparelho celular, o consumidor estará protegido por um termo de garantia, sendo emitida nota fiscal de venda.

- Caso o aparelho apresente defeito no prazo de garantia, a qual é de 01 (um) ano, e o aparelho sendo de uma das marcas da qual a Recorrente é revendedora autorizada, o consumidor traz o aparelho junto com a nota fiscal de compra, relatando o defeito, sendo que a atendente faz a abertura de uma ordem de serviço.

- Após este procedimento, o aparelho é encaminhado para o laboratório que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, realiza a análise do defeito e apresenta a solução para o conserto.

- No laboratório não há a exigência de que a análise seja efetuada por técnicos ou engenheiros, muito menos assemelhados, pois somente é necessário que o funcionário tenha noções básicas de eletrônica e informática.

- Registre-se ainda que usualmente os fabricantes de aparelhos telefônicos fixos e móveis, ofertam cursos de capacitação para que os auxiliares técnicos adquiram experiência em novos Modelos que são constantemente colocados no mercado.

- Após o conserto é realizado contato com o consumidor, informando-o que seu telefone encontra-se pronto para ser utilizado.

- Para o conserto de aparelhos telefônicos que se encontram fora do prazo de garantia, o procedimento é o mesmo relatado acima, com o diferencial de que não é necessária a apresentação da nota fiscal de compra.

- O fato é que, o conserto de tais aparelho é realizado por pessoas que não se enquadram como "engenheiros", muito menos "assemelhados", visto inexistir complexidade técnica no seu trabalho.

- O exercício do trabalho da Recorrente não depende de habilitação profissional legalmente exigida.

- Prova disso é que nunca o CREA-PR, autuou a Recorrente pela suposta e hipotética falta de engenheiro em seu quadro funcional para o desenvolvimento de seu trabalho.

- Certamente se as atividades da Recorrente necessitassem de um "engenheiro" ou "assemelhado", o CREA-PR já teria autuado a mesma.

- A interpretação dada pela fiscalização ao caso concreto evidencia a transposição de todos os limites de razoabilidade e bom senso necessários a questão tributária relativa ao SIMPLES.

- Aduz que o legislador tencionou excluir do sistema os contribuintes que dependam de habilitação legalmente exigida, sem que para isso exista qualquer respaldo legal, e que a expressão "assemelhados", sem a especificação típica do direito tributário, viola o princípio da legalidade e da taxatividade para dar vazão às exigências a critério da autoridade, e não das normas de direito tributário.

- Menciona o art. 146, III, "d" da Constituição Federal, para concluir que, sem a definição do que seja tratamento diferenciado ao micro e pequeno empresário, não há como excluí-lo do Simples, já que a norma constitucional menciona expressamente que o simples favorecimento já significa um benefício, visando fomentar a atividade comercial daqueles que possuem menos recursos.

- Reclama que, se a norma constitucional, de cunho programático, fixa a diretriz para a consecução dos fins a que se destina, não pode o Poder Executivo, por ato próprio, excluir do Simples aquelas empresas que atenderam aos requisitos de opção, pela absoluta inexistência de lei posterior regulamentando a matéria, até porque não se pode dizer quais atividades são abrangidas pelas categorias profissionais, tendo em vista a necessidade de verificação física de cada uma delas.

- Contesta que, excluindo, a seu critério, as empresas do regime de tributação originado pela Lei Federal 9.137/96, o Poder Executivo atenta contra o princípio da capacidade contributiva e do caráter pessoal dos impostos, especialmente pela imposição do pagamento retroativo dos tributos devidos desde o momento em que se opera a exclusão aos contribuintes que tenham atividade considerada vedada a permanecer no Simples.

- Afirma que é evidente a tipicidade que caracteriza o pressuposto de opção ao regime tributário: a receita bruta anual, e que o legislador não disse que seriam vedadas as atividades profissionais específicas, não se podendo excluir uma micro-empresa, a teor e conteúdo de uma condição assemelhada à empresa que tenha em seus quadros societários, integrantes de profissão cuja habilitação seja legalmente exigida.

- Destaca que toda argumentação na decisão recorrida procura legitimar no fato de que a Recorrente tem por objeto o "comércio

de componentes e peças de produtos eletro-eletrônicos serviços de assistência técnica", e portanto, estaria praticando atividade vedada pelo art. 9º, inciso XIII da Lei sob nº. 9.317/96, porquanto tal atividade configuraria serviços de engenharia ao teor dos arts. 1º, 12, 23 e 24 da Resolução nº 218/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

- Informa que é interessante notar que a própria decisão recorrida dá motivo à sua reforma, quando sustenta que a execução desses serviços cabe aos engenheiros e técnicos que são duas profissões distintas. O engenheiro é o profissional legalmente habilitado, inscrito no CREA, assim como o advogado é o profissional habilitado legalmente, inscrito na OAB, o que não acontece com o técnico.

- Menciona 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. Sendo uma exceção à regra geral - empresa com receita bruta não superior a -R\$ 240.000,00 - as vedações do inciso XIII do art. 9º sob comento não podem ser interpretadas de forma ampla. O emprego de analogia implicaria exigência de tributo sem lei.

- Considera que a execução dos serviços de assistência técnica em aparelhos de telefone não exige profissional legalmente habilitado (engenheiro), nem o Estatuto dos Engenheiros, Arquitetos e Engenheiros-Agrônomo (Lei nº. 5.194/66), exige o registro no CREA para a pessoa jurídica executar tais serviços.

- Os serviços técnicos a que se refere a Lei dos Engenheiros são aqueles ligados à edificação (obras).

- Se a Recorrente executasse serviços de engenharia ela deveria estar registrada no CREA, assim como as oficinas mecânicas, os autoelétricos etc.

- Nem os dispositivos da Resolução sob nº. 218/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia têm aplicação ao caso sob exame, não bastasse o fato de que o alcance e o conteúdo das normas da Resolução do Conselho Federal restringem-Se aos da lei em função da qual foi editada.

- Sustenta que a cobrança retroativa dos tributos tem efeitos confiscatórios, sob o aspecto da capacidade contributiva, malferida pelo Poder Executivo, até porque os contribuintes não deram causa à exclusão da condição de micro-empresa ou empresa de pequeno porte.

- Entende que a noção de efeito de confisco destina-se a atacar não somente o confisco disfarçado de tributação, mas também toda imposição que, mediata ou indiretamente, redunde na supressão de parte substancial da propriedade.

- Alega que o efeito retroativo, como imposição tributária, sem qualquer prática de ilícito por parte do contribuinte, uma vez que o mesmo não atuou no sentido de ser excluído do Simples, é

ilegítima e afronta diretamente o princípio da vedação ao confisco.

- Acrescenta que, com a exclusão do Simples, automaticamente a empresa estará distante dos benefícios e incentivos fiscais positivados pela lei federal nº 9.841/99, tais como procedimentos simplificados para o cumprimento da legislação previdenciária e trabalhista, linhas de crédito específicas, mecanismos de incentivos fiscais e financeiros, de forma simplificada e descentralizada.

- Insurge-se contra a sanção tributária, aplicada por força da exclusão de ofício, a critério exclusivo da autoridade fiscal, que passou a impor a tributação aplicável às demais pessoas jurídicas, a partir da data dos efeitos da exclusão.

- Cita doutrina para concluir que a sanção deriva de um ilícito administrativo praticado pelo contribuinte, a qual figura como penalidade a este. Indaga se existe algum ilícito administrativo, a ensejar a aplicação da penalidade de pagamento retroativo dos tributos.

- Lembra que, quando da edição da Lei 9.317/96, vários contribuintes passaram a desenvolver atividades comerciais sob a égide da tributação simplificada, com o acolhimento do pedido de adesão por parte da SRF, ou seja, à época, o próprio ente arrecadador não impôs óbices à tributação simplificada.

- Com o advento da Lei 9.841/99, houve uma consolidação em massa da abertura de micro-empresas e empresas de pequeno porte. E somente no ano de 2004 é que a SRF passou a emitir atos declaratórios fundados na vedação da continuidade da tributação simplificada sob o argumento de que a atividade é vedada.

- Considera inexistir diretriz legal embasando tal ato, que fica a critério subjetivo da autoridade fiscal de atribuir vedação ou não à atividade, sem apresentar sequer o fundamento legal do fato da exclusão, e não da exclusão em si mesma.

- Ao final requer o acolhimento do pedido de revogação do ADE, a fim de que a mesma possa continuar no Simples, dando-se provimento ao Recurso ofertado.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Não existindo matéria preliminar, passamos ao mérito.

Entendo que não merece reparos a decisão da DRJ, pelos fundamentos a seguir expostos.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do contrato social da empresa juntado aos autos, o objeto social descreve "comércio de componentes e peças de produtos eletro-eletrônicos e serviços de assistência técnica".

Em sua defesa, a Recorrente narra todo o procedimento de conserto e reparos dos aparelhos celulares, em razão de garantia ou não, confirmando de forma expressa o exercício da atividade de serviços de assistência técnica em aparelhos de telefone, o que se verifica também pelas cópias de notas fiscais emitidas pelo contribuinte às fls. 33/40.

A matéria a ser analisada de forma objetiva é se os aparelhos celulares, no denominado laboratório mencionado pela Recorrente, devem ser reparados ou não por técnicos ou engenheiros, para fins de aplicar o impedimento de se adotar o Regime Simples, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, parte final, da Lei nº 9.317/96, visto que a legislação é expressa no sentido de incluir na vedação ***“assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.”***

A Recorrente afirma que em seu laboratório não há técnicos ou engenheiros e que nunca foi autuada pelo CREA-PR.

Já a fiscalização afirma que os serviços de assistência técnica em telefonia celular deve ser prestado por engenheiros e técnicos de grau médio, ambas profissões regulamentadas e vedadas no Regime do Simples.

Devidamente limitado o escopo da lide, passemos aos fundamentos dessa decisão.

Entendo que seja o caso da aplicação do disposto na Súmula nº 57 do CARF, que tratou da assistência técnica de máquinas e equipamentos:

Súmula CARF nº 57: A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos, bem como os serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento de metais, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES Federal.

Considerando o celular um equipamento transmissor de som e imagem, via ondas eletromagnéticas, considero enquadrado na Súmula acima mencionada, até mesmo porque o CARF não apresentou em sua exposição de motivos restrições a nenhuma assistência técnica.

Quanto à retroatividade questionada pela Recorrente, excluindo a empresa do Simples a partir de janeiro de 2002, houve a aplicação do disposto no artigo 15 da Lei nº 9.317/1996:

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. 9 desta Lei;

Considerando que a contribuinte, nos termos desta decisão, permanecerá no Simples em razão do cancelamento do ADE, a questão da retroatividade restou prejudicada.

Ademais, com todo o respeito à bela retórica do Recorrente quanto à questão da tipicidade, estrita legalidade e inconstitucionalidades apontadas, especificamente quanto ao confisco, à irretroatividade, à falta de obediência à capacidade contributiva etc., cumpre destacar que este E. Tribunal é vedado afastar lei por inconstitucionalidade, nos termos da Súmula nº 2 do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso e no mérito DOU-LHE provimento, para reformar a decisão da DRJ.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator