



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

Processo nº 10805.000792/2006-12
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.679 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de agosto de 2011
Matéria IMPUGNACAO EXCLUSAO - IMPOSTO SIMPLES
Recorrente USIMANSER USIN E MANUT E SERVS INDS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2002

SIMPLES - A atividade industrial não se confunde com a atividade intelectual do Engenheiro. A empresa que se dedica a atividade de usinagem e industrialização de peças, não está vedada à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, à luz da Súmula 57 do CARF.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

USIMANSER USIN E MANUT E SERVS INDS LTDA, já qualificada nos autos, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF), recorre da decisão de primeira instância, que julgou improcedente seu pleito.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

Cuida-se de manifestação de inconformidade dirigida contra decisão da DRF de origem que negou acolhimento à Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples - SRS antes formalizada (fl. 340). Desta última decisão teve dela ciência o Contribuinte em 11/04/2006 (fl. 339). Protocolada dita insurgência em 05/05/2006 (fls. 01/05), os autos foram recebidos nesta DRJ em Campinas/SP em 11/05/2006 (conforme protocolo de capa).

Argúi o Contribuinte:

a) Ainda que desempenhasse atividade possivelmente vedada no âmbito do Simples Federal, assim se daria em proporção ínfima com relação às demais atividades não vedadas (indústria e comércio).

b) Julgados judiciais dariam suporte à sua inteligência.

Em tempo, o Ato Declaratório Executivo (ADE) que excluía o Contribuinte do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002, consigna a data de 10/07/2000 como a de ocorrência do evento impeditivo, e foi sumariamente motivado nos termos seguintes: “atividade econômica vedada: 2929-7/02 Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral” (fls. 337).

A decisão recorrida está assim ementada:

CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES. O exercício de atividade que pressupõe o domínio de conhecimento técnico-científico próprio de profissional da engenharia é circunstância que impede o ingresso ou a permanência no Simples.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS. A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

Solicitação Indeferida

No voto condutor do acórdão de primeira instância extrai-se os seguintes fundamentos:

(...)

Exatamente sobre o ponto impediante (prestação de serviços de usinagem e manutenção), diga-se que: (1) o objeto social constante dos atos constitutivos do

Contribuinte (fls. 06/14) o confirma; (2) as cópias de notas fiscais de serviços juntadas aos autos (fls. 108/133, 211/226, 313/333), idem.

Vai daí que, a partir dessas premissas, não é possível dizer, peremptoriamente, que o Contribuinte, ao exercer sua atividade, prescinde de conhecimento técnico-científico próprio de profissional de engenharia (Lei nº 9.317/96, art. 9º, inciso XIII), isto para o desempenho do(s) serviço(s) retro mencionado(s).

(...)

No que interessa, a Resolução nº 218, de 29 de junho de 1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que discrimina atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia, bem como, a título exemplar, alguns excertos de decisões plenárias daquele órgão de classe (disponíveis no sítio <http://www.confea.org.br/normativos/>) a respeito da atividade de usinagem:

(...)

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 2/09/2009, fls.360 e seguintes, aduzindo que:

(...)

Com todo o respeito ao entendimento exposto, a Empresa Recorrente não pode se conformar com a Decisão, (i) por contrariar norma expressa sobrevinda no artigo 18, § 5º-B, IX, da Lei Complementar nº 123/2006; (ii) por alargar abrangência da norma tributária; (iii) por interpretar erroneamente conceitos (natureza técnica dos serviços) que sequer deveriam ser interpretados pelo julgador e; (iv) por afrontar direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstas e asseguradas aos contribuintes.

(...)

A partir de 23/12/2008, o artigo 18, § 5º-B, IX, da Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dentre outras providências, passou a vigorar com nova redação, dada pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008 (...)

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; (g.n.)

Como se verifica, de forma clara e indubitável, a Lei Complementar nº 128/2008 colocou ponto final e pacífico a qualquer discussão, arrolando expressamente dentro das hipóteses de opção ao SIMPLES, as atividades exercidas pela Empresa Recorrente.

(...)

Assim, as normas introduzidas pela Lei Complementar nº 128/2008 devem ser aplicadas com eficácia retroativa A Empresa, com efeitos ex tunc, para que seja revogado o ato de exclusão do SIMPLES, com suporte no artigo 106, II, "b", do Código Tributário Nacional e nos incisos XXXVI e XL, ambos do artigo 5º. da Constituição Federal.

3.2. Norma tributária de vedação — Exceção — Interpretação Restritiva

A Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento privilegiado As microempresas e empresas de pequeno porte, ao dispor em seu artigo 179:

Assim, de ser aplicado in casu a norma do artigo 106, II, "b", do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

(...)

Em segundo lugar, as atividades "serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais" foram expressamente admitidas no regime do SIMPLES, conforme definido na Lei Complementar nº 128/2008.

Assim, se tais atividades fossem restritas ao conhecimento do profissional habilitado (engenheiro), como quer fazer crer a R. Decisão ora recorrida, a atual redação do artigo 18, § 5º-B, IX, da Lei Complementar nº 123/2006 estaria em evidente conflito As normas veiculadas pelo artigo 90, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Em verdade, não há conflito de leis (o que nem poderia se admitir no ordenamento jurídico brasileiro, pois vige a supremacia do sistema harmônico de normas), pois as atividades descritas no artigo 18, § 5º-B, IX, da Lei Complementar nº 123/2006 não se equiparam e nem são inerentes ou exclusivas ao conhecimento de profissional técnico arrolado pelo artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

E, ainda que assim se admitisse, por hipótese, deveriam prevalecer as normas da Lei Complementar nº 128/2008, pois é hierarquicamente superior (hierarquia vertical de leis) As da Lei nº 9.317/1996.

Por qualquer Angulo que se analise a questão, verifica-se o desacerto em excluir a Recorrente do regime tributário do SIMPLES. Por tais razões, forçoso, pois, reconhecimento da nulidade do ato que a excluiu do SIMPLES.

3.3. Conceitos erroneamente interpretados

Mister se faz diferenciar os conceitos imbuídos nas acepções vocabulares hermenêutica e interpretação das normas jurídicas. Com efeito, a interpretação é a tarefa desenvolvida pelos estudiosos, mirando alcançar o exato sentido da norma, perquirindo, inclusive, a mens legislatoris e outros dados que sirvam A correta subsunção do fato A regra.

3.4. Ofensa à Lei nº 9.317/96 e ofensa aos Princípios da Segurança Jurídica e da Legalidade

Conforme é sabido, a instituição do SIMPLES se deu através da Lei Ordinária 9.317/96, a qual prevê taxativamente as atividades que não deverão ser compreendidas no SIMPLES, especialmente o previsto no artigo 9º, XII:

(...)

De igual modo, a exclusão do SIMPLES levada a cabo pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SAE nº 568.526, de 02 de agosto de 2004, ofende o Princípio da Legalidade, princípio este que representa valiosa garantia ao contribuinte, e constitui forma de limitação ao poder de tributar, previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional e consagrado no artigo 150 da Constituição Federal:

3.5. Efeitos da Exclusão — Norma Tributária no tempo

Pelos argumentos acima, tem-se por óbvio que a Recorrente deve ser mantida no SIMPLES. Entretanto, hipoteticamente e apenas a título de argumentação, caso

assim permaneça, os efeitos da exclusão não podem retroagir à intimação do Ato Declaratório Executivo DRF/SAE nº 568.526, de 02 de agosto de 2004, o qual define ilegalmente em seu artigo 1º, que a exclusão do SIMPLES surtirá efeitos a partir de 01/01/02.

Esta pretensa exclusão com efeitos retroativos se afigura inconstitucional, já que a Secretaria da Receita Federal anuiu com a inclusão da Recorrente no SIMPLES A época de sua inscrição desde 01/01/97, manifestando-se, pois, Aquela época, favoravelmente ao enquadramento.

Aquela Decisão, não se pode olvidar, surtiu seus regulares efeitos no decorrer do tempo.

A pretensão do Fisco, portanto, em retroagir a exclusão, não pode ser aceite, sob pena de flagrante afronta ao princípio constitucional da irretroatividade da norma jurídica tributária.

IV — CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pede seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando-se a Decisão Administrativa ora Recorrida, ratificando e reiterando todos os termos de sua defesa e posteriores manifestações, pugnando pelo conseqüente cancelamento e anulação do Ato Declaratório Executivo DRF/SAE nº 568.526, de 02 de agosto de 2004, para que a Recorrente se mantenha no regime tributário de apuração SIMPLES, ou, alternativamente, não seja aplicado a tal O ato qualquer efeito retroativo, por todas as razões já demonstradas nos autos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33, do Decreto nº. 70.235 de 06/03/1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado e preenche os requisitos de admissibilidade. Assim, conheço-o e passo ao exame da matéria.

Em litígio a exclusão do contribuinte da sistemática do Simples, no ano de 2002, pelo exercício de atividade vedada, qual seja: “prestação de serviços de usinagem e manutenção”, conforme Contrato Social e notas fiscais de serviços.

A contribuinte reconhece o exercício da atividade de usinagem de peças, em menor escala, sendo que no recurso voluntário articula uma série de alegações contestando a exclusão.

Aduz, de início, que a usinagem de peças não seria uma atividade vedada ao Simples, o que foi reconhecido na Legislação do Simples Nacional (artigo 18, § 5º-B, IX, da Lei Complementar nº 123/2006), que deve ser aplicada retroativamente.

O enquadramento no Simples das empresas que exercem a atividade de usinagem já foi objeto de julgamento neste Conselho. Cite-se, o acórdão 301-32116, de 13/09/2005, que traz a seguinte ementa:

SIMPLES - A atividade industrial não se confunde com a atividade intelectual do Engenheiro. A empresa que se dedica às atividades de usinagem de tanques e industrialização de peças, não está vedada à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

RECURSO PROVIDO

No voto condutor do aludido acórdão, da lavra do ilustre conselheiro Luis Roberto Domingo, destacam-se os seguintes fundamentos:

(...)

A Recorrente em sua peça recursal, dispôs que para o exercício das suas atividades não necessita de serviços ou atividades de engenheiro, ou de qualquer atividade da qual fosse necessária habilitação legal.

Nesse passo é correta a interpretação da recorrente.

O princípio da verdade material que está inserido no arcabouço da atividade administrativa em geral, também é um princípio que orienta o processo administrativo fiscal, pois a apreciação dos argumentos e fundamentos de fato —

contraditados no processo administrativo —devem ser dirimidos por elementos também de fato, a fim de evitar injustiças.

Esse foi o princípio que levou a Fazenda a acolher para o SIMPLES aqueles que, apesar de não terem formalizado a opção, passaram a recolher mensalmente os tributos devidos por esse sistema. Também com base nesse princípio é que este Conselho vem afastando • as exclusões efetivadas contra contribuintes sob o pretexto de terem "pendências" perante a PGFN ou o INSS.

A doutrina corrobora com essa aplicação do direito que ressalta a exatidão dos fatos para aplicação da norma. Alberto Xavier explica que "a instrução do procedimento tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto com os corolários da livre apreciação das provas e da admissibilidade de todos os meios de prova. Daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitem formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário" Portanto, é a real atividade exercida pela Recorrente que lhe impinge os efeitos dela decorrentes, seja para inclusão no sistema, seja para sua vedação.

Esse foi o princípio que levou a Fazenda a acolher para o SIMPLES aqueles que, apesar de não terem formalizado a opção, passaram a recolher mensalmente os tributos devidos por esse sistema. Também com base nesse princípio é que este Conselho vem afastando • as exclusões efetivadas contra contribuintes sob o pretexto de terem "pendências" perante a PGFN ou o INSS.

A doutrina corrobora com essa aplicação do direito que ressalta a exatidão dos fatos para aplicação da norma. Alberto Xavier explica que "a instrução do procedimento tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto com os corolários da livre apreciação das provas e da admissibilidade de todos os meios de prova. Daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitem formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário".

Portanto, é a real atividade exercida pela Recorrente que lhe impinge os efeitos dela decorrentes, seja para inclusão no sistema, seja para sua vedação.

Desta forma, no presente feito, questionou-se qual seria a atividade que verdadeiramente é exercida pela Recorrente e a diligência veio a comprovar a atividade industrial.

Das provas trazidas aos autos, o que se demonstra é que a Recorrente tem atividade industrial de peças como coroa e pinhão e de serviços de montagem de tanques.

Ressalte-se que os objetos confeccionados foram projetados e calculados por terceiros, prescindindo a atividade de engenheiro.

A Lei nº 9.317/96 que dispõe sobre o SIMPLES, traz em seu inciso XIII, do art. 9º, as hipóteses em que são vedadas a opção da pessoa jurídica para a sua inclusão em tal Sistema, que são:

"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;"

Depreende-se do texto legal acima transcrito, que a Recorrente não se enquadra em nenhuma daquelas hipóteses, haja vista a sua atividade ser a de indústria de transformação, ou seja, atividades que envolvem a transformação física, química ou biológica de materiais e componentes com a finalidade de se obterem produtos novos, conforme se verifica nas notas explicativas do CNAE.

A indústria de transformação, não precisa necessariamente de serviços de • engenheiro ou de profissional legalmente habilitado, eis que as atividades da indústria de transformação são, freqüentemente, desenvolvidas em fábricas, por energia motriz e equipamentos de uso manual. É também considerada como atividade industrial manual ou artesanal, inclusive quando desenvolvida em domicílios, assim como a produção vendida diretamente onde é produzida.

Como se vê, para o exercício dessa atividade não é necessária prestação de serviços profissionais de engenheiro ou de profissional legalmente habilitado. Tal atividade se caracteriza por ser desempenhada de uma forma mais simples, que não exige habilitação legal para a sua execução.

Note-se que a prestação de serviços de atividade profissional de engenharia é a atividade intelectual que se obtém pelo trato dos conhecimentos científicos de engenharia e não a atividade de indústria que envolve atividade de transformação. É a mão do homem que muda a natureza das coisas segundo o que fora idealizado pelo intelecto.

A industrialização é a atividade física impressa pelo homem e, o produto industrializado, é o resultado, como já tive oportunidade analisar:

"Mas o que é um produto industrializado?"

O vocábulo produto, genericamente, denota toda utilidade produzida, seja natural, as retiradas da natureza (do solo e subsolo) como as fabricadas a partir delas. Daí a diferença entre produtos naturais, quando providos ou produzidos pela natureza (in natura) e os industriais, quando resultantes da ação ou trabalho do homem. A manufatura, elaboração por meio das mãos (do latim manufatura — feito à mão), é o marco inicial da indústria. É pela mão do homem que a natureza é transformada em utilidade.

Produto industrializado é o resultado de qualquer atividade empregada sobre a matéria dando-lhe uma utilidade. Tal atividade é, direta ou indiretamente, realizada pelo homem que transforma ou modifica qualidade, função, utilização destinação de um objeto.

A grande questão que envolve a concepção jurídica de produto é a definição do momento em que ele passa a ser assim considerado industrializado. É fato que os produtos retirados da natureza na- o são o industrializados pois elaborados pela natureza. Assim, arrancada a árvore, está ainda é um produto da natureza. Mas se retirados os ganhos e preservado o tronco principal já poderíamos dizê-lo produto de indústria; a tora seria o resultado da intervenção do homem; da atividade do homem? Creio que ainda não. Será necessária a designação de utilidade. Produto de indústria deve conter duas características básicas a transformação pelo trabalho humano e a utilidade.

Nesse ponto o art. 40 do Regulamento do IPI é pródigo em abordar todas as formas de obtenção de um produto, desde a transformação até a simples mudança de aparência ou embalagem.

Com efeito, a atividade de indústria não se confunde com a atividade de profissão regulamentada, motivo pelo qual entendo que a Recorrente não se enquadra nas hipóteses impeditivas de inclusão no SIMPLES.

(grifei).

Os fundamentos acima transcritos amoldam-se à situação versada no presente processo, pelo que peço vênha para adotá-los aqui como razões de decidir.

Por fim, cite-se o teor da Súmula 57 do CARF:

*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. (grifei).*

ISSO POSTO, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário e cancelar o ato declaratório de exclusão da recorrente da sistemática do Simples.

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva