



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

Processo n° 19679.011084/2004-02
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-00.580 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 25 de maio de 2011
Matéria Simples - Inclusão Retroativa
Recorrente SIRENA IND. E COM. LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 1997

SIMPLES. OPÇÃO. IMPEDIMENTO LEGAL. INDÚSTRIA.

Não enquadra-se nas atividades vedadas ao Simples as empresas que comercializam e prestam assistência técnica, ou serviços de reparo e manutenção, àqueles produtos que industrializam. A vedação do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.316/97 é dirigida às associações de profissionais que prestam serviços em sua área de formação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Magda Azario Kanaan Polanczyk, Edgar Silva Vidal e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A empresa solicita à fl. 01 inclusão retroativa a 18/06/97 na sistemática de apuração de tributos diferenciada, favorecida e simplificada – Simples Federal, em vista de ter sido cientificada em 10/12/03 que não estava regularmente enquadrada neste regime de tributação, a despeito de ter entregue declarações e efetuado recolhimentos neste regime de tributação desde a sua constituição.

Ao analisar o pedido, a autoridade *a quo* entendeu que a empresa exerce atividade vedada ao ingresso no Simples, consoante artigo 9º, inciso XIII, da Lei n. 9.317/96. assim fundamentou sucintamente o despacho decisório de fls. 54 e 55:

“Efetuada consulta no sistema CNPJ, constatou-se que a empresa não está incluída no Simples Federal, consultamos também a relação das atividades econômicas para verificação da atividade principal e secundárias da empresa (fls.53) observamos que as atividades secundárias são vedadas para o ingresso no Simples Federal, código 3321-0-00, conforme consulta ao Sistema de Vedações e Exclusões do Simples-SIVEX (fls.47).

Embora a interessada tenha comprovado a intenção inequívoca de ingresso no Simples Federal, conforme verificado na documentação juntada e comprovada através de consultas aos seguintes sistemas: Consulta Declarações IRPJ; Sistema de Informações Arrecadação Federal- Relação de pagamentos, e não apresentar débitos junto a Receita Federal do Brasil e pendências junto a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, conforme consulta ao Sistema de Apoio para Emissão de Certidão (fls.50 à 53), seu ingresso no Simples Federal não é permitido, por enquadrar-se em código de atividade econômica vedada, conforme o artigo 9º, inciso XIII da Lei. 9.317/1996 e artigo 20, inciso XII da INSRF nº 608/2006.”

Inconformada, a empresa manifestou-se às fls. 57 a 70 argüindo, em suma, que tem como atividade principal a *“fabricação de máquinas e equipamentos mecânicos, estruturas e acessórios metálicos”* e como atividade decorrente da principal, *“montagem e assistência técnica em aparelhos e componentes eletro-eletrônicos, bem como a revenda de equipamentos e acessórios eletro-eletrônico e de informática”*.

E contesta o despacho decisório, precipuamente, por ausência de motivação em vista de sequer haver esclarecido qual a *“atividade secundária”* que seria responsável pela denegação do pedido, esclarecendo que o código de atividade da empresa, 3321-0-00 (SIVEX), refere-se à instalação de máquinas e equipamentos industriais e que não vê conexão com os fundamentos legais citados no despacho que vedariam o seu ingresso e manutenção na sistemática do Simples. Discorre amplamente sobre o assunto.

A Primeira Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo / SP I exarou o Acórdão n. 16-22.376/09 não permitindo a inclusão da empresa no Simples – fls. 101 a 110. Assim restou ementado o Acórdão:

“PRELIMINAR. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do despacho decisório quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se cogita em cerceamento de defesa quando a empresa exerce plenamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Decreto regulador do processo administrativo tributário.

ENVIO DE INTIMAÇÕES. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL.

Intimações devem ser enviadas ao domicílio tributário do sujeito passivo, entendido como o endereço postal ou eletrônico autorizado fornecidos pelo mesmo sujeito passivo para fins cadastrais.

INCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. ATIVIDADE VEDADA.

As pessoas jurídicas que prestam serviços de montagem e assistência técnica de máquinas, por caracterizar prestação de serviços profissionais de engenheiro, estão impedidas de optar pelo Simples.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.”

Tempestivamente, a empresa interpôs o Recurso Voluntário de fls. 118 a 130 reprisando os termos da defesa inicial.

É o relatório. Passo a apreciar as razões recursais.

Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes, Relatora

Conheço do recurso interposto, por tempestivo.

A argumentação da recorrente é convincente, bem como aquelas trazidas nos julgados escolhidos por ela.

Em preliminar, curvo-me à indignação da recorrente e reconheço ser inadmissível o despacho decisório dar a subentender a razão pela qual a empresa não pode aderir à sistemática do Simples, visto sua natureza constitutiva de uma nova situação fiscal para a empresa, sem a expressa especificação de o porquê estar impedida.

Digo nova situação jurídica, porque, a despeito da empresa não haver optado pelo Simples regularmente, a administração tributária admite o seu ingresso tácito neste regime de tributação, evidenciado pela conduta de entrega sistemática de DSPJ e recolhimentos nesta modalidade de tributação, como é o caso em concreto, conforme explicitado no próprio despacho (em observância ao ADI n. 16/02).

Daí que o despacho decisório de não inclusão, ou de exclusão, no Simples, como ato administrativo que tolhe um direito a ser exercido pelas pequenas e micro empresas deve ser expressamente motivado e fundamentado, sob risco de causar o cerceamento de defesa ao administrado. A mera menção ao dispositivo legal, no qual a empresa, em tese, haveria incorrido não é suficiente. Ainda mais ao tratar-se do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei do Simples Federal, que trata de várias atividades vedatórias ao ingresso no Simples.

Seria, portanto, causa para declarar-se nulo o referido despacho decisório, nos termos do inciso II do artigo 59 do Decreto n. 70.235/72 - PAF.

Todavia, deve-se adentrar o mérito e verificar-se se, em prol à recorrente, a nulidade pode ser superada – parágrafo 3º, do artigo 59 do PAF

No mérito, o assunto é deveras polêmico, mas também comungo da tese de que a vedação inserida no inciso XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96 – atividades vedadas aos profissionais prestadores de serviços – é para alcançar as associações destas pessoas, digo, escritórios, clínicas, cursos e assim por diante.

No presente caso, salta aos olhos que a empresa é industrial, predominantemente. Em pesquisa à internet (<http://www.sirena.ind.br/>), o que transforma a informação em pública e notória, vê-se no sítio da empresa que esta fabrica máquinas de corte, não sendo saliente a prestação de serviços de reparação, instalação ou montagem de produtos de terceiros, mas somente dos próprios, bem como a assistência técnica, que é obrigado a prestar por causa dos produtos que fabrica e comercializa e os efeitos da responsabilidade cível.

E a norma que instituiu o Simples, saliente, não excluiu as indústrias, que, normalmente, e de forma lógica, devem possuir em seus quadros engenheiros de produção. E nada mais normal, ainda, também por decorrência lógica, que preste serviços de assistência técnica especializada. Por isso que a *mens legis* do inciso das atividades vedadas – XIII, 9º, deve ser interpretado sistemática e teleologicamente para as associações de profissionais que prestem serviços dentro de sua área de formação. Definitivamente, não é o caso.

Afastada a hipótese legal de vedação ao ingresso no Simples Federal, repito, por oportuno, que a empresa tacitamente aderiu ao Simples conforme evidencia a sua conduta de entregar as DSPJ e efetuar os recolhimentos por este regime de tributação – documentos acostados aos autos, pelo que não há qualquer razão em indeferir o seu pedido de inclusão retroativa no Simples.

Concluo que as razões de recurso da recorrente merecem ser acolhidas.

Voto em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Relatora