



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

Processo nº 10980.009604/2006-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.719 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente G.M. FERRAMENTARIA E MANUTENÇÃO DE MOLDES PARA MÁQUINAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

DECLARAÇÃO DE NULIDADE. DECISÃO DE MÉRITO FAVORÁVEL AO SUJEITO PASSIVO.

Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

SIMPLES FEDERAL. INCLUSÃO RETROATIVA. ATIVIDADES NÃO EQUIPARADAS A SERVIÇOS DE ENGENHARIA. USINAGEM, SOLDA, TRATAMENTO E REVESTIMENTO DE METAIS. MANUTENÇÃO E REPAROS EM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade, DAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do relatório e do voto que acompanham o presente acórdão.

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR

Relator

(assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES

Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Valmar Fonseca de Menezes, Benedicto Celso Benício Júnior, Edeli Pereira Bessa, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, José Ricardo da Silva e Nara Cristina Takeda Taga.

Relatório

Trata o presente processo de pedido de inclusão retroativa (fl. 02) no Simples Federal, à data da constituição da empresa.

O despacho decisório de fls. 17/19, proferido pela DRF de Curitiba / PR, em 22.01.2007, indeferiu o pedido, sob alegação de exercício de atividade vedada. Intimada da decisão em 26.01.2007, conforme AR de fl. 23, tempestivamente, em 23.02.2007, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 24/78, por meio de seu procurador, conforme instrumento de fl. 79, que se resume a seguir:

- a falta de intimação da decisão que excluiu a empresa do Simples Federal, pela impossibilidade decorrente do código de atividade adotado, acarreta a nulidade de qualquer ato posterior baseado nesta mesma decisão, bem como sua total ineficácia para impingir restrição ao direito da recorrente, em estar incluída no regime;

- a Instrução Normativa SRF nº 355/2003 deixou patente que em todos os casos de exclusão do Simples seria conferido ao contribuinte excluído o direito ao contraditório e à ampla defesa;

- a Declaração de Exclusão nº 000522285 não foi levada ao conhecimento da empresa, de forma válida e lícita, maculando-se desde o princípio e permitindo a conclusão de que, sendo inválida no mundo jurídico, por ferir a legalidade, nunca surtiu efeitos válidos em face da empresa, que deve ser considerada incluída no Simples desde seu primeiro dia de funcionamento;

- a nulidade do despacho que excluiu o contribuinte, em 05.01.2004, do Simples é inarredável. A notificação do Ato Declaratório nº 000522285, mediante publicação em edital (02.2005) é nula, e seu vício não permite convalidação do ato, uma vez que não obedeceu a rigoroso requisito legal, que levou ao afastamento de garantias constitucionais inarredáveis;

- o Decreto nº 70.235/72 prevê, em seu artigo 23. que todas as intimações serão feitas precipuamente de forma pessoal, via postal ou por eletrônico, com a necessária prova do recebimento do intimado. Somente quando restar improficua a intimação ordinária é que se realizará a intimação editalícia;

- o edital está subordinado à realização dos meios anteriores, ou seja, só pode ser utilizado caso se mostre infrutífera a intimação pessoal, por carta ou por via eletrônica;

- pelas regras do processo administrativo comum, o interessado só será intimado por meio de edital, caso se for indeterminado, desconhecido ou tiver domicílio indefinido, desde que frustrada a intimação pela via ordinária; no presente caso, não se aplica a regra, uma vez que o Fisco detém todos os dados da empresa;

- à fl. 14, verifica-se a informação da consulta de postagem de carta AR, em que se acusa que a correspondência teria sido devolvida à origem por ausência, em 10.09.2004. Diante disso, o Fisco ordenou a intimação por edital, conforme fls. 15/16;

- a ausência do retorno do AR não podia gerar a intimação por edital, uma vez que, nos termos do artigo 23, § 1º, do Decreto nº 70.235/72, do artigo 26, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.784/99, cumpria à autoridade fiscal dar efetivo cumprimento ao mandamento legal, que é o de buscar a efetiva intimação da parte interessada;

- a atividade declarada pelo contribuinte, no código 2994-7/00 (manutenção e reparação de máquinas-ferramentas) foi interpretada como equiparada ao rol de atividades enumeradas pelo inciso XIII da Lei nº 9.317/96, sendo que o referido dispositivo traz atividades que são prestadas por profissionais autônomos e profissionais liberais;

- a atividade da empresa não se enquadra nos casos do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, e nem perfaz atividade regulamentada por lei específica, já que não se amolda em qualquer atuação assemelhada ou equiparada à prestação de serviços autônomos ou liberais, nem à de consertos em geral;

- a atividade principal do contribuinte é a de fornecer moldes e manutenção dos mesmos às indústrias que necessitam dos serviços de usinagem da recorrente, nada tendo a ver com prestação de serviços de pessoal, como a dos autônomos ou profissionais liberais; seus serviços são realizados em seu parque industrial, por empregados contratados, que operam as máquinas de manutenção e moldes de forma ordinária, sem que se possa vislumbrar os requisitos para a caracterização de atividade autônoma ou liberal;

- no caso do inciso XIII da Lei nº 9.317/96, o termo "assemelhados" relaciona-se à interpretação analógica e não à analogia, e a expressão "qualquer outra profissão ..." excepciona as profissões cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida; assim, qualquer atividade que se assemelhe aos profissionais liberais ou autônomos, poderá ser objeto de exclusão do Simples; entretanto, outras prestações de serviços que nada guardam de semelhança com as descritas no inciso XIII não podem ser excluídas, sob pena de não estar ocorrendo interpretação analógica, mas, sim, verdadeira analogia *in pejus*, expressamente vedada por lei federal;

- não atua o contribuinte na simples manutenção de máquinas, mas presta serviços que se concretizam mediante certo e determinado complexo de atividades industriais, não podendo ser equiparada à atividade de conserto em geral; a atividade nunca foi a de montagem e manutenção de máquinas industriais, mas sim a de têmpera, cementação e tratamento térmico de aço, serviços de usinagem, galvanotécnica e solda, mais especificamente, a atividade de usinagem de metais, conforme ser provará mediante realização de perícia;

- há necessidade de perícia sobre as notas fiscais expedidas durante o período descrito no auto de lançamento (janeiro de 2004 a novembro de 2006), todas em posse da recorrente, sem prejuízo das demais documentações que sejam necessárias para peritagem e auditoria, e que serão apresentadas oportunamente;

- requer-se: i) reconhecimento da nulidade da decisão que excluiu o contribuinte do Simples Federal; ii) declaração da ilicitude da aplicação de analogia *in pejus*, e a ilegalidade de não se aplicar apenas a interpretação analógica, de forma lícita e correta; iii) a procedência da defesa, para afastar o lançamento em debate, declarando a inexigibilidade dos tributos nele explicitados, de forma *ex nunc*.

A manifestação de inconformidade apresentada foi indeferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba / PR, consoante entendimento assim ementado:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

NULIDADE. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. DEFINITIVIDADE DA EXCLUSÃO.

Em sede de pedido de inclusão retroativa, descabe argüir nulidade do ato de exclusão do Simples, se o contribuinte deixou de apresentar manifestação de inconformidade contra o ADE, o que tornou definitiva a exclusão.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE QUESITOS E PERITO. PEDIDO NÃO FORMULADO.

Nos termos da legislação do PAF, os pedidos de diligência sem indicação de perito e quesitos são considerados como não formulados.

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

Ano-calendário: 2003

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SERVIÇO DE MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS.

Deve ser mantida a exclusão, se o contrato social da empresa contempla atividades vedadas ao ingresso no Simples (serviços de manutenção de equipamentos industriais), cabendo ao contribuinte o ônus da prova de que não exerce tais atividades.

Solicitação Indeferida.”

Cientificada do aresto em 29.06.2009 (fl. 91), a recorrente interpôs Recurso Voluntário a este colegiado (fls. 92/138), em 29.07.2009, repetindo, em substância, as ilações veiculadas em grau inicial de julgamento.

É o relatório.

Voto assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em

03/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 21/08/2013 por VALMAR FONSEC

A DE MENEZES

Impresso em 27/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR, Relator:

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais para seu seguimento. Dele conheço.

(1) Do delineamento do objeto recursal

De início, fundamental realizar tarefa de “saneamento” da discussão encampada pelo Recurso Voluntário presentemente analisado, com vistas a definir, com precisão, quais matérias poderão ser estudadas, no mérito, por este colegiado.

Os autos processuais em foco tiveram início com pedido de inclusão retroativa do contribuinte no Simples Federal (fl. 02), a partir da data de sua constituição, correspondente a 05.01.2004 (fl. 12). O requerimento se baseou no suposto fato de as atividades desempenhadas pela postulante não se imiscuírem dentre aquelas proibidas à opção pelo Simples Federal, ao contrário do que havia sido entendido pela autoridade fazendária, nos termos do pretérito Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 522285, de 02.08.2004 (cópia à fl. 83).

O ADE citado foi cientificado à interessada por meio de edital (fls. 15/16), afixado entre 15.02.2005 e 02.03.2005. O sujeito passivo, não obstante isso, deixou de apresentar a cabível manifestação inconformista. Alegou, para tanto, não ter sido regularmente intimado da declaração extrusora, eis que a via editalícia adotada fora posta a funcionar de maneira viciada.

Ocorre, entretanto, que a validade da ciência perpetrada não deve ser discutida aqui, no bojo de processo administrativo voltado a perscrutar pedido de inclusão retroativa. Como não é árduo perceber, o objeto posto ao julgamento deste colegiado é, em última análise, apenas o indeferimento do pedido de fl. 02 – desprovido este que foi veiculado pelo despacho decisório de fls. 17/19, primeiramente, e repisado pelo acórdão ora recorrido, segundamente.

Creio estarem prejudicadas, por impertinentes, todas as alegações recursais voltadas a desconstituir o ato de desenquadramento oficioso da requerente junto ao Simples Federal, operado por intermédio do estresido ADE. Eventuais vícios na publicação daquele ato não podem ser visitados nos autos correntes, que cuidam do pleito de enquadramento retroativo da sociedade no regime beneficiado.

Igual consideração se aplica às arguições respeitantes aos lançamentos de ofício derivados do desenquadramento da pessoa jurídica. Obviamente, se decidirmos pela inclusão retroativa, aquelas exigências perecerão. Isso não significa, no entanto, que possamos nos imiscuir, aqui, no debate respeitante à pertinência ou à impertinência das estresidas cobranças.

Mesmo que não fosse desse jeito, certo é que a análise do presente reclamo levará a pronunciamento meritório acerca da possibilidade ou da impossibilidade de inserção do contribuinte no Simples Federal, desde a constituição da sociedade. O interesse na reabertura da discussão sobre a validade do ADE extrusor, parece-nos, não mais existirá. Não haverá que se falar, pois, em qualquer prejuízo ao administrado, ou em qualquer preterição de seu direito de defesa.

Lembre-se, em tal seara, que as nulidades só devem ser pronunciadas se o mérito não for decidido favoravelmente àquele a quem a declaração de nulificação aproveitaria. Isso é o que dispõe o artigo 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 59. São nulos:

(...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Essa é, exatamente, a situação apresentada a nós. Expliquemos.

(2) Da inexistência de exercício de atividades vedadas à inserção do contribuinte no Simples Federal

No mérito, faz-se imperioso reconhecer razão à insurgência do contribuinte, face à inexistência de qualquer atividade impeditiva a seu enquadramento no regime beneficiado previsto pela Lei nº 9.317/96.

O contrato social da sociedade, apostado às fls. 03/06, foi utilizado como esteio pelo aresto recorrido, para fins de apontamento de eventual empresa obstaculizadora da pretensão erigida pela peticionária. Assim se deu porquanto, no enviesado entendimento do colegiado inferior, a prestação de “serviços de ferramentaria, tornearia, reparação e manutenção de moldes para máquinas de plástico” configuraria atividade exclusiva de engenheiro, aplicando-se ao caso o disposto no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

“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.”
(g.n.)

A recorrente, por sua vez, afirmou, repetidamente, que sua atividade corresponderia, em realidade, a préstimos de “têmpera, cementação e tratamento térmico do aço, serviços de usinagem, galvanotécnica e solda”, atrelados ao CNAE nº 28.39-8/00. Juntou, então, para confirmar sua versão, cópia de seu Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral perante o CNPJ (fl. 12), por meio da qual se denotara a indicação do citado código de atividades, vigente desde 08.04.2005, em substituição ao anterior, incorretamente declarado (CNAE nº 2994-7/00).

Pois bem. Sucede que, qualquer que seja a atividade efetiva do contribuinte, dentre aquelas aventadas por este ou pelo Fisco, parece cediço que os serviços ofertados pelo sujeito passivo são, sim, compatíveis com o regime do Simples Federal.

Noutras palavras, quer a peticionária desenvolva serviços de “ferramentaria, tornearia, reparação e manutenção de moldes para máquinas de plástico”, quer desenvolva ela prestações inerentes a “têmpera, cementação e tratamento térmico do aço, serviços de usinagem, galvanotécnica e solda”, é impossível comparar sua empresa àquela tipicamente exercida pelos profissionais de engenharia.

O assunto já foi debatido à exaustão pelo CARF. Tanto é assim que viceja, hodiernamente, a Súmula CARF nº 57, assim redigida:

“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.”

A situação concreta se subsume perfeitamente ao enunciado sumular. Orientação diferente desafiaria o entendimento sedimentado por esse colegiado.

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para determinar a inclusão retroativa da recorrente no Simples Federal, desde a data de sua constituição.

Sala das Sessões, em 11 de abril de 2012

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JUNIOR

Relator

(assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES

Presidente