



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

Processo nº 13971.001380/2004-04
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-000.978 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de setembro de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente PRESTADORA DE SERVIÇOS SÃO JORGE 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

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE APARELHOS DE AR CONDICIONADO - SERVIÇOS AUXILIARES E COMPLEMENTARES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. A atividade de prestação de serviços de instalação e manutenção de aparelhos de ar condicionado 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, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator

Processo nº 13971.001380/2004-04
Acórdão n.º **1302-000.978**

S1-C3T2
Fl. 430

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em Exercício), Paulo Roberto Cortez, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Andrada Marcio Canuto Natal, Eduardo de Andrade, Marcio Rodrigo Frizzo.

Relatório

PRESTADORA DE SERVIÇOS SÃO JORGE LTDA., já qualificada nos presentes autos, recorre a este colegiado (fls. 36/49), contra decisão da 4ª Turma de Julgamento da DRJ/Belo Horizonte, consubstanciada no acórdão nº 02-16.063 (fls.29/33) que indeferiu sua manifestação de inconformidade para a inclusão no SIMPLES.

A recorrente foi excluída do Simples por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/BLU, nº 463.648, de 07 de Agosto de 2003, abaixo reproduzido:

Ato Declaratório Executivo DRF/BLU, nº 463.648, de 07 de Agosto de 2003.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL, no uso da competência que lhe confere o parágrafo 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, incluído pelo artigo 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e tendo em vista o disposto nos artigos 9º, 12, 14, inciso I, e 15 da Lei nº 9.317, de 1996, com suas alterações posteriores, declara:

Art. V Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do simples a partir do dia 01/01/2002 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Nome: PRESTADORA DE SERVICOS SAO JORGE LTDA ME

CNPJ:04.373.301/0001-11 Data da opção pelo simples:27/03/2001

situação excludente (evento 306):

- Descrição: atividade econômica vedada. 4541-1/00 Instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive elevadores, escadas, esteiras rolantes e antenas

- Data da ocorrência: 27/03/2001

- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII; art.12; art.14, I; art.15,II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001:art.73. Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002: art.20, xii; art.21; art.23, i; art.24, II, c/c parágrafo único.

Art. 2º A exclusão do simples surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317, de 1996, e suas alterações posteriores.

(...)

Ciente em 27 de agosto de 2003, a interessada apresentou tempestiva Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples (SRS), com os seguintes argumentos:

- a Lei nº 9.317/1996, teria violado o disposto no artigo 150, inciso II, da Constituição da República;
- as atividades da empresa não se confundem com as de engenheiro eletricista e, portanto, não seriam proibidas pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996;
- seu cadastramento do Simples data de 27 de março de 2001, ou seja, de muito antes da exclusão.

Referido pedido foi denegado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) de origem por envolver matéria de direito.

Ciente da negativa em 9 de agosto de 2004 (fl. 23), a contribuinte apresentou, em 31 de agosto de 2004, a defesa inicial de fls. 01/05, abaixo sintetizada:

- a) a discussão do presente recurso baseia-se em torno do disposto no inciso XIII, do artigo 9º;
- b) todavia, apesar de não constar no referido dispositivo a exclusão da profissão de eletricista, a SRS estaria a incluir este como profissão impedida de optar pelo Simples;
- c) entretanto, tal procedimento é totalmente sem razão, pois inexiste qualquer identidade ou relação das profissões elencadas na lei, a profissão de eletricista desenvolvida pelo Requerente;
- d) a Lei nº 9317196, ao estabelecer em seu artigo 9º as hipóteses de exclusão ao Simples, violou o disposto no inciso II, do artigo 150, da Constituição Federal;
- e) Dentre as profissões descritas no art. 9º, XIII da Lei nº 9.317196 nenhuma delas está elencada quanto a atividade exercida pelo Contribuinte, tendo em vista que a profissão de eletricista não necessita de habilitação profissional, pois a atividade é de instalação e manutenção, o que seria muito diferente quando falar-se em engenheiro elétrico.

Ao apreciar a manifestação da contribuinte, a turma julgadora de primeiro grau indeferiu seu pleito, conforme decisão proferida no acórdão acima mencionado, cuja ementa possui a seguinte redação:

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

Exercício: 2003

VEDAÇÕES À OPÇÃO

Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica que preste serviços profissionais característicos de engenheiro, ou assemelhados.

Solicitação Indeferida

Inconformado com a decisão de primeira instância, da qual teve ciência em 13/12/2007 (fls. 31), e com ela não se conformando, apresentou Recurso Voluntário em 14/01/2008 (fls. 36), onde expõe os seguintes argumentos:

- f) que foi excluído do SIMPLES porque, conforme consta de seu contrato social, tem por objetivo a instalação e manutenção de aparelhos de ar condicionado (cláusula II), posteriormente alterado para comércio de material elétrico, hidráulico e de construção civil e prestação de serviços de instalação e manutenção de aparelhos de ar condicionado (cláusula III do instrumento de alteração contratual registrado no 3º Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas sob nº 125.490, em 14.12.1989);
- g) no entender do fisco, apesar da alteração contratual operada, o Recorrente, por continuar executando os serviços de “elétrico, hidráulico” estaria praticando atividade vedada pelo art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96, porquanto tal atividade configuraria serviços de engenharia ao teor dos arts. 10, 12, 23 e 24 da Resolução nº 218/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia;
- h) o 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;
- i) quando o referido inciso XIII veda a prestação de serviços profissionais de engenheiro, de arquiteto, de contador, de advogado, etc. e de qualquer outra profissão cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida há de se entender que a microempresa não pode prestar serviços, cuja execução exija concurso de profissional legalmente habilitado;
- j) pergunta-se, onde a exigência de que a instalação e serviços elétrico e hidráulicos se dê exclusivamente por um engenheiro; seria fechar os olhos à realidade do dia a dia e extrapolar dos limites da proibição legal e contrariar o próprio Estatuto dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos, a Lei nº 5.914, de 24.12.1996, que dispõe sobre as profissões de engenheiros, arquitetos e engenheiros-agrônomo;
- k) a execução dos serviços elétricos e hidráulicos não exige profissional legalmente habilitado (engenheiro), nem o Estatuto dos Engenheiros, Arquitetos e Engenheiros-Agrônomo, a 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);

- 1) não pode o fisco promover o desenquadramento do SIMPLES baseado em instrumento normativo de menor hierarquia, a Resolução nº 218/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que ultrapassou os limites da lei regulamentada, a Lei nº 5.194/96 (Estatuto dos Engenheiros, Arquitetos e Engenheiros Agrônomos), sob pena de criar tributos por meio de analogia, ofendendo o princípio da legalidade tributária. Outrossim, essa Resolução não pretendeu e nem poderia pretender a regulamentação do item XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, que cuida da vedação do exercício da atividade de profissionais legalmente habilitados para efeito de opção pelo regime do SIMPLES.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

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 como objeto social a instalação e manutenção de aparelhos de ar condicionado, posteriormente alterado para comércio de material elétrico, hidráulico e de construção civil e prestação de serviços de instalação e manutenção de aparelhos de ar condicionado.

No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica informou como atividade econômica principal o código CNAE 4541-1/00 – corresponde à "instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive elevadores, escadas, esteiras rolantes e antenas".

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.

Nessas condições, é 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 equiparar 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 instalação, 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.

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.

Processo nº 13971.001380/2004-04
Acórdão n.º **1302-000.978**

S1-C3T2
Fl. 438

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez

CÓPIA