



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

| | |
|--------------------|---------------------------------------|
| Processo n° | 11543.003758/2003-30 |
| Recurso n° | 135.610 Voluntário |
| Matéria | SIMPLES - EXCLUSÃO |
| Acórdão n° | 303-34.508 |
| Sessão de | 05 de julho de 2007 |
| Recorrente | SAMER SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO LTDA. ME |
| Recorrida | DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ |

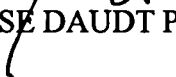
Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

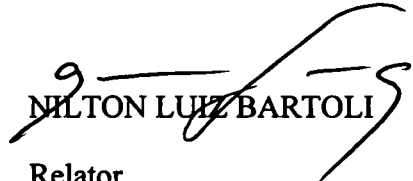
Ano-calendário: 2003

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. 'PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO, REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE BOMBAS E CARNEIROS HIDRÁULICOS, VÁLVULAS INDUSTRIAIS, E OUTRAS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS DE USO GERAL' – LC 123, de 14/12/06. Nos termos da Lei Complementar n°. 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, § 1º, incisos X e XIII, in fine, as vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput daquele artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente aos serviços de 'reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais', bem como de 'construção de imóveis e obras de engenharia em geral'.

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, nos termos do voto do relator. Os Conselheiros Nanci Gama e Marciel Eder Costa votaram pela conclusão.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

O presente feito tem início em Representação Administrativa elaborada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (fls. 01/04), na qual se constatou, a partir de exame de Contrato de Prestação de Serviços firmado entre o contribuinte interessado e seu cliente, que a receita obtida da empresa “sub judice” é proveniente de prestação de serviço, mediante cessão ou locação de mão-de-obra, bem como, que a atividade desenvolvida é inerente à construção civil.

Ressalta a r. Representação Administrativa que o objeto do referido ‘Contrato de Prestação de Serviços’ é de: “serviços de manutenção de bombas, cloradores, válvulas de pé, válvula anti golpe de aríete, registros, registros de bóia, adufas de parede e de fundo, misturadores verticais, bombas desadoras, retirada de areia dos poços de sucção e demais serviços mecânicos e hidromecânicos em todos os equipamentos das estações de tratamento de água, estações elevatória de água bruta e tratada, estação elevatória de esgoto, horto florestal, aterro sanitário-central de reciclagem e CETREU, localizados...”.

É a conclusão da Representação Administrativa (fls. 03/04):

“Verifica-se pela análise do contrato de prestação de serviço, duas condições, em tese; de exclusão do SIMPLES. Uma pelo tipo de atividade que é inerente à construção civil. E é a própria contratada quem revela, quando enquadra-se nos códigos da CNAE, conforme descrito na cláusula terceira, do seu Particular Contrato Social. A outra condição é a cessão de sua mão-de-obra, garantindo satisfazer todas exigências referentes a qualquer aspecto da execução do serviço, e assumindo outras responsabilidades. Condições explicitadas na Cláusula VI – Das Obrigações da Contratada – do referido contrato de prestação de serviço.

A própria contratada diz ser cedente de mão-de-obra, vez que, voluntariamente coloca-se aos ditantes do artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, supra transcrito. Tal se constata por exame das Notas Fiscais, n.ºs 000115 e 000116, anexas, onde encontra-se, o destaque: “retenção para Seguridade Social”.

Anexos à Representação Administrativa os seguintes documentos (fls. 05/13): Contrato Social (fls. 05/07), Contrato de Prestação de Serviços firmado entre o contribuinte interessado e seu cliente (08/12), e Notas Fiscais (fls. 13).

O entendimento manifestado pela referida Representação Administrativa fora ratificado pelo Parecer de fls. 15/17, culminando na exclusão da empresa SAMER - Serviços de Manutenção Ltda-ME do Simples, “pelo exercício de atividade vedada à opção pela sistemática tributária em questão, no caso, ‘que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis’ (inciso XIII, do art. 9º da Lei 9.317/96) e ‘que preste serviços profissionais de engenheiro ou assemelhados que dependa de habilitação profissional legalmente exigida’ (inciso XIII, do art. 9º da Lei 9.317/96) - (Ato Declaratório DRF/VTA n.º 17/2004, fls. 18).

Ciente de sua exclusão (AR de fls. 22), o contribuinte apresentou tempestiva Impugnação, fls. 23/29, alegando, em preliminar, que não fora observado seu direito à ampla

defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV, da CF/88), uma vez que o ato de exclusão fora lavrado tendo como único pressuposto o ofício do INSS, sem lhe fosse solicitado qualquer documento que realmente pudesse comprovar a atividade fim da empresa.

No mais, alega, em síntese, que:

fora equivocada a interpretação do INSS de que exerce atividades que dependem de habilitação profissional, tendo em vista que suas atividades não dependem de engenheiro, uma vez que não se trata de construção de imóveis – como capitulado no Ato Declaratório -, mas sim, serviços técnicos de eletricidade;

ressalta que consta de seu Contrato Social originário as atividades de: “4543-8 – Instalações hidráulicas; sanitárias, 4549-7 – Outras obras de instalações; 7499-3 – Outras atividades de serviços prestados principalmente as empresas, não especificadas”, as quais passaram a ser, diante de aditivo contratual de 10/08/2000: “2912-2/02 – Reparação e manutenção de bombas e carneiros hidráulicos; 2913-0/02 – Reparação e manutenção de válvulas industriais; 2929-7/02 – Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral”;

em nenhum momento a atividade exercida pela autuada foi relacionada à compra e venda, loteamento, incorporação ou construção de imóveis, como comprovam as cópias de contratos de prestação de serviços de manutenção de sistemas elétricos (fls. 40/78);

para comprovar que não exerce outras atividades, acostou aos autos cópias de notas fiscais de prestação de serviços, relativas ao período de janeiro/2002 a julho/2004 (fls. 79/95), onde fica claro que prestou serviço somente na área de manutenção de bombas, não prosperando a tese defendida pelo INSS e, por conseguinte, não deve prosperar o Ato Declaratório em questão;

sendo a Sanear uma empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito público, autorizada por Lei, pertencente à Administração Pública Indireta, pode por tal instituto anular seus próprios atos quando eivados de vícios, conforme determinam as Súmulas n.ºs 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, o contribuinte requer seja acolhida a preliminar argüida e, se assim não for entendido, requer pelo cancelamento do Ato Declaratório DRF/VTA n.º 17/2004.

Para corroborar seus argumentos cita jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Instruem sua peça impugnatória os documentos de fls. 30/95.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ, esta indeferiu o pleito do contribuinte, sob o entendimento de que “os serviços elencados no Contrato Social da empresa, requerem sejam prestados com o concurso de profissional legalmente habilitado, engenheiro ou tecnólogo.”, e de que é vedada a opção de Simples à pessoa jurídica que preste serviço profissionais de engenheiro, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/96.

Ressalta ainda, a r. decisão *a quo*, que “as atividades desenvolvidas pela empresa fazem incidir outra proibição à opção, consoante dispõe o art. 9º, inciso V e § 4º, da Lei n.º 9.317, de 1996, com a redação dada pelo art. 4º da Lei n.º 9.528, de 1997, ...” – compra e venda, loteamento, incorporação ou construção de imóveis.

Quanto à preliminar argüida pelo contribuinte, entende o r. Julgador monocrático que “tal alegação não se sustenta, a representação do INSS se deveu as informações obtidas em um processo de restituição perante àquele órgão, no qual o próprio contribuinte informa quais são as suas atividades, sendo este dado fundamental para a restituição solicitada, conforme informação contida na fl. 03.”

Irresignado com a decisão de primeiro grau de jurisdição, o contribuinte recorre, tempestivamente, interpondo o Recurso Voluntário de fls. 107/114, reiterando argumentos, fundamentos e pedidos já apresentados em sede de Impugnação.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 115, última.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF n.º 314, de 25/08/99.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Cinge-se a questão em exclusão de contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, que se deu por meio de Ato Declaratório (fls. 18), emitido pela Delegacia da Receita Federal em Vitória, que trouxe como motivo atividade vedada à opção pela sistemática tributária em questão.

Segundo o referido Ato Declaratório, que se suporta em Parecer proferido pela mesma DRF (fls. 15/17), e em ‘Representação Administrativa’ do INSS, o contribuinte em questão incorre na prática de duas classes de atividade vedadas à opção pelo SIMPLES, quais sejam:

1. que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;

2. que preste serviços profissionais de engenheiro ou assemelhados que dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

Referidas vedações se encontram dispostas no artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, *in verbis*:

“Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

V – que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;

(...)

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;” grifei

Isto posto, cumpre-nos analisar o objeto social da Recorrente, bem como as demais provas acostadas aos autos, no sentido de que se verifique a verdadeira atividade desenvolvida pelo contribuinte.

Conforme consta de seu Contrato Social (fls. 05/07 – Cláusula Terceira), seu objeto social inaugural era o de “4543-8 – Instalações Hidráulicas; sanitárias; 4549-7 –

Outras obras de instalações; 7499-3 – Outras atividades de serviços prestados as empresas, não especificadas”.

Em posterior ‘aditivo contratual’ (fls. 34/35 – Cláusula Primeira), seu objeto social passou a ser de “2912-2/02 – Reparação e manutenção de bombas e carneiros hidráulicos; 2913-0/02 – Reparação e manutenção de válvulas industriais; 2929-7/02 – Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral;”.

E, finalmente, na última alteração contratual noticiada nos autos (fls. 36/39 – item 4), vigente à época da exclusão, seu objeto social restou consolidado em “2912-2/02 – Reparação e manutenção de bombas e carneiros hidráulicos; 2913-0/02 – Reparação e manutenção de válvulas industriais; 2929-7/02 – Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral;”.

Às fls. 08/12 consta cópia de Contrato de Prestação de Serviços, firmado entre a Recorrente e seu cliente, firmado em decorrência de processo de licitação, cujo objeto, segundo a Cláusula I, é de “serviços de manutenção de bombas, cloradores, válvulas de pé, válvula anti golpe de aríete, registros de bóia, adufas de parede e de fundo, misturadores verticais, bombas dosadoras, retirada de areia dos poços de sucção e demais serviços mecânicos e hidromecânicos em todos os equipamentos das estações de tratamento de água, estações elevatória de água bruta e tratada, estação elevatória de esgoto, horto florestal, aterro sanitário-central de reciclagem e CETREU, ...”

Com objetos semelhantes, juntaram-se aos autos cópias dos Contratos de fls. 40/78.

Consta ainda dos autos Notas Fiscais em que discriminou os serviços prestados como “manutenção em bombas” e simplesmente “manutenção” (fls. 13 e 79/95)

Concluo, pois, da análise do conjunto probatório contido nos autos, que a Recorrente exerce, efetivamente, serviços de instalação, reparação e manutenção em: bombas e carneiros hidráulicos, válvulas industriais, e outras máquinas e equipamentos de uso geral, para os quais, em regra, não necessariamente se exigirá a presença e/ou acompanhamento de um engenheiro ou assemelhado.

Ocorre que, atualmente, a atividade desenvolvida pelo contribuinte encontra-se expressamente permitida para opção ao Simples, nos termos dos incisos X e XIII, do §1º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, que a partir de 1º de julho de 2007, revogou¹ a Lei do Simples (Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996).

Assim, vejamos o que dispõe a nova legislação:

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

(...)

¹ Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 89 – Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº. 9.841, de 5 de outubro de 1999.

§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:

(...)

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

(...)

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;” destaques acrescentados ao original.

No tocante à aplicação da Lei Complementar n.º. 123, de 14/12/2006, ao presente caso, importa destacar, o que ela própria dispõe, em seu artigo 16, §4º:

“§4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei n.º. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar”.

No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei n.º. 4.657, de 04/09/1942):

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

E, por último, nos termos do artigo 106, do Código Tributário Nacional (Lei n.º. 5.172, de 25/10/1966):

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

(...)

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

quando deixe de defini-lo como infração;”

Diante do exposto, uma vez que a atividade desenvolvida pela Recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como impeditiva de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, o que se comprova pelo Contrato Social e Alterações, pelas Notas Fiscais juntadas aos autos, bem como pelo disposto nos incisos X e XIII, do §1º, do artigo 17, da Lei Complementar n.º. 123, de 14/12/2006, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 05 de julho de 2007


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator