



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

Processo nº 10660.005428/2007-11
Recurso nº 508.904 Voluntário
Acórdão nº **1802-01.144 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 15 de março de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente JR VICENTE METALÚRGICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO

Nem a Lei nº 9.317/1996, nem a Lei Complementar nº 123/2006, e nem o Decreto nº 70.235/1972 - PAF, estabelecem a possibilidade de exercício do direito de defesa previamente à elaboração do Ato Declaratório de Exclusão, da mesma forma como não há que se falar em direito de defesa antes da lavratura de auto de infração. Os trabalhos de fiscalização (auditoria) tem a natureza de um procedimento investigativo (inquisitório), e o exercício do contraditório e da ampla defesa apenas é diferido para depois de encerrada essa fase, sem qualquer prejuízo para os Contribuintes.

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

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES - SERVIÇOS DE MONTAGEM DE TUBULAÇÃO E TANQUES, E SERVIÇOS DE SERRALHERIA

Súmula CARF nº 57: A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos, bem como os serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento de metais, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no Simples Federal.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES - SERVIÇOS DE MONTAGEM DE TUBULAÇÃO E TANQUES, E SERVIÇOS DE SERRALHERIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 24/06/2004

Autenticado digitalmente em 28/03/2012 por JOSE DE OLIVEIRA FERRAZ CORREA, Assinado digitalmente em 28/03/2012 por JOSE DE OLIVEIRA FERRAZ CORREA, Assinado digitalmente em 29/03/2012 por ESTER MARQUES LINS DE SOUSA

Impresso em 29/03/2012 por ANDREA FERNANDES GARCIA - VERSO EM BRANCO

As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem à prestação de serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais (§ 1º do art. 17 c/c inciso IX do § 5º-B do art. 18, ambos da Lei Complementar 123/2006).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marciel Eder Costa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antonio Nunes Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora/MG, que indeferiu a solicitação da Contribuinte para que fosse mantida tanto no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal), quanto no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

A exclusão destes regimes simplificados operou-se pelos Atos Declaratórios Executivos nº 58 e 59, emitidos pela DRF Varginha/MG em 23/09/2008 (fls. 31/32), com efeitos de 01/06/2004 a 30/06/2007 (período em que ainda vigia o Simples Federal) e de 01/07/2007 em diante (Simples Nacional), respectivamente.

O motivo da exclusão dos dois sistemas simplificados (Simples Federal e Simples Nacional) foi o exercício de atividade econômica vedada: Serviços de montagem industrial e locação de mão de obra.

Instaurada a fase litigiosa, com a manifestação de fls. 36 a 54, a Contribuinte trouxe os seguintes argumentos de defesa, conforme descrito na decisão de primeira instância, Acórdão nº 09-22.281 (fls. 68 a 74):

- *A exclusão é ilegal. Não houve respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Só está tendo oportunidade de se manifestar após a efetivação do ADE, o que o torna ilegal e nulo. Nesse sentido junta decisão judicial, onde foi concedida liminar à empresa impetrante;*
- *Suas atividades não exigem de quem as pratique habilitação profissional. Qualquer indivíduo é capaz de lidar com as máquinas que produzem os artefatos de serralheria e calderaria ou, ainda, de montar peças de serralheria e calderaria;*
- *A Receita Federal, em 1997, à época da apresentação do Termo de Opção, não verificou qualquer vedação ou empecilho ao seu enquadramento no Simples. Impraticável, depois de quase 10 anos, ser excluída a título de exercer atividade vedada;*
- *Não é aceitável interpretação extensiva do artigo 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/1996. Reporta-se a outras decisões judiciais;*
- *É absurdo o entendimento que suas atividades devam ser desempenhadas por engenheiros mecânicos. Traz entendimento expresso no site da USP sobre as funções de engenheiro industrial mecânico e decisões judiciais. Portanto, a prestação de serviços de montagens não exige que o prestador seja profissional habilitado ou engenheiro. Traz matéria publicada no site “Consultor Jurídico”;*

- *Sua atividade preponderante não está relacionada com a engenharia. Se assim não fosse, estaria obrigatoriamente enquadrada no Sindicato dos Engenheiros;*
- *A citada cessão de mão-de-obra, demonstrada por meio das notas fiscais juntadas ao processo, não resta comprovada. Referidas notas não são aptas para comprovação de tal atividade, porque não demonstram a continuidade dos serviços. Os serviços em questão são efetuados somente para montagem dos equipamentos. Ausentes as provas da citada cessão de mão-de-obra devem ser julgados nulos os atos declaratórios;*
- *A revisão da exclusão possui, inclusive, motivo de ordem social. Cabendo recordar que os princípios da Constituição Federal de 1988 têm cunho, sobretudo, social e devem ser respeitados;*
- *É um equívoco utilizar como fundamento o art. 15, inciso II, da Lei 9.317/1996 para definir a data de início dos efeitos da exclusão. Esse dispositivo legal foi alterado pelo art. 33 da Lei 11.196/2005. Assim, em virtude da revogação do que determinava o art. 15, inciso II, a pretensão de que os efeitos da exclusão se dêem a partir de 01/01/2002 passou a ser abusiva, visto não possuir mais amparo legal. Note-se que a atual redação não mais faz referência aos efeitos da exclusão no caso do inciso XIII, do artigo 9º da Lei 9.317/1996. A revogação do art. 15, inciso II, ocorreu em 14/10/2005;*
- *A pretensão de retroação dos efeitos da exclusão é ilegal por ferir os princípios que regem o direito tributário (anterioridade e segurança jurídica). Os efeitos só poderiam iniciar a partir do próximo exercício.*

Requer que as intimações sejam encaminhadas ao procurador da empresa.

Como já mencionado, a DRJ Juiz de Fora/MG indeferiu a solicitação da Contribuinte, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 01/07/2007

OPÇÃO. VEDAÇÃO. SIMPLES NACIONAL.

Não pode optar pelo Simples Nacional a pessoa jurídica que incidir em vedação expressa em lei.

EFEITOS. EXCLUSÃO.

Verificada vedação à opção quando do ingresso no Simples Nacional, a exclusão de ofício produzirá efeitos a partir da data dos efeitos da opção realizada.

Processo nº 10660.005428/2007-11
Acórdão n.º **1802-01.144**

S1-TE02
Fl. 151

Solicitação Indeferida

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 07/04/2009, a Contribuinte apresentou em 05/05/2009 o recurso voluntário de fls. 79 a 99, onde reitera os mesmos argumentos de sua impugnação, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a matéria em litígio diz respeito à possibilidade ou não de a Contribuinte estar enquadrada nos regimes de tributação simplificada (Simples Federal e Simples Nacional).

O motivo da exclusão dos dois sistemas simplificados (Simples Federal e Simples Nacional) foi o exercício de atividade econômica vedada: serviços de montagem industrial e locação de mão de obra.

A Delegacia de Julgamento, ao examinar os autos, fez as seguintes considerações:

As notas fiscais emitidas pela empresa e juntadas ao processo, às fls. 16/24, comprovam que a empresa exerceu atividades de “prestação de serviços de montagens para terceiros, de peças de serralheria e calderaria”, como definido em seu contrato social de fls. 09/15, registrado na JUCEMG em 16/11/2004. Comprovam também a prestação de serviços por homem/hora.

(...) é certo que a atividade de montagem exercida pela empresa se enquadra como atividade intelectual, de natureza técnica, que constitua profissão regulamentada ou não.

No que tange à cessão de mão-de-obra, seu conceito não tem utilização corrente no direito do trabalho, assim também no direito civil, sendo comum, todavia, sua utilização na área de atuação da previdência e assistência social. Encontra-se definido no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, conforme segue:

(...)

As notas fiscais de fls. 19/22 não são suficientes para caracterizar cessão de mão-de-obra. Isso porque, embora a discriminação da atividade praticada seja “prestação de serviços por homem hora”, como explicitado pela contribuinte, em sua defesa, sua atividade contempla especificamente a montagem de equipamentos, ou seja: pode estar ocorrendo a contratação de um produto final; não o fornecimento exclusivo de mão-de-obra.

Para evidenciar que ocorreu cessão de mão-de-obra seria necessário um melhor detalhamento das contratações realizadas.

Cumpra esclarecer que basta a realização de uma determinada atividade vedada para validar a exclusão do Simples Nacional.

Portanto, comprovado o exercício de atividade vedada - atividade intelectual, de natureza técnica, que constitua profissão regulamentada ou não - deve persistir a exclusão realizada.

Vê-se que o óbice pela atividade de cessão de mão de obra restou afastado em primeira instância, eis que o exercício desta atividade não foi efetivamente comprovado.

Portanto, quanto ao mérito, a controvérsia subsistiu apenas em relação ao exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, que constitua profissão regulamentada ou não.

Antes porém de enfrentar esta questão, é preciso registrar que a Contribuinte renovou no recurso voluntário os seus argumentos sobre a nulidade dos atos de exclusão, alegando inobservância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Quanto a esse aspecto, cabe destacar que nem a Lei nº 9.317/1996 (Simples Federal), nem a Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional), e nem o Decreto nº 70.235/1972 – PAF (arts. 14 e 15), estabelecem a possibilidade de exercício do direito de defesa previamente à elaboração do Ato Declaratório de Exclusão, da mesma forma como não há que se falar em direito de defesa antes da lavratura do auto de infração.

Com efeito, o art. 14 do Decreto 70.235/1972 menciona expressamente que “a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”, e a impugnação é sempre apresentada depois da ciência do auto de infração, assim como as manifestações de inconformidade são apresentadas após a ciência dos atos cujas consequências buscam reverter.

Aliás, o art. 15 do Decreto 70.235/1972 é bastante claro a esse respeito:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Isto não quer dizer, contudo, que a legislação que regula o PAF não preveja o contraditório ou a possibilidade do direito de defesa, mas apenas que o exercício destes direitos é diferido para um determinado momento, eis que os trabalhos de fiscalização (auditoria) tem a natureza de um procedimento investigativo (inquisitório).

No próprio caso concreto, observa-se que após a ciência dos atos de exclusão, a Contribuinte, justamente no exercício do contraditório e da ampla defesa, apresentou todas as suas razões e argumentos, que ora estão sendo examinados em uma segunda instância administrativa.

A preliminar, portanto, deve ser rejeitada.

Retomando a análise do mérito, cabe transcrever os comandos contidos tanto na lei do Simples Federal quanto do Simples Nacional, que motivaram a manutenção dos atos declaratórios de exclusão:

Lei nº 9.317/1996

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

Lei Complementar nº 123/2006

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

(...)

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

Apesar das diferentes redações (que se justifica pela utilização de diferentes técnicas legislativas), os dispositivos acima são muito semelhantes nos seus efeitos, porque visam excluir do Simples as atividades intelectuais, de natureza de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não.

A Representação Administrativa de fls. 01/02, que ensejou a lavratura dos questionados Atos de Exclusão, evidencia que as atividades realizadas pela Contribuinte foram consideradas como atividade técnica, na área de engenharia, e também como locação de mão de obra (questão que já foi superada na primeira instância):

3. A empresa encontra-se em atividade desde 17/05/1993. De acordo com o contrato social de constituição da sociedade (cláusula 2ª) e 3ª alteração contratual (cláusula 3ª), a empresa tem como objeto social a “fabricação de artefatos de serralheria e calderaria e prestação de serviços de montagens para terceiros, de peças de serralheria e caldeiraria.”

(...)

6. A empresa prestou serviços de montagem industrial a diversas indústrias que, por sua própria natureza, decorre do exercício de atividade técnica, na área de engenharia, o que a impede de ser optante pelo Simples. Da mesma forma, a empresa também

emitiu diversas notas fiscais de “prestação de serviço por homem-hora”, o que demonstra tratar-se de locação de mão-de-obra, que também é atividade vedada à opção pelo Simples.

Mas os documentos que foram juntados aos autos atestam a prestação de serviços de montagem de tubulação e de tanques (fls. 16 a 18), e também a prestação de serviços de serralheria (fls. 123 a 143), que, por si só, não representam óbice ao enquadramento no Simples, seja no Simples Federal ou no Simples Nacional.

Após muitos julgamentos envolvendo questões semelhantes sobre a atividade de engenheiro e a possibilidade de enquadramento no Simples, o CARF editou a Súmula nº 57:

Súmula CARF nº 57: A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos, bem como os serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento de metais, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES Federal.

Para o Simples Nacional, a própria Lei Complementar 123/2006 trouxe em seu conteúdo disposição expressa nesse mesmo sentido:

Lei Complementar nº 123/2006

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

(...)

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

(...)

§ 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 referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

(...)

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

(...)

§ 5º-B Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:

(...)

IX - serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais;

Não há nada nos autos revelando que as operações de instalação/montagem e os serviços de serralheria sejam realizados em uma condição especial ou sobre um objeto específico, que exija a execução de trabalho técnico-intelectual, seja na área de engenharia ou de qualquer outra.

Não há dúvidas de que a realização de tais serviços exigem uma técnica, e que eles, portanto, podem ser considerados como serviços de natureza técnica num sentido amplo, mas não para fins de vedação ao Simples, como estão a indicar os próprios dispositivos legais acima transcritos.

Deste modo, não há como manter os questionados ADE - Atos Declaratórios Executivos nº 58 e 59, emitidos pela DRF Varginha/MG em 23/09/2008 (fls. 31/32).

Finalmente, cabe apenas esclarecer que nos termos do art 23, II e § 4º, do Decreto nº 70.235/1972 – PAF, as comunicações por via postal devem ser enviadas para o domicílio tributário do sujeito passivo, assim considerado o endereço postal por ele fornecido à administração tributária para fins cadastrais, e não para o endereço de seus procuradores.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade, e, no mérito, dou provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa