



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13984.000867/2003-31
Recurso nº	136.741 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	303-34.814
Sessão de	18 de outubro de 2007
Recorrente	IBANOR GIOVANI PERUZZO
Recorrida	DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA E MANUTENÇÃO ELÉTRICA INDUSTRIAL. A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com a vedação disposta nos incisos XII, alínea "f" e XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

ALCANCE DA VEDAÇÃO. A vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, não alcança microempresas e empresas de pequeno porte constituídas para a exploração de atividade econômica caracterizada pela prestação de serviços e circulação de bens, que envolvam profissionais diversos, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

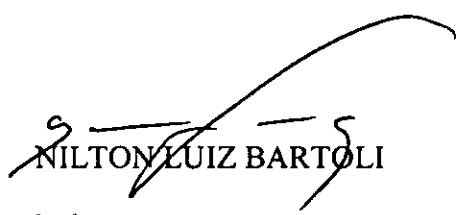
Recurso Voluntário Provido

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.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI

Relator

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

Relatório

Trata-se de Manifestação de Inconformidade devido à exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme Ato Declaratório Executivo nº 8 de 21/01/2004 de fl. 17, fundamentado por “exercício de atividade econômica vedada para o citado regime tributário, nos termos do art. 20, incisos XI, “e”, e XII, da IN SRF 355/03, com efeitos a partir de 01/01/2002.

Cientificada da exclusão (AR de fl. 22), o contribuinte apresentou Impugnação de fls. 28/33, na qual alega, em suma, que:

quando foi determinado o desenquadramento da empresa não foram observados os princípios do contraditório e da razoabilidade garantidos constitucionalmente e ainda não foi efetuada intimação anterior à do despacho decisório implicando em cerceamento de defesa;

tem como objeto social as seguintes atividades: manutenção elétrica industrial, conserto de máquinas eletrônicas, comércio varejista de peças para máquinas industriais e automação industrial;

jamais exerceu locação de mão-de-obra e o que realiza é a manutenção e instalação de máquinas de seus clientes, com seus funcionários e administradores, não havendo qualquer tipo de locação de mão-de-obra, haja vista que tais atos são esporádicos, ou seja, realizam-se apenas à medida que os clientes necessitam, jamais tendo à disposição destes os funcionários da impugnante ou sendo cedidos de maneira temporária ou permanente para a realização de quaisquer serviços;

o conceito de locação de mão-de-obra é ligado àquelas empresas que atuam nos termos da Lei 6.019/74, que locam os serviços de funcionários para realização de atividades da empresa, o que não é o caso, conforme comprova-se pelos documentos fiscais juntados, inclusive pela retenção feita a título de INSS/DC 100/03, ou seja, quando funcionários da impugnante vão até a empresa contratante e lá fazem o concerto, ou então, quando o equipamento é trazido até o ambiente da empresa para realização do concerto;

o primeiro caso não é o caso de locação de mão-de-obra, pois todo o controle do serviço de correção é feito mediante orientação dos administradores da impugnante, após o responsável técnico (em regra, engenheiro) da empresa contratante, informar o defeito ocorrido ou a peça a ser trocada;

quanto ao segundo ponto, de que a impugnante conta com o serviço de profissional com profissão regulamentada, novamente entende-se que inexistente tal fato;

os documentos trazidos aos autos não fazem qualquer indicação de que a empresa estaria inserida no rol daquelas que estariam impedidas de optar pelo Simples, frente ao necessário exercício de profissional

habilitado (engenheiro), aliás, trata-se de mera interpretação da Auditora Fiscal, que assim afirma às fls. 14 do processo;

a própria Auditora reconhece que as atividades da Impugnante não estão relacionadas no rol de atividades vedadas, fazendo interpretação que a própria lei não define textualmente, sob pena de incorrermos em afronta a todos os princípios de segurança jurídica, que no âmbito administrativo, quer seja no judicial;

a impugnante não necessita de qualquer tipo de concurso de profissional habilitado (no caso engenheiro), pois seu serviço é apenas manutenção e instalação de máquinas, desta forma, este é feito depois de indicado o problema ou peça a ser trocada pelo profissional da empresa contratante da impugnante, ou seja, a empresa é que possui o engenheiro ou profissional habilitado que é responsável pela máquina ou procedimento, cabendo a impugnante, apenas manter seus funcionários realizando os serviços contratados;

ao firmar o desenquadramento a partir de 01/01/2002, firmou a SRF o total comprometimento da empresa, que sempre atuou na condição de Simples, desde 1997, com todas as suas programações e valorações, levando em conta este tipo de tributação, inclusive rendimento de seus funcionários, portanto, não podem prevalecer as alegações informadas, para uma eventual exclusão retroativa, em especial por este motivo, levando-se em conta o princípio de responsabilidade e moralidade pública que deve existir entre Estado e contribuintes.

Concluindo, deve ser mantida no Simples, pois não realiza atividades de locação de mão-de-obra, bem como não necessita de exercício de profissional com profissão regulamentada, haja vista que este mister é exercido por contratados ou empregados de seus clientes. Caso não se entenda possível, que tal exclusão se dê apenas no exercício seguinte, ou seja, a partir da competência 01/2005.

Requer, à vista de todo o exposto, sua manutenção na opção Simples e procedência de suas alegações.

Traz aos autos documentos de fls. 35/52.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis (SC), esta indeferiu a solicitação às fls. 69/80, nos termos da seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: Opção pelo Simples. Locação de Mão-de-obra. Cessão de Mão-de-obra. Vedação.

A pessoa jurídica que se dedica à cessão de mão-de-obra (conceito similar ao de locação de mão-de-obra) está impedida de exercer a opção pelo Simples.

EXCLUSÃO. MANUTENÇÃO INDUSTRIAL.

Pessoa jurídica que preste serviços de manutenção industrial está impedida de optar pelo Simples, em virtude desta atividade requerer o emprego de serviço de profissional legalmente habilitado.

Solicitação Indeferida."

Ciente da decisão proferida às fls. 82, o contribuinte apresenta tempestivamente Recurso Voluntário às fls. 83/90, no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta os seguintes:

(i) não tem em seu objeto social p item locação de mão-de-obra ou outra atividade que a impeça de ser optante do Simples;

(ii) fez analogia tal julgamento, onde a lei não prevê, tentando enquadrar o conceito de locação de mão-de-obra, como igual ao de cessão de mão-de-obra, sendo que inexistente previsão legal para tal analogia ou até mesmo interpretação extensiva;

(iii) realiza serviços de manutenção e instalação de máquinas de seus clientes, com seus funcionários e administradores, não havendo qualquer tipo de locação de mão-de-obra, haja vista que tais atos esporádicos, ou seja, realizam-se apenas à medida que os clientes necessitam, jamais tendo a disposição destes os funcionários da Recorrente ou sendo cedidos estes de maneira temporária ou permanente para realização de quaisquer serviços;

(iv) apesar de não ter sido questionado e analisado no julgamento de 1º grau, apesar de haver menção na ementa da decisão, referente a situação de que a Recorrente conta com o serviço de profissional com profissão regulamentada, entende-se que inexistente tal fato;

(v) tal exclusão deveria se operar a partir de no mínimo o ano de 2004, que se trata do ano em que foi procedido o presente desequilíbrio ou, como quer fazer demonstrar o julgador de 1º grau, que considere a situação excludente a partir do ano de 2004, no mínimo, ou mais acertadamente quando da decisão final do presente, que determine definitivamente a exclusão do Simples da Recorrente.

Espera e requer a revogação da decisão de primeira instância e sua permanência na opção do SIMPLES.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 15/08/2007, em um único volume, constando numeração até às fls. 99, 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 nº. 314, de 25/08/99.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, tempestividade e matéria de competência deste 3º Conselho de Contribuintes, conheço do Recurso Voluntário.

Cabe ressaltar que o cerne da questão encontra-se na exclusão de contribuinte, optante em 01/01/1997, em decorrência de Representação Fiscal formalizada pelo INSS (fls. 13).

Assim, a exclusão do contribuinte se deu por meio de Ato Declaratório Executivo (fls. 17), emitido pela Delegacia da Receita Federal em Lages/SC, que trouxe como motivo exercício de atividade econômica vedada para a opção, qual seja, *locação de mão-de-obra para atividades de instalação e manutenção de equipamentos industriais*.

Assim, entendeu a fiscalização como atividades impeditivas: (I) a locação de mão-de-obra e também (II) manutenção elétrica industrial, por caracterizar prestação de serviço profissional de engenharia ou assemelhados e de outras profissões que dependem de habilitação legalmente exigida.

Nota-se que consta da 'Declaração de Firma Mercantil Individual' de fls. 04, como atividades econômicas da Recorrente, à época da exclusão, o seguinte: *manutenção elétrica industrial, conserto de máquinas eletrônicas, comércio varejista de peças e máquinas industriais e automação industrial*.

Pois bem, no tocante ao primeiro ponto, consigne-se que a Recorrente defende-se destacando que não realiza locação de mão-de-obra, mas sim cessão de mão-de-obra, ao ponderar que locação de mão-de-obra é que seria atividade vedada (fls.87).

E, de fato, as Notas Fiscais juntadas aos autos às fls. 05/10 dão conta de que realmente do exercício de cessão de mão-de-obra, posto que nelas constam a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal a ser recolhido à Previdência Social, em função do exercício de cessão de mão-de-obra.

Veja-se que no *site* do Ministério da Previdência Social (www.mpas.gov.br) consta as seguintes orientações¹:

"A Lei nº 9.711 de 20 de novembro de 1998, que passou a vigorar a partir de fevereiro de 1999, introduziu a obrigatoriedade da retenção pela empresa contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, de 11% (onze por cento) sobre o valor total dos serviços contidos na nota fiscal, fatura ou recibo emitido pelo prestador" (g.n.)

Ocorre que, a Lei nº 9.317/96 obsta a opção pelo Simples à pessoa jurídica:

¹ http://www.mpas.gov.br/pg_secundarias/paginas_perfis/perfil_Empregador_02_07.asp

XII – que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;"

Assim, a Lei nº 9.317/96 não se refere à atividade de cessão de mão-de-obra, mas sim de locação de mão-de-obra, o que não é o caso dos autos.

Diante disso, como a atividade exercida pela Recorrente (cessão de mão-de-obra) não se encontra dentre as atividades impeditivas à opção pelo Simples, previstas pela L. nº 9.317, de 05/12/96, não há razão em manter a exclusão por este motivo.

Com referência ao alegado exercício de atividade assemelhada a de engenheiro, decorrente das atividades de manutenção elétrica industrial, consigne-se que não são necessários maiores argumentos para que se conclua que a atividade prestada pelo contribuinte não exige preparação específica ou habilitação legalmente exigida, o que só demonstra que este prestador de serviços não pode ser comparado ao engenheiro ou até mesmo a um técnico, os quais prestam serviços que se encontram listados dentre os que ensejam na vedação à opção.

De outro lado, vedar sua opção ao Simples nos termos do dispositivo em questão, é outorgar à lei ordinária poder hierárquico superior à Constituição Federal, posto que tal interpretação vem de encontro ao disposto no artigo 150, inciso II², e 179³ da Carta Magna.

Com efeito, referidos dispositivos constitucionais prescrevem tratamento diferenciado, tanto para as microempresas, quanto para as empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, restando vedada, pelo texto constitucional, qualquer possibilidade de instituição de desigualdade entre contribuintes de situação equivalente.

Concluo, pois, que a vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, não alcança as microempresas e as empresas de pequeno porte, assim constituídas para exploração de atividade econômica com o fim de circulação de bens e prestação de serviços, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

Por fim, é de se dizer que a vedação se aplica nos casos de prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva e levada a efeito diretamente pelo profissional elencado no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, e seus assemelhados, aí caracterizada a pessoalidade e habilidade profissional na prestação do serviço.

² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

³ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Diante de tais argumentos, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007


MILTON LUIZ BARTOLI - Relator