



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10830.004630/2004-76
Recurso nº 138.698 - Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.570
Sessão de 13 de agosto de 2008
Recorrente JOSITEC MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA - ME
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

ANO-CALENDÁRIO: 2002

PROCESSO FISCAL. PRAZOS. PEREMPÇÃO.

Recurso apresentado fora do prazo acarreta em preclusão, impedindo o julgador de conhecer as razões da defesa. Perempto o recurso, não há como serem analisadas as questões envolvidas no processo (artigo 33, do Decreto 70.235, de 06 de março de 1.972).

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do 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, Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de Solicitação de Revisão da Exclusão – SRS (fl. 01) à Opção pelo SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte), face ao Ato Declaratório Executivo – ADE nº 565.011, de 02/08/2004, com efeitos da exclusão a partir de 01/01/2002 (fl. 2), fundamentado em exercício de atividade econômica vedada, qual seja, “*instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral*”.

Alega o contribuinte em sua Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS, ser o ADE improcedente por ferir os princípios da igualdade e da capacidade contributiva que prevêm a garantia da não exclusão da Pessoa Jurídica em razão da atividade, mas sim em razão de seu faturamento.

Assim, entende que o ADE é inconsistente por ferir a lei nº 9.841, que instituiu o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, nos termos dos artigos 170 e 179 da CF.

Alega ainda, que a data da exclusão afronta a Instrução Normativa nº 355, a qual impõe que “A exclusão dar-se-á por ofício no mês subsequente à data de comunicação”.

Anexa aos autos cópia dos documentos de fls. 2/5, quais sejam: ADE (fl. 2); Cédula de identidade e CPF/MF de um dos sócios (fl. 3) e Alteração Contratual (fl. 4/5).

O presente foi encaminhado para o Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário – SECAT (fl. 20), o qual deixou de analisar a SRS por se tratar de matéria de direito, sob o argumento que a análise é de competência da Delegacia da Receita Federal de Julgamento – DRJ.

Desta forma, os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas (fls. 22/28), esta indeferiu a SRS, nos termos da seguinte ementa (fls.21):

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

Ano-calendário: 2002

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.

EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE.

A exclusão do Simples pode operar efeitos retroativos à data da situação impeditiva.

LEGALIDADE. Cumpra à Administração aplicar a Lei de ofício, sem desbordar para críticas sobre sua constitucionalidade.

Solicitação Indeferida."

O contribuinte foi cientificado em 19/04/2007 da decisão proferida (AR fl. 33) e apresentou **intempestivamente**, em 22/05/2007, seu Recurso Voluntário (fls. 35/62), no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta os seguintes:

Cientificado da decisão administrativa que indeferiu o SRS em 20/04/2007;

A realidade fática da empresa não configura óbice para o gozo dos benefícios previstos na Lei nº 9.317/96, sendo o ADE nulo por falta de motivação e por inobservância do princípio da verdade real;

A empresa é do ramo de serralheria, cujas atividades consistem na fabricação de grades, portões, escadas industriais, suportes e plataformas para máquinas, entre outras, todas realizadas por seus funcionários;

A empresa também realiza atividade secundária de instalação e montagem dos seus produtos;

Desde 01/01/97 a empresa vem recolhendo seus tributos na forma do Simples, uma vez que se enquadra no conceito de micro-empresa previsto no artigo 2º, inciso I, da respectiva norma;

O acórdão recorrido, muito embora admita a possibilidade de prova em contrário para efetiva demonstração da realidade fática da empresa, se restringindo à verdade documental constante do seu contrato social e CNAE Fiscal, cujo objeto, até a correção, com a penúltima alteração, consistia em atividades cuja prática, em tese, poderia vedar o ingresso no Simples;

Dispensa-se o arrolamento de bens previsto no Decreto nº 70.235/72, artigo 33, parágrafo 2º, considerando que tal exigência foi considerada inconstitucional pelo STF;

A exclusão do Simples foi realizada sem observância ao Princípio da Motivação, considerando que a autoridade administrativa pautou-se estritamente pela verdade documental, isto é, pelas disposições contidas nos atos de constituição das atividades econômicas principal e secundária, antes da última alteração contratual, as quais absolutamente não condizem com a realidade de seus serviços preponderantes;

Inicialmente o contrato social dispunha que as atividades da empresa consistiam na reparação e manutenção de máquinas, todavia sua realidade fática foi sempre muito mais abrangente, tanto é que em 27/07/2006 foi realizada Alteração Contratual, retificando o objeto social da empresa para constar: "Industrialização e comercialização de peças para máquinas e equipamentos para a indústria alimentar;

peças para outras máquinas e equipamentos de uso geral; fabricação de estruturas metálicas para cobertura de galpões e preditos industriais e comerciais, com aplicação de mão-de-obra”;

A empresa conta com um corpo de mais de 15 funcionários, em um galpão de 300 m2, com diversas máquinas e equipamentos. Desta forma, por gozar de tanto maquinário (máquinas de soldar, furadeiras, empilhadeiras, serra-fita, policorte), em um galpão extenso, resta comprovado que a empresa não exercia exclusivamente as atividades de instalação e montagem;

A empresa FABRICA produtos segundo ordem e projetos de terceiros (clientes), instalando-os adequadamente;

A matéria-prima pela empresa utilizada é fornecida por aqueles que a contratam, sendo sua função, transformá-las no produto final;

As atividades preponderantes da empresa consistem em soldar, cortar e dar forma aos equipamentos, configurando-a uma serralheria;

Transcreve e anexa ao processo, a discriminação dos serviços constantes de algumas faturas emitidas pela empresa, comprovando tratar-se de empresa de verdadeira serralheria de porte industrial;

Transcreve ementa de decisão do Conselho de Contribuintes, que entende não ser vedada ao Simples a atividade de comércio de esquadrias de madeira, que inclua sua eventual instalação;

Os autos devem ir à repartição fiscal, antes de excluir a empresa do Simples e indeferir sua SRS, cabendo diligenciar até a sede da referida empresa a fim de aferir a realidade econômica desta, sob pena de punir o contribuinte de forma indevida e injustificada;

A decisão administrativa de fl. 25 admite que para fins de permanência do contribuinte no Simples, não basta apenas a análise do texto designativo de seu objeto social;

A premissa da qual se fundam os atos administrativos, isto é, de que o contribuinte se trata de empresa de instalação e montagem carece da necessária correspondência aos fatos;

Assim sendo, é lícito afirmar que está ausente a motivação, requisito indispensável à legitimação dos atos administrativos em geral;

Nos termos do acórdão recorrido, em se tratando de benefício fiscal, não há espaço para dúvida e, na presença desta, deveria a autoridade competente determinar a realização de diligência, a fim de verificar a real situação da empresa (transcreve decisões do Conselho do Contribuinte se manifestando sobre a impossibilidade de exclusão de empresa do Simples em mera interpretação do contrato social);

O processo administrativo é nulo se ausente qualquer ato de constatação física da atividade da empresa;

O ato de exclusão da empresa ao Simples é absolutamente nulo tendo em vista a falta de observação de seus aspectos pessoais (artigo 145,

parágrafo 1º, CF e artigo 142 do CTN), em prejuízo da verdade material;

A regra no âmbito administrativo é a verdade material, devendo a administração tomar suas decisões com base nos fatos, tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão aparente, oferecida em documentos, existente no processo civil;

A verdadeira atividade econômica da empresa que deve ser levada em consideração no momento da aplicação da norma tributária, e não a descrição dos serviços constantes no contrato social;

O contribuinte pede pela manutenção de sua inclusão no Simples, uma vez que a atividade de serralheria por ele exercida não configura qualquer hipótese de vedação contida no artigo 9º, Lei nº 9.137/96;

Transcreve ementas das Delegacias da Receita Federal de distintas Regiões fiscais, a fim de corroborar com seus argumentos (fls. 56/58);

O contribuinte não se enquadra em nenhum serviço profissional previsto no artigo 9º, XIII da Lei nº 9.317/96, pois as eventuais instalações e montagens realizadas são de estrutura metálica por ele produzidas, e não de equipamento elétricos, eletrônicos ou mecânicos que exigem habilitação de profissional;

A atividade da empresa consiste em instalar as estruturas metálicas de fabricação própria, desta forma a Resolução 218 de 29/06/73 não deve ser aplicada no presente caso, pois a correta interpretação desta norma é de que somente a instalação de equipamento elétrico, eletrônico ou mecânico, que exija conhecimento técnico, seja feita por pessoa legalmente habilitada;

A Lei Complementar nº 123/2006 em seu artigo 17, parágrafo 1º, incisos IX, X e XI, não veda a opção pelo Simples empresas cuja atividade preponderante seja a instalação e montagem atividades consiste em instalar as estruturas metálicas de fabricação própria, assim sendo há que se reconhecer que desde a publicação da referida lei, a empresa faz jus à permanência no Simples.

Requer a procedência do recurso a fim de reconhecer a nulidade do ato de exclusão do contribuinte do Simples pela falta de motivação, bem como pelo princípio da verdade material.

Outrossim, requer o reconhecimento do erro na tipificação legal contida no ADE, sendo impossível o enquadramento da empresa na vedação prevista no artigo 9º, XIII da Lei nº 9.137/96.

Alternativamente, requer a baixa dos autos em diligência para constatação física das fotos juntadas, para reconhecimento do contribuinte como empresa de serralheria de porte industrial;

Por fim, requer a concessão do prazo de 15 dias para a juntada aos autos do instrumento de mandato.

Anexa aos autos os documentos de fls.63/76, dentre estes: Cadastro da Pessoa Jurídica (fl. 63); notas fiscais (fls. 67/70); fotos do estabelecimento (fls. 71/76); procuração (fl. 80) e contrato social (fls. 81/85).

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 18/06/2008, em um único volume, constando numeração até à fl. 85, penúltima.

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

Dou início à análise dos autos, tendo em vista tratar-se de matéria de competência deste Eg. Terceiro Conselho de Contribuintes.

Inicialmente, cabe ao Relator observar se foram cumpridos pela Recorrente os requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário, sem os quais, impossível a apreciação do mérito.

De pronto, esclareça-se que o art. 35¹ do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972 – PAF determina a remessa do Recurso Voluntário à Segunda Instância, ainda que o mesmo seja perempto, para que se julgue a perempção.

E, no que concerne ao prazo de interposição do Recurso Voluntário, como se verifica do Aviso de Recebimento juntado aos autos à fl. 33, a Recorrente fora intimada da decisão singular em 19/04/2007 (no endereço constante à fl. 11), tendo, a partir desta data, o prazo fatal de 30 dias para apresentação do Recurso Voluntário, na forma do Decreto nº 70.235/72, que dispõe:

“Art. 33 – Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à ciência da decisão.”

Em observância ao artigo supracitado e aplicando-se a regra para contagem dos prazos estabelecida no artigo 5º c/c parágrafo único² do mesmo Decreto, verifica-se que o prazo fatal para a apresentação do recurso fora dia 19/05/2007, sendo que este incidiu em um sábado, portanto, o primeiro dia útil para apresentação do referido recurso seria no dia 21/05/2007. Contudo, o contribuinte se manifestou somente em 24/05/2007, conforme protocolo constante à fl. 35.

Outrossim, mesmo considerando-se a data da aposta no envelope de fls. 34 (22/05/07), ainda assim, perempto o recurso.

Note-se, inclusive, que a intimação para ciência do acórdão DRJ se deu em endereço constante às fls. 11, o qual também consta da procuração de fls. 80, juntada aos autos para fins de regularização da representação processual, segundo a petição de fls. 79, o que se deu como último ato até então e após a apresentação do Recurso Voluntário.

¹ Art. 35 - O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.

² Art. 5º - Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Diante do exposto, não é de se tomar conhecimento do Recurso Voluntário apresentado tardiamente, por intempestivo.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator