



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

Processo n° 10920.004068/2005-52
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **1802-001-016 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 18 de outubro de 2011
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES E ARBITRAMENTO DO LUCRO
Recorrente DRAFT COM. E IND. DE EQUIP. INDUSTRIAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA DE OPÇÃO. ÓBICE LEGAL SUPERADO POR ÚLTIMOR MUNDANÇA LEGISLATIVA.

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 (Súmula CARF nº 57).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. LANÇAMENTOS PREJUDICADOS.

Afastados os efeitos do ato administrativo de exclusão do Simples, são insubsistentes os autos de infração dele decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR primimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 640/665 contra a decisão da 8ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I, de 19/03/2009 (fls. 607/618) que julgou:

a) a manifestação de inconformidade improcedente, concernente à exclusão do Simples com efeito a partir de 18/01/2001 (Lei nº 9.317/96, art. 9º, XIII);

b) a impugnação procedente, em parte, em relação aos lançamentos do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins) dos **anos-calendário 2001, 2002 e 2003** (fls. 154/198), reconhecendo o direito de dedução ou aproveitamento dos valores pagos no Simples, atinentes a essas exações fiscais, desses períodos de apuração.

Quanto aos fatos imputados pelo fisco, às razões da manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples e às razões da impugnação contra os autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, transcrevo, nessa parte, o relatório da decisão recorrida que resume, até então, os principais aspectos da lide (fls. 609/612), *in verbis*:

Trata o presente processo dos autos de infração de fls 154 a 199, dos quais a interessada foi cientificada em 12/12/2005, lavrados pela Delegacia da Receita Federal em Joinville, relativos a IRPJ, CSLL, Pis e Cofins, através dos quais está sendo exigido os valores (principal) de R\$ 118.029,77, R\$ 50.558,20, R\$ 29.463,82 e R\$ 135.987,31, todos acrescidos de multa de 75% e juros.

Conforme Descrição de fatos de fls. 146, as exigências foram formalizadas a partir dos seguintes fatos, fundamentos e procedimentos :

- *Através do ADE 555.109, de 02 de agosto de 2004, a interessada foi excluída do Simples a partir de 18/09/2001;*
- *Tendo em vista a exclusão, iniciou-se em julho de 2005 procedimento de auditoria no âmbito do qual a fiscalizada foi instada a apresentar a escrituração contábil elaborada de acordo com as Leis comerciais e fiscais, referente ao período de setembro de 2001 a dezembro de 2003;*

- *Em resposta às várias intimações de que foi objeto a interessada informou, às fls 33, que não possuía os documentos necessários à apuração do lucro real, e, ainda, que não tinha condições de proceder à escrituração faltante;*
- *Tendo em vista a falta de apresentação dos elementos contábeis e fiscais obrigatórios (Livro Razão, Diário e Lalur) à elaboração do lucro real, procedeu-se ao arbitramento de lucros para o período compreendido entre dezembro de 2001 e dezembro de 2003;*
- *O arbitramento teve como base a receita bruta apurada conforme Livro Registro de Serviços e Livro de Apuração do ICMS. Os valores foram listados às fls 151;*
- *Não foram aproveitados os pagamentos efetuados e calculados conforme a sistemática do Simples;*
- *O arbitramento gerou a autuação relativa ao IRPJ e, a título de reflexo, a exigência referente a CSLL;*
- *Sobre a receita bruta da interessada foram ainda formalizadas as exigências relativas ao PIS e COFINS.*

Inconformada com o lançamento formalizado, a interessada apresentou a impugnação de fls. 202 na qual alega que :

1. Foi objeto do ADE 555.109, de 25/08/04, que promoveu sua exclusão do Simples a partir de 18/09/2001 em razão da prática de atividade econômica vedada;

2. Apresentou solicitação de revisão da exclusão e, posteriormente, manifestação de inconformidade visando contestar a exclusão;

3. Não sendo, ainda, definitiva a exclusão do Regime Simplificado, torna-se incabível a confirmação de autuação que tem como pressuposto aquela exclusão;

(...)

6. É nulo o lançamento que tem como pressuposto exclusão do Regime Simplificado que ainda não se tornou definitiva na esfera administrativa.

7. A impugnante não está enquadrada nas hipóteses do art 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/1996;

8. Conforme atos constitutivos juntados aos autos, o objeto social da interessada é : a) comércio e indústria de componentes e equipamentos industriais e b) serviços de assistência técnica;

9. A assistência técnica é atividade meramente complementar ao comércio de equipamentos e componentes, esta sim correspondente a mais de 90% do faturamento da interessada;

10. O art 20 , inciso XII, da IN 355, de 29/08/2003, esclarece que somente as pessoas jurídicas cujas atividades dependam de habilitação legalmente exigida não poderão integrar o Simples;

11. O comércio desenvolvido pela interessada, bem como os serviços prestados pela mesma, não exigem qualificação técnica, não se confundindo com as atribuições de engenheiro. Não é possível, por analogia, estender conceitos para fins de extinguir benefícios tributários;

12. Por não haver, na Tabela CNAE, código que se adeque com perfeição às atividades da interessada, foi escolhido o CNAE 2929-7/02 — **"atividade de instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral"**;

13. O ADE 555.109, de 02/08/04, afronta o art 179 da CF/1988;

14. Pelos motivos expostos, a conclusão da interessada é a de que a exclusão do Simples se deu de forma indevida, sendo portanto improcedente o auto de infração formalizado;

15. Ainda que admitida a exclusão do Simples, a mesma não poderia retroagir a 18/09/2001 sob pena de ofensa do art 150 , III, da CF, ao princípio da vedação ao confisco e da segurança jurídica;

16. Foram desconsiderados, no cálculo do crédito tributário formalizado, os pagamentos efetuados pela interessada com o código de arrecadação próprio do Regime de Tributação Simplificado.

Pelos motivos expostos, requer a interessada que seja cancelada a cobrança que decorre do auto de infração em tela, ou, alternativamente, que seja determinado o sobrestamento da exigência formalizada até decisão administrativa final que confirme o ADE 555.109/04. Requer, ainda, que, caso não acatados os argumentos de defesa, sejam considerados os pagamentos comprovadamente efetuados no Regime de Tributação Simplificado.

Em 18/12/2008, por determinação do despacho de fls. 371, o presente processo foi remetido à DRJ Curitiba para que este órgão providenciasse a juntada (...) do processo de nº 10920.002420/2005-15, que tem como objeto o ADE 555.109. A juntada foi formalizada em 06/01/2009, conforme fls. 372. Os documentos originários do processo referido integram as fls. 373 a 604 do presente.

De tais documentos consta que o ADE 555.109/2004, cujos efeitos iniciaram em **18/09/2001**, (fls 374), teve como motivação o fato de a interessada exercer, conforme CNAE informado à RFB, atividade econômica vedada : **"Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos"**.

Na impugnação (manifestação de inconformidade) originalmente apresentada ao ADE 555.109 (fls. 373/391), que era objeto do processo administrativo juntado ao presente, a interessada apresentou a seu favor os seguintes argumentos de defesa:

1. A recorrente tem o seguinte objeto social : a) comércio e indústria de componentes e equipamentos industriais; b) serviços de assistência técnica, não estando, portanto, incluída dentre as atividades referidas pelo art 9º, XIII, da Lei 9.317/96;

2. A atividade principal da interessada é a fabricação e comercialização. A prestação de serviços de assistência técnica é atividade meramente acessória;

3. As atividades desenvolvidas pela interessada não exigem formação técnica específica ou graduação;

4. Na falta de opção mais específica, a interessada optou pelo Cnae 2929 - 7/02 — atividade de instalação, reparação e manutenção de máquinas e equipamentos de uso em geral;

5. O ADE 555109 afronta o art 179 da CF;

6. A Lei 10.964, de 28/10/2004, determina, em seu art. 4º, que a partir de 10 de janeiro de 2005 ficam excetuadas do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96 as pessoas jurídicas que se dediquem a instalação, manutenção e reparação de máquinas;

7. É incabível que a exclusão retroaja para atingir a interessada desde a sua constituição (18/09/2001). O procedimento adotado feriu o princípio da legalidade, da irretroatividade e da vedação ao confisco;

8. Foi maculada, no presente caso, a segurança jurídica. Incabível a exclusão já que a interessada, desde a sua constituição, possui o mesmo objeto social.

(...)

A decisão *a quo*, entretanto, como já mencionado inicialmente, manteve a exclusão do Simples e, quanto aos autos de infração do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins) manteve, em parte, a exigência fiscal, determinando o aproveitamento, a título de direito creditório, dos valores pagos no âmbito do Simples, cuja ementa transcrevo a seguir (fl. 607):

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

SIMPLES. EXCLUSÃO.

As atividades de comércio e indústria de componentes e equipamentos industriais, bem como de assistência técnica dos mesmos, por serem típicas de engenheiros e de profissões que dependem de habilitação profissional, são impeditivas da opção pelo Regime de Tributação Simplificado.

ARBITRAMENTO. NULIDADE.

Não enseja a nulidade do arbitramento o fato de a interessada ter sido objeto de anterior Ato Declaratório de exclusão do Simples ainda pendente de decisão administrativa final. Nos termos da Portaria RFB 666/08, o ato de exclusão e o lançamento que dele depende devem compor um só processo administrativo.

ARBITRAMENTO. PAGAMENTOS FEITOS ESPONTANEAMENTE SOB O CÓDIGO DE ARRRECADANÇA DO SIMPLES.

É direito da interessada que sejam abatidos, do crédito tributário decorrente do arbitramento, os pagamentos espontaneamente realizados.

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL .

Na ausência de fatos novos a ensejarem conclusões diversas, o decidido no lançamento principal se estende aos reflexos.

PIS E COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO.

Prossegue a exigência tributária quando comprovado que os recolhimentos foram efetuados a menor.

Lançamento Procedente em Parte

(...)

Inconformada com esse *decisum* do qual tomou ciência em **22/04/2009** (fls.639), a recorrente apresentou Recurso Voluntário em **21/05/2009** de fls. 640/665, cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- que as micros e pequenas empresas são vitais à economia brasileira; que, em nível constitucional, há previsão de tratamento tributário simplificado e favorecido a essas empresas (CF, arts. 178 e 179); que o setor, além de sustentáculo da livre iniciativa e da democracia, é responsável pela criação da maioria dos postos de trabalho, constituindo-se a maior fonte de empregos no País e destacando-se como instrumento para distribuir e multiplicar a renda, desenvolver regiões carentes, absorver a mão-de-obra excluída dos mercados, reduzir a informalidade e corrigir as distorções econômicas;

- que, nesse contexto, e com fulcro na Carta Política da República, foi sancionada a Lei do Simples (Lei nº 9.317/96 e alterações posteriores);

- que, pelos atos constitutivos, a empresa tem como objeto social e exerce efetivamente: "a) o comércio e indústria de componentes e equipamentos industriais, e b) serviços de assistência técnica";

- que desenvolve atividade que não tem vedação na legislação do SIMPLES, não se enquadrando nas hipóteses vedadas do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, uma vez que sua atividade principal é o comércio e indústria (montagem) de equipamentos industriais e que o serviço de assistência técnica prestada é atividade secundária que não requer grau de complexidade que pudesse demandar a contratação de mão-de-obra especializada; que os serviços prestados restringem-se, basicamente, à manutenção dos equipamentos que produz e vende, não exigindo nenhuma formação técnica ou graduação na área de engenharia, ou em qualquer outra área afim, ou de qualquer profissão legalmente regulamentada; que os serviços são executados por pessoas sem qualquer formação técnica ou graduação, face o baixo nível de

complexidade e que não lhe retira a possibilidade de opção pelo regime do SIMPLES, porque suas atividades não são e nem se assemelham às adstritas de profissão regulamentada;

- que há diversos precedentes do antigo Conselho de Contribuintes, atual CARF, no sentido de que a vedação de ingresso no Simples refere-se às sociedades de profissionais liberais ou assemelhados cuja constituição, no que tange aos sócios, é indispensável a existência de profissionais legalmente habilitados, que não é caso, pois a recorrente é uma pessoa jurídica empresária;

- que nada impede que as empresas que exerçam atividades de montagem e manutenção de equipamentos industriais possam ser incluídas no Simples, porque tais atividades não revelam prestação de serviços de engenharia;

- que a exclusão, no caso, não poderia ser retroativa, ferindo o princípio da irretroatividade de lei;

- que a exclusão deu-se de forma equivocada e a decisão recorrida merece total reparo;

- que, por conseguinte, também não podem prosperar os autos de infração do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins), o quais devem ser cancelados.

Por fim, antes as razões apresentadas, a recorrente reiterou o pediu o cancelamento do ato de exclusão do Simples e, caso seja diverso o entendimento, - admitindo tal hipótese apenas a título de argumentação-, que se opere os efeitos da exclusão do Simples somente após a ciência do ADE, determinando-se, por conseguinte, o cancelamento dos autos de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

Os autos do presente processo tratam, simultaneamente, acerca da exclusão do Simples pelo ADE de 02/08/2004, com efeito a partir de 18/09/2001, e dos autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, anos-calendário 2001 (dezembro/2001), 2002 e 2003.

Os lançamentos do IRPJ e reflexo (CSLL) tiveram como base de cálculo o arbitramento do lucro, por períodos trimestrais.

Já, a exigência fiscal da Cofins e da Contribuição para o PIS, de apuração mensal, deu-se com base na receita bruta mensal.

Os autos do processo de exclusão do Simples nº 10920.002420/2005-15, em face de conexão processual, foram juntados, por anexação, ainda na primeira instância, aos presentes autos, cuja decisão recorrida julgou, simultaneamente, as duas lides citadas acima.

O ato de exclusão do Simples, por ter caráter prejudicial em relação à apreciação do lançamento das exações fiscais, será enfrentado primeiramente.

No mérito, a exclusão do Simples não deve prosperar.

Primeiro, o ato de exclusão do Simples deu-se, exclusivamente, com base nos dados cadastrais junto à RFB, totalmente equivocados, diversos, do objeto social constante dos atos constitutivos da pessoa jurídica.

Pelos atos constitutivos da pessoa jurídica, a recorrente tem como objeto social, e exerce efetivamente, o comércio e indústria (montagem) de componentes e equipamentos industriais, e serviços de assistência técnica.

Nesse sentido, quanto ao objeto social da recorrente, transcrevo a Cláusula 3ª do Contrato Social, de 30/08/2001 (fls.14/17), e da 1ª Alteração Contratual, de 18/01/2004 (fls. 18/20):

Cláusula 3ª - A sociedade terá por objeto o ramo de:

- Comércio e Indústria de Componentes e Equipamentos Industriais; e

- Serviços de Assistência Técnica.

Em relação à expressão “indústria” constante do objeto social, compulsado as cópia das DIPJ dos anos-calendário 2001, 2002 e 2003, não há indicação ou menção de que a recorrente fosse contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados –IPI (fls. 111/136).

Não obstante, consta, equivocadamente, do ADE de 02/08/2004, na descrição dos fatos, a seguinte infração imputada (fl. 04):

(...)

Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 18/09/2001 pela situação excludente indicada abaixo:

(...)

Situação excludente (evento 306):

Descrição: atividade econômica vedada: 2929-7/02 Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral.

Data da ocorrência:18/09/2001

(...)

A recorrente argumentou, em sua defesa, tanto na primeira instância, quanto nesta instância recursal, que informara, erroneamente, os dados cadastrais de sua atividade, pois, em relação aos códigos de atividade definidos pela RFB, quando do preenchimento do cadastro, não encontrou o código que se subsumisse ao seu objeto social, fazendo, por conseguinte, o enquadramento por aproximação, gerando, entretanto, essa situação que culminou com seu desenquadramento do Simples.

Como demonstrado, a descrição dos fatos e o enquadramento legal estão totalmente equivocados, pois não se subsumem ao objeto social da recorrente, não podendo, por conseguinte, subsistir o ato de exclusão do Simples.

Ainda que fosse correta a descrição dos fatos e o enquadramento legal do ato declaratório de exclusão do Simples, ele não teria melhor sorte, uma vez que a atividade de instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos em geral, motivo da exclusão do Simples, deixou de ser óbice para a empresa optar e permanecer no Simples.

Senão vejamos:

A Lei nº 10.964, de 28/10/2004 (art. 4º), com redação dada pela Lei nº 11.051 (art. 15), de 29/12/2004, aboliu a vedação de opção pelo Simples às atividade de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos em geral, *in verbis*:

(...)

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)

(...)

Ainda, em sentido mais amplo, este Egrégio Conselho Administrativo, com fulcro na legislação transcrita acima, e com base em entendimento pacífico (decisões reiteradas), aprovou a seguinte Súmula:

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.

Logo, os fatos constantes da acusação fiscal, que motivaram a exclusão do Simples, deixaram de ser óbice para a empresa optar e permanecer no Simples.

Entretanto, a contribuinte poderia ser objeto de exclusão do Simples a partir de 2003, pois a receita bruta, do ano-calendário 2002, superou o limite para a empresa figurar no Simples, conforme cópia dos livros de Saídas, Entradas e de Apuração do ICMS, (fls. 45/110) e auto de infração (fls. 154/169). Porém tal prova não foi utilizada pela fiscalização para imputar acusação de exclusão do Simples, a partir de 01/01/2003.

Em relação aos fatos narrados no ato de exclusão do Simples não consta a imputação de excesso de receitas no ano-calendário 2002. Assim, não cabe inovar nos autos, ou seja, aduzir matéria estranha aos fatos narrados no ADE, sob pena violação ao direito do contraditório e da ampla defesa.

Ao acusado cabe defender-se, apenas, dos fatos imputados.

No caso, a recorrente defendeu-se da acusação fiscal de que teria exercido, no ano-calendário 2001, a atividade de instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral. Porém, conforme legislação citada e consoante Súmula do CARF, tal atividade deixou de ser vedada de opção no Simples.

Como a análise do ato de exclusão do Simples deve estar restrita aos fatos imputados pelo ADE, tem-se que o óbice imputado, para a recorrente figurar no Simples, não mais subsiste.

Logo, deve ser reformada a decisão recorrida para manter a recorrente no Simples, tornando sem efeito o ato de exclusão desse regime simplificado de apuração de tributos.

Em relação aos autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, dos anos-calendário 2001, 2002 e 2003, também objeto desta lide, estão prejudicados, em face do afastamento dos efeitos do ADE, pois tais lançamentos são dele decorrentes (efeito reflexo).

Por tudo que foi exposto, voto para DAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel