



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

Processo nº 10980.011584/2005-29
Recurso nº 513.226 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.494 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria Exclusão do SIMPLES
Recorrente HIKARI DENSHI INST ELE E DE INFORMÁTICA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

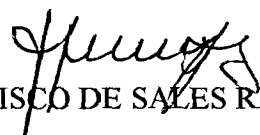
PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA LEGAL –
SÚMULA Nº 02 DO CARF – O CARF não é competente para se pronunciar
sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

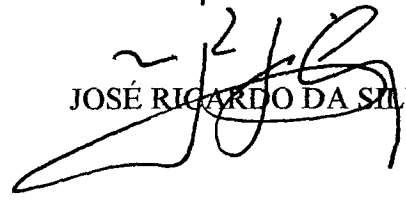
SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE MONTAGEM E
REPARAÇÃO DE INSTALAÇÕES ELÉTRICAS, TELEFÔNICAS E
LÓGICAS – SERVIÇOS AUXILIARES E COMPLEMENTARES DA
CONSTRUÇÃO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. A atividade de prestação de
serviços de montagem e reparação de instalações elétricas, telefônicas e
lógicas não está vedada à opção pelo SIMPLES. No procedimento de
exclusão do regime cabe à Administração Tributária provar que a pessoa
jurídica exercia atividade vedada à opção pelo sistema. Não é cabível a
exclusão do SIMPLES sem a efetiva demonstração do exercício de atividade
não permitida.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por
unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário


FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ - Presidente.


JOSÉ RICARDO DA SILVA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Andrade da Lima da Fonte Filho (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, José Ricardo da Silva (relator), Benedicto Celso Benício Junior, Nara Cristina Takeda Taga.

Relatório

HIKARI DENSHI INSTALAÇÕES ELÉTRICAS E DE INFORMÁTICA, recorre a este colegiado (fls. 129/132), contra decisão da 2ª Turma da DRJ/CTA, consubstanciado no acórdão 06-22.075 (fls. 121/125), que indeferiu sua solicitação de permanência no SIMPLES.

Em procedimento fiscal levado a termo, foi constatado pelas notas fiscais e faturas apresentadas pela Recorrente, que a mesma presta serviços de manutenção e instalação elétrica, telefônica e circuito lógico, e que conforme as decisões de processos de consultas às regiões fiscais, elaborado e atualizado até 30/05/2003 pela Divisão de Tributação SRRF da 10ª região, esta atividade está vedada à opção pelo SIMPLES, conforme decisão nº 96 de 1999 – 10ª RF e 47 de 2000 – 4ª RF, culminando, assim na Representação Administrativa, a fim de se proceder a exclusão do contribuinte do SIMPLES (fls. 3).

Em virtude da Representação oferecida pela Autoridade Fiscalizadora, foi expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 125, de 6 de dezembro de 2005, excluindo a Recorrente do SIMPLES, a qual tomou ciência da decisão em 19 de dezembro de 2005, conforme AR acostado às fls. 66 dos autos.

O contencioso administrativo foi instaurado com a apresentação de Manifestação de Inconformidade Fiscal (fls. 80/97), encaminhado em 13/01/2006, com os seguintes fundamentos:

- a) é optante pelo regime tributário SIMPLES desde 06/08/1992, foi surpreendida por uma restrição na sua atividade empresarial que vai gerar prejuízos e inviabilizar sua atividade comercial.
- b) que não poderia uma lei alterar fatos pretéritos, prejudicando quem já gozava dos benefícios do regime tributário, e caso houvesse alteração legislativa, esta deveria beneficiar o contribuinte;
- c) em março de 1999, em solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão as opções de Simples, teve seu pedido revisto, no qual foi atestado que a Recorrente apresentou documentos comprobatórios junto ao INSS para fins de adesão ao regime em comento, tendo sido proposto pelo INSS a Receita Federal, o cancelamento de sua exclusão;
- d) a Constituição veda tratamento diferenciado entre as microempresas e empresas de pequeno porte, contudo, tratamento diferenciado é incentivado;



- e) além de prever a regra da isonomia, estabelecido no caput do art. 5º da Constituição, o Constituinte cuidou de vetar tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente;
- f) as distinções estabelecidas no art. 9º da Lei 9.317/96 afrontam a Constituição, pois as empresas de pequeno porte da construção civil, arquitetura, instalações elétricas, e todas as demais atividades elencadas no referido artigo 9º, podem perfeitamente efetuar sua inscrição no SIMPLES, em razão da inconstitucionalidade que eventual negativa em permitir que essas empresas desfrutem do tratamento diferenciado acarreta;
- g) a legislação veda aos “assemelhados” a opção pelo SIMPLES, sem, ao menos, trazer a definição de tal termo;
- h) ao final, pede a reconsideração da exclusão, a fim de se permitir a continuidade da empresa, por considerar direito adquirido ao regime tributário.

A 2ª Turma da DRJ/CTA (fls. 121/125), ao apreciar o mérito, indeferiu a solicitação, conforme se extrai da ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

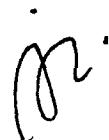
ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. SERVIÇOS DE ELABORAÇÃO DE PROJETOS E DE MONTAGEM E REPARAÇÃO DE INSTALAÇÕES LÓGICAS, ELÉTRICAS E TELEFÔNICAS. SERVIÇOS AUXILIARES E COMPLEMENTARES DA CONSTRUÇÃO CIVIL.

As pessoas jurídicas cuja atividade seja serviços de elaboração de projetos, de montagem e reparação de instalações lógicas, elétricas e telefônicas e de execução de obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil estão impedidas de optar pelo Simples.

Solicitação Indeferida

No dia 25 de março de 2005, foi a Recorrente informada do resultado do julgamento (fls. 128), apresentando Recurso a este Colegiado em 24 de junho de 2009 (fls. 129132), com os mesmos argumentos de fato de direito.

É o relatório.



Voto

Conselheiro José Ricardo da Silva

O recurso voluntário interposto é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Como visto do relatório, trata-se de exclusão do Simples, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 125, de 2005 (fl.s 64), em razão do exercício de atividades vedadas pelo sistema, nos termos previstos no art. 9º, V, XII, “f”, e XIII, c/c § 4º, da Lei nº 9.317, de 1996, quais sejam, de projetos, montagem e reparação de instalações lógicas, elétricas e telefônicas, serviços auxiliares e complementares da construção civil.

O aspecto principal do recurso voluntário interposto pela recorrente diz respeito a preliminar de inconstitucionalidade do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96. Sobre o assunto, cabe destacar a Súmula nº 2, do CARF, Portaria CARF nº 49, de 2010, publicada no DOU de 07/12/2010, republicada no dia 09/12/2010, assim enunciada:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Rejeito, portanto, a preliminar de inconstitucionalidade.

Quanto ao mérito, conforme se depreende dos autos, a administração tributária excluiu a recorrente do SIMPLES, apoiada exclusivamente no contexto das atividades do contrato social desta, onde consta ter sido ela constituída em 06/08/1992 tendo como objeto social a atividade de elaboração, execução, colocação e reparação de instalações elétricas, eletrônicas e de centro de processamento de dados e redes de informática (fls. 05-06), serviços esses auxiliares e complementares da construção civil.

No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica informou como atividade econômica principal o código CNAE 4541-1/00 – Instalações elétricas, alterada em 29/12/2006 para o CNAE 4321.5/00 – Instalação e manutenção elétrica (fl. 120).

A Administração Tributária excluiu a contribuinte ao regime simplificado ao argumento de que a mesma está impedida de fazer opção pelo Simples em face do exercício da atividade vedada prevista no art. 9º, inciso V, e § 4º, da Lei 9.317, de 1996, por prestar serviços de instalação de infra-estrutura de rede lógica e rede elétrica para computador, fornecimento e instalação de sub-estação transformadora de energia e ampliação do quadro elétrico, os quais caracterizariam a execução de obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil.

Por seu turno, a turma de julgamento de primeiro grau confirmou a exclusão sob o entendimento de que a reclamante também estaria impedida de fazer opção pelo Simples em face do exercício de serviços assemelhados ao de engenheiros, conforme previsto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996.



Consta do voto condutor do aresto recorrido que “inobstante não esteja comprovado nos autos que a reclamante tenha efetivamente realizado operações relativas a locação de mão-de-obra, entendo que ela incorreu nas demais causas de vedação ao Simples apontadas no ADE DRF/CTA nº 125, de 2005.”

Nessas condições, e forçoso afirmar que a simples menção de uma atividade impeditiva, dentre várias, e no caso sequer claramente impeditiva, não é, por si só, motivo de exclusão do Simples. Ainda mais, havendo dúvidas sobre a efetiva possibilidade de equipar a atividade exercida a "serviços de engenharia", caberia à administração tributária colher provas que demonstrassem, inquestionavelmente, que ao menos uma das atividades efetivamente desenvolvidas pela recorrente é vedada ao Simples.

Reiteradas são as decisões do Conselho de Contribuintes neste sentido, a exemplo do decidido no Acórdão 302-39589, de 20/06/2008, assim ementado:

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. OBJETO SOCIAL MÚLTIPLO. ÔNUS DA PROVA. Havendo mais de uma atividade no objeto social da empresa, e nem todas vedadas à opção pelo SIMPLES, no procedimento de exclusão do regime cabe à Administração Tributária provar que a recorrente praticava pelo menos uma das atividades vedadas constantes de seu contrato social, ou mesmo não constante desse, e não à recorrente fazer prova negativa de que não praticava nenhuma atividade vedada, portanto, é indevida a exclusão.

Recurso Voluntário Provido.

Conclui-se, em razão da fundamentação legal mencionada no ADE e pelo enquadramento no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a atividade exercida pela interessada foi tida pela administração da DRF como integrante dos serviços pertencentes à categoria de "serviços profissionais", mais especificamente, de "serviços profissionais de engenheiro", o que, entretanto, não está comprovado de fato. Aliás, também foi este o raciocínio adotado pelo relator do acórdão recorrido, o que se infere do seguinte excerto do voto: “Observe-se, ainda, que o termo “assemelhado” constante do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, faz incluir na vedação à opção pelo Simples qualquer atividade de prestação de serviço que tenha similaridade ou semelhança com aquelas enumeradas. Nessa linha de raciocínio, e tendo em conta que a vedação é para “a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de engenheiro ou assemelhado”, deve-se assentar o fato de que basta o exercício de qualquer de suas atribuições, com ou sem supervisão, assinatura ou execução por profissional regulamentado, para que a opção pelo Simples seja vedada. Mesmo que os serviços sejam prestados por outro tipo de profissional ou pessoa não qualificada, a pessoa jurídica não poderá permanecer no regime simplificado, porquanto se trata do exercício de atividades assemelhadas à profissão de engenheiro”.

Com a devida vênia, ousou discordar do entendimento expresso no acórdão recorrido, pois não existe sequer qualquer evidência que as atividades exercidas pela contribuinte exijam a interferência de engenheiro mecânico, ou que nela se desempenhem



atividades de competência primordial de profissionais legalmente habilitados na área de engenharia.

Além do mais, não há nos autos qualquer prova efetiva, cujo ônus é do fisco, que imponha o entendimento de que os serviços prestados na oficina da interessada são, no mínimo, de relativa complexidade.

Faço minhas as palavras do ilustre Conselheiro Gervário Nicolau Recktenvald, proferidas no Acórdão nº 1103-00.240, de 5 de julho de 2010, quando afirma: *"a propósito, a reiterada adoção, pela Receita Federal, da citada Resolução, no intuito de caracterizar como "serviços profissionais" diversas atividades dedicadas à manutenção e reparação de bens variados, impulsionou a edição do art. 4º da Lei nº 10.964/2004, posteriormente alterado pela Lei nº 11.051/2004, e que foi regulamentada pelo Ato Declaratório Executivo nº 8, de 18 de janeiro de 2005.*

Referido dispositivo legal excetuou, expressamente, da distorcida interpretação do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, retroativamente, diversos serviços de manutenção e reparação, a exemplo dos *"serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados"*, nos seguintes termos:

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: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I — serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

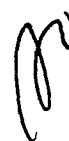
II — serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

III — serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

IV — serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

V — serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 1º Fica assegurada a permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, com efeitos retroativos à data de opção da empresa, das pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham feito a opção pelo sistema em data anterior à publicação desta Lei, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação, (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)



§ 2º As pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham sido excluídas do SIMPLES exclusivamente em decorrência do disposto no inciso XIII do art 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, poderão solicitar o retorno ao sistema, com efeitos retroativos à data de opção desta, nos termos, prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal SRF, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

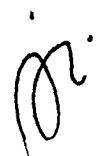
§ 3º Na hipótese de a exclusão de que trata o § 2º deste artigo ter ocorrido durante o ano-calendário de 2004 e antes da publicação desta Lei, a Secretaria da Receita Federal — SRF promoverá a reinclusão de ofício dessas pessoas jurídicas retroativamente à data de opção da empresa. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 4º Aplica-se o disposto no art. 2º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, a partir de 1º de janeiro de 2004. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

Como visto acima, a legislação em descrita veio pacificar o entendimento no sentido de que a prestação de serviços de manutenção e conservação de máquinas e equipamentos em geral, não é atividade que possa ser caracterizada como atividade que se subsume ao art. 90, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Cabe destacar também, as inúmeras decisões proferidas pelo antigo Terceiro Conselho de Contribuintes no sentido de que o teor do artigo 17, § 2º, da Lei Complementar 123/2006, que admite no Simples Nacional as empresas dedicadas às atividades de serviços de reparação e manutenção de máquinas e equipamentos agrícolas, que o consentimento teria aplicação retroativa. Referidas atividades, dentre outras, antes da edição da Lei Complementar 123/2006, frequentemente eram equiparadas pela administração tributária a prestadoras de serviços de engenharia e excluídas do Simples com base no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96. Abaixo segue a ementa de algumas decisões proferidas pelo então Terceiro Conselho de Contribuintes:

SIMPLES - ATIVIDADES DE ENGENHARIA CIVIL - ATIVIDADES NÃO VEDADAS PELA LEI COMPLEMENTAR 123/2006 - APLICAÇÃO RETROATIVA. As atividades de construção de imóveis e de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, não são mais vedadas ao SIMPLES nos termos do artigo 17, § 1º, inciso XIII, da LC 123/2006, Aplicação retroativa em virtude do artigo 106, inciso II, alínea "b", do Código Tributário Nacional. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO (Acórdão 301-34.362, de 27/03/2008, Recurso 130.441) (No mesmo sentido os Acórdãos 303-34535, 301-34.578 e 393-00.020)

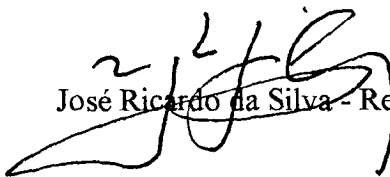


Diante disto, de acordo com os precedentes citados, também por força do princípio da retroatividade benigna, que teria amparo no art. 106, inciso II, alínea "b", da Lei nº 5.172/66 — Código Tributário Nacional, não poderia vingar a exclusão da recorrente do Simples a partir de 01/01/2002, conforme estabelece o Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 126, de 07 de dezembro de 2005 (fls. 14).

Na esteira destas considerações, tendo como suporte o entendimento de que os serviços prestados pela recorrente não se ajustam, em vista de sua pouca complexidade, às atividades próprias de engenheiro, e por expressamente admitidas no Simples conforme disposições do art. 4º da Lei nº 10.964/2004, posteriormente alterado pela Lei nº 11.051/2004, posteriormente regulamentada pelo Ato Declaratório Executivo nº 8, de 18 de janeiro de 2005, não vejo como manter a exclusão do Simples em relação as atividades exercidas pela recorrente,

Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2011


José Ricardo da Silva - Relator