MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	13830.000487/2005-12
Recurso nº	136.257 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	302-38.867
Sessão de	9 de agosto de 2007
Recorrente	ZONTA E RIBEIRO LTDA. - ME
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: 2004

Ementa: EMPRESAS EXCLUÍDAS DA VEDAÇÃO DE OPÇÃO PELO SIMPLES.

As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades comerciais e de prestação de serviços que não se equiparem às de engenharia ou assemelhadas, as quais não são excludentes de inserção no regime, poderão optar pelo SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente

PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Corintho Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Adoto os termos do Relatório do Acórdão 14-12.436, de 24/04/2006, da 1ª Turma da DRJ/RPO, de fls. 48/54, que indeferiu a solicitação da interessada, por bem descrever os fatos.

"A empresa acima identificada, foi excluída do Simples por força do Ato Declaratório Executivo DRF/MRA nº 564.740, de 02 de agosto de 2004.

De acordo com referido Ato declaratório a exclusão se daria a partir de 01/11/2003.

A situação excludente teve por motivação a prestação de serviços de manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de usos industrial e comercial.

A fundamentação legal para a exclusão estaria ancorada na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, art. 9º, XIII; 12, 14, I; 15, II; Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, art. 73; Instrução Normativa SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003, art. 20, XII; 23, I; 24, II c/c parágrafo único.

Cientificado da exclusão, o interessado apresenta manifestação de inconformidade de fls. 01/05, firmada por advogada constituída pela procuração de fl. 13, onde, alega em síntese o seguinte:

1. *que na atividade desenvolvida pela requerente não há a característica de profissionais cuja atividade dependa de habilitação especial;*
2. *que uma vez aceita a opção e adquirido o direito, manifesta-se ilegal a exclusão automática, unilateralmente e sem qualquer direito de defesa;*
3. *questiona, também, a retroatividade da data de exclusão, pois, não teria recursos nem condições de regularizar sua situação, já que suas planilhas de custos e seus preços foram embasados na forma de tributação do Simples;*
4. *requer que toda e qualquer notificação e/ou intimação seja enviada para o endereço constante do preâmbulo."*

Reproduzo, em síntese, as razões de decidir da 1ª Instância.

O Fisco pode, e deve, excluir o contribuinte do regime se apurar que a opção por ele foi indevida. O interessado pode optar ao SIMPLES, mas sujeitando-se a exame pela fiscalização, o que poderá ocorrer quando desse ato ou posteriormente.

Quanto aos efeitos da exclusão serem retroativos há embasamento legal para tanto que é o art. 73 da MP 2158-34, de 27/07/2001, convalidada pela MP 2158-35, de 24/08/2001, o qual alterou o art. 15 da Lei 9317/96. Com suporte nesse dispositivo legal, o art. 24 da IN/SRF 250/2002, repetido pelo art. 24 da IN/SRF 355/2003, reporta-se a esse efeito retroativo.

E transcrevo trecho desse decisum no que pertine ao mérito.

"No mérito, determina o art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, o seguinte:

"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;"*

Do texto legal depreende-se que é vedada a opção pelo Simples à pessoa jurídica que preste serviços:

a) relativos às profissões expressamente listadas, dentre elas, a de engenheiro;

b) profissionais assemelhados àqueles listados no mesmo inciso;

c) profissionais de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

Caracterizadas pela atividade exercida, por citação literal ou semelhança, as duas primeiras hipóteses são distintas e independentes da terceira, bastando que a pessoa jurídica incorra em uma só delas para que sua inscrição no Simples seja vedada.

Ao citar expressamente os assemelhados, a lei tornou não exaustiva a lista de serviços profissionais relacionados, sendo alcançada pela vedação toda prestação de serviços que tenha similaridade ou semelhança com as atividades enumeradas no referido dispositivo legal.

Por outro lado, a Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro Agrônomo, no seu art. 27, dispõe:

"art. 27- São atribuições do Conselho Federal:

(...) tomar conhecimento e dirimir quaisquer dúvidas suscitadas e penalidades impostas pelos Conselhos Regionais;

(...)

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

Ajuda a esclarecer a questão em foco a leitura da Resolução nº 218, de 29 de junho de 1973, *in verbis*:

> *"O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, usando das atribuições que lhe conferem as letras "d" e "f", parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 5.194, de 24 Dez 1966, CONSIDERANDO que o art. 7º da Lei nº 5.194/66 refere-se às atividades profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro agrônomo, em termos genéricos;*
>
> *(...)*
>
> *RESOLVE:*
>
> *art. 1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da engenharia, arquitetura e agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:*
>
> *(...)*
>
> *Atividade 15 – Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção;*
>
> *Atividade 16 – Execução de instalação, montagem, e reparo;*
>
> *Atividade 17 – Operação e manutenção de equipamento e instalação;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 8º - Compete ao ENGENHEIRO ELETRICISTA ou ao ENGENHEIRO ELETRICISTA, MODALIDADE ELETROTÉCNICA:*
>
> *I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes à geração, transmissão, distribuição e utilização da energia elétrica; equipamentos, materiais e máquinas elétricas; sistemas de medição e controle elétricos; seus serviços afins e correlatos.*
>
> *(...)*
>
> *art. 22 – Compete ao ENGENHEIRO DE OPERAÇÃO:*
>
> *I – o desempenho das atividades 09 a 18 do artigo 1º desta Resolução,*
>
> *art. 23 - Compete ao TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR OU TECNÓLOGO:*
>
> *I – o desempenho das atividades 09 a 18 do artigo 1º desta Resolução, circunscritas ao âmbito das respectivas modalidades profissionais;*
>
> *(...)*
>
> *art. 24 – Compete ao TÉCNICO DE GRAU MÉDIO:*
>
> *I – o desempenho das atividades 14 a 18 do artigo 1º desta Resolução, circunscritas ao âmbito das respectivas modalidades profissionais;"*

Examinando-se a legislação transcrita, depreende-se que, a competência para executar serviços de manutenção, reparação e montagem de equipamentos industriais, é dos engenheiros mecânicos ou elétricos, de uma forma geral, ou dos técnicos de graus superior e médio, conforme definido nos artigos 1º, 8º, 22º, 23º e 24º da Resolução n.º 218, de 29 de junho de 1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

No caso dos autos, em que pese a alegação do contribuinte, a atividade exercida pela interessada, qual seja: a de manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de uso industrial, embora não esteja literalmente citada dentre as atividades vedadas, encontra-se incluída na condição de atividade assemelhada à prestação de serviços de engenheiro, conforme se observa no Ato Declaratório (Normativo) nº 04, de 22 de fevereiro de 2000, *verbis*:

> *'Ato Declaratório (Normativo) nº 4, de 22 de fevereiro de 2000."*
>
> *Dispõe sobre a opção pelo Simples de empresas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais.*
>
> *O Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, no uso das atribuições que lhe confere o art. 199, inciso IV, do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 227, de 3 de setembro de 1998, e tendo em vista as disposições do inciso XIII do art. 9º da Lei nº Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e alínea "f" do art. 27 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1996 e a Resolução nº 218, de 29 de junho de 1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.*
>
> *Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados que* ***não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais,*** *por caracterizar prestações de serviço profissional de engenharia.'*
> (destaquei)

Ressalte-se que, no caso, para interpretação da legislação tributária, não importa se o serviço foi efetivamente prestado por engenheiro ou por profissional legalmente habilitado. Isto significa que mesmo não possuindo a empresa empregados com habilitação em nível superior na área de engenharia ou equivalente, o que interessa para caracterizar o impedimento é o fato de que as atividades de manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de uso industrial configuram a prestação dos serviços inerentes a formação do engenheiro ou técnico de nível superior ou grau médio.

Repita-se: ao citar expressamente os assemelhados, a **lei** tornou não exaustiva a lista de serviços profissionais relacionados, sendo alcançada pela vedação toda prestação de serviços que tenha similaridade ou semelhança com as atividades elencadas."

Com referência ao endereço para onde deveriam ser enviadas notificações ou intimações, indicado pela interessada como sendo o do preâmbulo da peça impugnatória não foi acolhido pela DRJ que afirma deverem ser adotados os mencionados no art. 23 do Decreto 70.235/72 em seu inciso I e § 4º, com a redação dada pelo art. 67 da Lei 9532 de 1997.

Com guarda de prazo, atestado a fls. 76, é oferecido Recurso Voluntário, redigido por advogada, de fls. 61/64, que leio em Sessão, com elementos anexados de fls. 65 a 74.

Nele é dito que a exclusão é indevida pois a atividade da empresa não está vedada pela legislação.

Faz referência a documento expedido pela empresa Nestlé Brasil Ltda., juntado a fls. 65, no qual fala que a interessada presta serviços a ela "de mecânico de refrigeração em freezer doméstico e não emprega auxiliar ou outro empregado em sua empresa".

Contesta o fato de ser enquadrada no art. 9º, XIII, da Lei 9317/96 em razão de não ser sua atividade equiparada a de engenheiro, ou de assemelhados. Afirma que não repara aparelhos de uso industrial mas de uso doméstico.

Renova seu inconformismo quanto à retroatividade da exclusão.

É juntada, também, declaração manuscrita do sócio da Recte., assinada por ele e seus familiares, na qual faz um relato de sua vida profissional e as agruras sofridas no decorrer da existência de sua micro empresa.

Nela diz, em seu preâmbulo, que quando a Nestlé, da qual era empregado, decidiu terceirizar a prestação de serviços nas conservadoras (freezers) ele foi demitido e deveria "abrir uma empresa para prestar serviços externos nos bares, lanchonetes, restaurantes, churrascarias, lojas de conveniências, etc."

Continua dizendo que "Iria consertar as conservadoras (freezers) nos pontos de venda, serviço no campo e não em maquinas de grande porte na industria obs. e também não posso o (sic) faze-lo, pois não sou capacitado para este tipo de trabalho em maquinas de grande porte e montagem pois sou um simples mecânico.

O contrato com a contratante seria somente em conservadoras (freezer) aparelhos domésticos, em fim continuar fazendo o que já fazia como empregado....."

Este Processo foi encaminhado a este Relator conforme documento de fls. 77, nada mais existindo nos Autos a respeito do litígio.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Relator

Conheço do Recurso por reunir as condições de admissibilidade.

O Ato Declaratório de Exclusão datado de 02/08/2004, que produziu seus efeitos retroativamente à data da opção – 22/10/2001, pautou-se nas atividades da Recorrente consistente em "manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de usos industrial e comercial", fls. 18.

A atividade econômica da Recorrente, segundo seu contrato social inicial, sob a denominação de ZONTA & MENEZES S/C LTDA.-ME, consistia na exploração do ramo de manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração ventilação de uso industrial, como afirmado pela interessada na SRS (fls. 09) e passou a ser, por alteração contratual de 08/09/2003 (fls. 20/25), "comércio de peças e prestação de serviços em aparelhos de refrigeração", ocasião em que a razão social passou a ser ZONTA & RIBEIRO LTDA.-ME., alteração essa anterior ao ADE.

Desta feita, tem-se que o objeto social desenvolvido pela empresa não encontra vedação legal capitulada no mencionado artigo 9º, que, no mais das vezes, tipifica atividade profissional qualificada, com necessidade de habilitação profissional.

Considero a existência da Lei 11.051 de 29/12/2004 que assim reza em seu art. 15:

Art. 15. O art. 4º da Lei nº 10.964, de 28 de outubro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

> *"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:*
>
> *I – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;*
>
> *II – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;*
>
> *III – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;*
>
> *IV – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;*
>
> *V – serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos.*
>
> *§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 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." (NR)

Registre-se, ainda o advento do Ato Declaratório Executivo ADE/SRF 08 de 18/01/2005 o qual afirmava que o motivo indicado como fundamento para a exclusão do Recorrente (inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996) teria perdido a sua validade.

ADE SRF 8/05 - ADE - Ato Declaratório Executivo SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL - SRF nº 8 de 18.01.2005 D.O.U.: 20.01.2005 "O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do rt. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto no art. 4º da Lei nº 10.964, de 28 de outubro de 2004, com a redação dada pela Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, declara: Artigo único. Ficam cancelados os Atos Declaratórios Executivos, emitidos pelas unidades descentralizadas da Secretaria da Receita Federal em 2004, para a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) em decorrência, exclusivamente, do disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, das pessoas jurídicas que exerçam as seguintes atividades:

I - serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;

II - serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;

III - serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;

IV - serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

V - serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos."

A atividade da Recte. relaciona-se a prestação de serviços de manutenção em aparelhos de refrigeração não de porte industrial como indevidamente declarado no contrato social inicial, mas corretamente descrita na citada alteração contratual, efetuada, repito, em 08/09/20003, anterior a edição do ADE, e o seu exercício não exige que seja efetuado por engenheiro, ou por profissional a ele assemelhado, o que ensejaria fossem aplicadas as disposições legais e regulamentares antes relatadas.

Esses serviços não se confundem com a prestação de serviços privativos de engenheiros, assemelhados e profissões legalmente regulamentadas. Nada existe que as relacione com as atividades de tecnólogo ou de técnico em engenharia, como asseverou a decisão de primeira instância, utilizando os termos de uma Resolução do Confea.

Assim, referidas atividades não carecem de profissional de engenharia, portanto não se enquadram nas vedações contidas no art. 9º, inciso XIII da Lei 9.317/96, nem são assemelhadas às que poderiam ensejar tal enquadramento.

Nesse diapasão, é de se reconsiderar o ATO DECLARATÓRIO que tornou a Recte. excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES.

Face ao exposto, dou provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 9 de agosto de 2007

PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR – Relator