



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

Processo nº 11073.000107/2006-14
Recurso nº 503.812 Voluntário
Acórdão nº 1302-000.552 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 31 de março de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente TECNICONFIAL COM. DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-SANTA MARIA/RS

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Incumbe ao fisco demonstrar por prova direta que as atividades exercidas pela contribuinte impedem a sua opção pelo Simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente.

“documento assinado digitalmente”

IRINEU BIANCHI - Relator.

“documento assinado digitalmente”

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello (Presidente), Eduardo de Andrade, Sandra Maria Dias Nunes, Wilson Fernandes Guimarães e Irineu Bianchi.

Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida, como segue:

Inicialmente houve Representação Administrativa do INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, em 09/02/2004 (fls. 07 a 09), instruída com originais e/ou cópias de documentos de folhas 10 a 24, pela constatação de que a empresa teria prestado "serviços complementares à construção civil", o que estaria comprovado pelas cópias das notas fiscais que anexou.

Mais tarde, em 15/09/2004, houve nova representação do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social (fls. 23 a 26) pela constatação de que a interessada prestou serviços de instalação de circuito de vapor na agroindústria (NF nº 572) e instalação e manutenção de equipamentos industriais (NF 637). A instrução da representação do INSS consta nas folhas 27 a 90.

Atendendo do Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 0.1.08.00-2006.00203-7 autoridade representou para fins de exclusão da interessada do Simples (fls. 01 e 02) pela constatação de que a interessada presta serviços de instalação, manutenção e assistência técnica de máquinas para agroindústria, o que vedaria a opção pelo Simples nos termos do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

A representação foi aceita e a empresa foi excluída do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES conforme Ato Declaratório Executivo nº 26, de 13/12/2006 (fl. 93), com efeitos a partir de 01/02/2002, pelo exercício das atividades econômicas vedadas, acima referidas.

A interessada tomou ciência da exclusão, em 31/01/2007, conforme Aviso de Recebimento - AR que consta à folha 93 (no próprio ADE).

Dando prosseguimento do MPF, já referido, a interessada foi intimada para apresentar livros e documentos fiscais (fl. 04). Na resposta à intimação (fls. 05 e 06) a empresa esclarece que atua no ramo de comércio e prestação de serviços. Esclarece que a prestação de serviços consiste no *"conserto de equipamentos, tais como pasteurizadores, bombas de sucção, embaladeiras e outros equipamentos congêneres"*. Acrescenta que os serviços são prestados quase exclusivamente por seus sócios.

Diante da exclusão da interessada do Simples foram lavrados autos de infração relativos à diferença do IRPJ, PIS, CSLL e Cofins, com base no faturamento da empresa nos anos de 2002, 2003, 2004, 2005 e até junho de 2006.

A fiscalização também esclarece (fl. 156) que os valores recolhidos pelo Simples, que compreendem IRPJ, PIS, CSLL, Cofins e INSS, foram compensados nos autos de infração, exceto os referentes ao INSS. A seguir faz os demonstrativos dos valores não recolhidos (fls. 157 a 166).

Esclarece, ainda, que a diferença dos valores não recolhidos foi apurada com base no lucro presumido por a empresa não possuir escrituração contábil.

Então foram lavrados os autos de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica — IRPJ (fls. 168 a 183); Programa de Integração Social - PIS (fls. 184 a 199); Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins (fls. 200 a 215); e, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL (fls. 216 a 232) para exigência de imposto

e contribuições no valor de R\$10.509,71, R\$3.175,77; R\$5.550,50; e, R\$4.511,20 respectivamente e multa de ofício nos valores de R\$7.882,09; R\$2.381,61; R\$4.162,68; e, R\$3.383,18 também respectivamente.

O Demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo consta na folha 95 dos autos e representa R\$49.772,55, incluídos impostos, contribuições, multa de ofício e juros de mora.

A interessada apresentou sua manifestação de inconformidade (impugnação), em 02/03/2007, conforme consta às folhas 237 a 244, instruída com cópias e/ou originais de documentos de folhas 245 a 254, argumentando, em síntese, como segue:

- inicia destacando que a exigência do crédito tributário lançado além das multas que advirão da exclusão do Simples (DCTF, DACON e DIPJ), mais os valores já recolhidos, chegariam a R\$100.000,00, o que extrapola as condições financeiras da contribuinte;

- informa que no período fiscalizado (ano-calendário de 2002 a junho de 2006) a receita bruta da interessada foi 514.000,00; conclui que a autuação e as multas e os valores já recolhidos representam mais de 20% do seus faturamento, o que acha um absurdo; destaca que os serviços prestados não chegam a 30% do faturamento;

- diz que a autuação decorre do entendimento de que presta serviços de engenheiro o que é totalmente equivocado;

- insiste que mantida a autuação tratar-se-á de exigência impossível de ser cumprida sem a liquidação total do patrimônio da empresa e dos sócios;

- clama por justiça tributária, obrigações tributárias justas e uma interpretação correta da legislação;

- então faz uma reprodução do "Demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo" e conclui que não foram compensados integralmente os valores pagos pelo Simples;

Da improcedência do ADE de exclusão do Simples:

- diz que não está configurada a prestação de serviços de engenheiro;

- diz que sua atividade é o comércio de equipamentos para laticínios e agroindústrias, tais como embaladeiras, bombas, pasteurizados e congêneres e que presta serviços de instalação e conservação de tais equipamentos;

- afirma que tais serviços são prestados pelos sócios e, normalmente, com o auxílio de um funcionário; destaca que nem seus sócios, nem seus funcionários possuem qualquer habilitação em profissão regulamentada;

- diz que há divergência na interpretação de fiscais e auditores; nesse sentido diz que o INSS entendeu tratar-se de atividade complementar à construção civil, a qual vedaria a opção pelo Simples nos termos do inciso V do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996;

- argumenta que nunca exerceu serviços complementares à construção civil, prestando os serviços já referidos (instalação a manutenção de máquinas); diz que tal interpretação contraria o disposto no artigo 107 do CTN;

- diz que numa outra representação o INSS entendeu tratar-se de cessão ou locação de mão-de-obra, atividade que vedaria a opção pelo Simples nos termos do inciso XII, letra "f", do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996;

- argumenta que tal interpretação é absurda; então traz seu entendimento sobre o que seria cessão ou locação de mão-de-obra;

- finalmente diz que a interpretação do Fisco Federal é ainda mais absurda ao enquadrar a empresa com prestadora de serviços privativos de engenheiro;

- transcreve o artigo 7º da Lei nº 5.194, de 24/12/1966, que relaciona as atividades e atribuições profissionais do engenheiro;

- diz que o Simples foi vedado para as empresas que prestam serviços típicos de profissões regulamentadas; transcreve o inciso XIII do artigo 90 da Lei nº 9.317/96;

- sustenta que entender que a atividade exercida pela interessada está no campo da engenharia é interpretar de forma ampliativa o que está disposto no inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996;

- sustenta que a vedação disposta na lei é para o exercício de profissão que dependa de habilitação profissional legalmente exigida e no caso em tela não há prova do exercício de atividade econômica enquadrada nesse conceito; conclui que não há como persistir sua exclusão do Simples;

- diz que não são utilizadas técnicas que dependam de profissional habilitado; que os serviços executados não dependem de qualquer aptidão técnica;

- argumenta que o Fisco não pode alterar a definição e o conceito da legislação ordinária; cita o artigo 110 do CTN;

- insiste novamente na divergência de entendimentos entre as fiscalizações do INSS e da Receita Federal;

- insiste na pequena parcela que representa a prestação de serviços (R\$ 141.000,00 a partir de 2002 até junho de 2006);

- argumenta que esse serviço não pertence ao campo da engenharia e está atrelada aos equipamentos vendidos;

- lembra que a interpretação da legislação tributária deve ser literal; que não qualquer disposição expressa no sentido de que as atividades exercidas pela empresa vedem a opção pelo Simples;

- por fim o princípio vigente *in dubio pro contribuinte*;

Requer o cancelamento da sua exclusão do Simples e, logicamente, o cancelamento da exigência fiscal.

A Segunda Turma Julgadora da DRJ em Santa Maria(RS) indeferiu a solicitação e manteve parcialmente a exigência fiscal, nos termos do acórdão nº 18.-11.253 (fls. 257/270), cujos fundamentos acham-se consubstanciados na respectiva ementa, *in verbis*:

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. A apreciação de eventuais arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos administrativos está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.

SIMPLES. SERVIÇOS DE MONTAGEM E MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS INDUSTRIAIS. OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. É vedada a opção pelo Simples ou indevida a permanência nesse Sistema para as pessoas jurídicas que prestem serviços montagem e manutenção de máquinas industriais em face do disposto na legislação de regência.

EXCLUSÃO. EFEITOS. A exclusão do Simples pelo exercício de atividade que veda a opção por essa sistemática surge a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente.

PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES. TRIBUTAÇÃO. A pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que ocorrerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. A verificação de insuficiência de recolhimento do imposto e/ou contribuição calculados pelo regime do lucro presumido, após deduzido o valor recolhido pela sistemática do Simples, constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO. Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo ao PIS, à Cofins e à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

Cientificada da decisão (fls. 286), tempestivamente, a interessada interpôs o recurso voluntário de fls. 287/292), tornando a suscitar os argumentos da impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro IRINEU BIANCHI

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Cuida-se de pedido de impugnação a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, instituído pela Lei nº 9.317/96.

Assinalo inicialmente que não encontro nos autos qualquer despacho decisório. Concluo assim que a exclusão do Simples ocorreu em face de duas representações administrativas do INSS.

A primeira denuncia a constatação de que a contribuinte teria prestado serviços complementares à construção civil, o que estaria comprovado pelas cópias das notas fiscais que anexou.

A segunda denuncia a constatação de que a empresa prestou serviços de instalação de circuito de vapor na agroindústria e a instalação e manutenção de equipamentos industriais.

Por seu turno, o Ato Declaratório Executivo reporta-se às informações contidas no processo administrativo e exclui a interessada do Simples pelo exercício de atividade econômica vedada à opção (engenheiro).

Entendo por isto que os limites da lide a ser dirimida deverão levar em conta apenas se as atividades da recorrente são típicas da engenharia ou não.

Para aqui decidir, louvo-me em parte do voto proferido no acórdão nº 1701-00.217, tendo como relatora a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que reproduzo com as alterações pertinentes ao caso em exame:

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, de 1996, fixa:

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 hipótese de indeferimento da opção da Recorrente pelo Simples, pressupõe a obtenção de receita proveniente da prestação de serviço profissional de engenheiro, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Tenho manifestado de que a simples previsão de determinadas atividades no objeto social das empresas não são, por si só, suficientes à caracterização do exercício de fato e de direito da atividade. O Contrato Social quer dizer previsão do exercício, mas não constituiu o fato gerador.

Digo de fato e de direito, pois, o exercício *in concreto* de uma das atividades previstas dentre os objetivos sociais depende de tradução em linguagem competente. Ou seja, a fiscalização deve apurar e trazer aos autos comprovação da prática da infração, *in casu* o exercício de atividade vedada pelo regime simplificado.

Não há óbice para as atividades da indústria e comércio na legislação do regime simplificado. Há restrição para serviços listados e assemelhados.

Desde já registro minha crítica sobre a impropriedade técnica da legislação tributária que não pode lançar mão de expressões dúbias e/ou ambíguas — apesar de árduo trabalho, reconheço — sob pena de se verificarem zonas cinzentas como esta, seja para o contribuinte, seja para o aplicador da lei.

Assim, me inclino a entender que a subsunção dos eventos (fatos *in concreto*) aos conceitos hipotéticos, deve ser analisada com vistas também à largueza do conceito que se impõe. Ora, a legislação que pretenda tributar os "assemelhados" a algo ou a alguém abre espaço para que as materialidades e as provas que as infirmam ou afirmam registrem a subsunção do fato ao conceito da lei.

Explico: A necessidade da contratação de engenheiro ("ou assemelhado") em matéria de empresas optantes pelo Regime SIMPLES deve ser verificada *in concreto* sob pena de impor penalidade a micro e pequenas empresas que desenvolvem seu objeto sem a necessidade efetiva de manutenção destes profissionais no quadro.

O conceito de assemelhados nos abre duas frentes de interpretação uma extensiva e outra restritiva. Pela interpretação extensiva adota-se que a classificação de uma atividade como profissional regulamentada é suficiente para vedação da adesão ao programa. Analisando restritivamente como devem ser as "conceitos-tipo" do direito tributário entendo que somente a constatação de que determinada atividade social desenvolvida *in concreto*, apesar da vedação legal imposta pode ensejar a exclusão do programa ou vedação da opção.

No presente caso, a prova da atividade fática é nenhuma, pois nem mesmo as notas fiscais acostadas são capazes de comprovar a efetiva atividade da interessada, uma vez que a discriminação dos serviços prestados é genérica. Portanto, não vejo nos autos a prova do exercício do fato impeditivo à opção pelo regime.

ISTO POSTO, conheço do recurso voluntário e voto no sentido de DAR-LHE PROVIMENTO para manter a recorrente no sistema simplificado assim como para declarar insubsistente o auto de infração.

Sala das Sessões, em 31 de março de 2011

Processo nº 11073.000107/2006-14
Acórdão n.º **1302-000.552**

S1-C3T2
Fl. 318

“documento assinado digitalmente”

IRINEU BIANCHI - Relator