



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

Processo nº 10830.007658/2003-84
Recurso nº 138.180 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 302-39.611
Sessão de 20 de junho de 2008
Recorrente NILTON REIS DE AZEVEDO - 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

PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA.

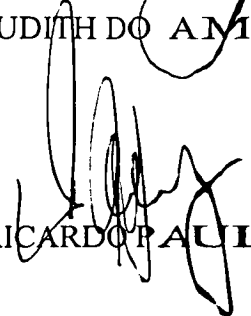
A falta da clara identificação das razões que impedem o contribuinte de permanecer no Simples, associada à ausência de ações com vista à adequada instrução processual representam cerceamento do direito de defesa.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Os demais Conselheiros votaram pela conclusão.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


RICARDO PAULO ROSA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: **Corintho Oliveira Machado**, **Luciano Lopes de Almeida Moraes**, **Mércia Helena Trajano D'Amorim**, **Marcelo Ribeiro Nogueira**, **Beatriz Veríssimo de Sena** e **Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro**. Ausente a Procuradora da Fazenda Nacional **Maria Cecília Barbosa**.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório que embasou a decisão de primeira instância que passo a transcrever.

1. Trata-se de SRS (protocolada em 24/09/2003), sem apreciação de mérito por parte da DRF de origem, certo que, na hipótese, entendeu-se que o contribuinte discutia questão exclusivamente de direito (fl. 19). Na indigitada SRS, então, ponderava o contribuinte que para o desempenho de sua atividade prescindiria dos serviços profissionais arrolados no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96. Em tempo, o Ato Declaratório Executivo (ADE) que excluía o contribuinte do Simples foi sumariamente motivado nos termos seguintes: “atividade econômica vedada: 4543-8/01 Instalações hidráulicas, sanitárias e de gás” (fl. 07).

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou sua decisão na ementa correspondente.

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

Ano-calendário: 2002

CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INCLUSÃO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES.

O exercício de atividade reservada a profissional da engenharia e/ou a ela assemelhada é circunstância que impede a inclusão/permanência no Simples.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa, Relator

O recurso é tempestivo, vez que o contribuinte foi intimado da decisão de primeira instância no dia 07 de fevereiro de 2007 (fl. 51) e a sua protocolização perante a autoridade de jurisdição deu-se no dia 06 de março do mesmo ano (fl. 24). Trata-se de matéria de competência deste Terceiro Conselho. Dele tomo conhecimento.

Basicamente, o recorrente alega que a prestação de serviços elétricos e hidráulicos não impede sua opção pelo SIMPLES, pois, ao contrário do que decidiu a autoridade *a quo*, “os serviços por ela [a empresa] prestados durante todo o tempo de exercício de sua atividade foram realizados pessoalmente pelo seu titular, o Sr. Nilton dos Reis Azevedo que não possui formação de Engenheiro”, sendo que a Lei 9.317/96, ao listar atividades vedadas (inciso XIII do artigo 9º), refere-se a qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, dentre as quais está a de engenheiro.

A empresa foi originalmente excluída do Simples em razão do seu CNAE-fiscal acusar atividade vedada, quais sejam, instalações hidráulicas, sanitárias e de gás.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento indeferiu o pedido de revisão da exclusão não com base no CNAE-fiscal, considerado pela autoridade *a quo* como uma informação que “*não passa de um indício da real atividade por ele desempenhada (...) porque se apresenta como um rol de códigos/atividades imune a qualquer influência volitiva do contribuinte*”, mas porque “*consta à folha 10 uma “Declaração de Atividade” levada a registro no 1º Registro de Títulos e Documentos de Campinas*” na qual o contribuinte informa executar, dentre outras, atividade de eletricitista que, segundo entendimento do i.Relator, “*fora de qualquer dúvida, é atividade, senão dentre as reservadas a profissional de engenharia, no mínimo, a elas assemelhadas...*”.

A Lei 11.051/04 excetuou das vedações especificadas na Lei 9.317/96 algumas atividades desenvolvidas por profissionais que atuam no reparo de máquinas e equipamentos eletro-eletrônicos.

“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:

I – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;

II – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;

III – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;

IV – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

V - serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos.

Há diversas decisões das Delegacias de Julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil tomadas com base na Resolução n.º 218, de 29 de junho de 1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que especifica, dentre outras, as atividades de manutenção de equipamento e instalação como sendo de competência de Engenheiros Eletricistas, Eletrônicos, de Comunicação, ou mesmo aos Técnicos de Nível Superior ou Técnico e Técnicos de Grau Médio, os dois últimos no âmbito das respectivas modalidades profissionais.

No presente caso, a Delegacia de Julgamento considerou que a atividade de eletricista é atividade, senão dentre as reservadas a profissional de engenharia, no mínimo, a elas assemelhadas.

Ocorre que, mesmo que admitirmos que a atividade de eletricista é semelhante à de engenheiro, seja por força da Resolução nº 218/73, seja por razões intuitivas, em vista das exclusões contidas na Lei 11.051/04, é preciso que estas atividades sejam melhor especificadas, sem o que não é possível decidir se elas são ou não razão impeditiva da opção pelo Simples.

O Código Tributário Nacional determina que a lei se aplica a fatos ou atos pretéritos quando deixar de considerá-los contrário a qualquer exigência.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; (gritei)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática

Sendo a opção pelo Simples condicionada à exigência de que a empresa não exerça qualquer das atividades especificadas no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96, entendo que as exclusões contidas na Lei 11.051/04 podem ser aplicadas a casos pretéritos.

Nesta linha de entendimento, estaria inclinado a converter o julgamento em diligência para que fossem obtidos elementos de prova capazes de esclarecer o tipo de atividade desenvolvida pelo contribuinte. Contudo, parece-me que a tramitação sumária e a instrução insuficiente do processo estão a subtrair-lhe os predicados mínimos necessários para que ele represente a garantia dos consagrados direitos ao devido processo legal e à ampla defesa.



Explico.

Primeiro: o contribuinte é excluído do Simples em razão do seu CNAE-fiscal informar atividade vedada: instalações hidráulicas, sanitárias e de gás. Não houve qualquer providência no sentido de obterem-se informações acerca dos serviços efetivamente prestados e do objeto da empresa consignado no contrato social e, tampouco, lhe foi informado quais serviços o impediam de fazer a opção e porque razão (note-se que não é um caso de fácil compreensão);

Segundo: a Delegacia de Julgamento considerou o CNAE-fiscal apenas como um indício, e apoiou sua decisão na declaração de que o contribuinte prestava serviços de **eletricista**, embora constassem na mesma declaração as atividades de encanador, desentupimento, pedreiro, pintor e marceneiro. A essa altura, o contribuinte não teria como saber se as atividades relacionadas ao CNAE escolhido estavam vedadas ou não e, pior, foi-lhe negada a chance de demonstrar que exercia atividades permitidas por lei, não somente porque não foram-lhe solicitados documentos, mas, principalmente, porque o foco da exclusão até então recaía sob outro fato.

Terceiro: porque na data em que foi tomada a decisão de primeira instância, já vigia a Lei 11.051/04, excetuando determinadas atividades das vedações da Lei 9.017/96, razão a mais para que fossem providenciadas informações complementares.

O Decreto 70.235/72 disciplina os casos de cerceamento do direito de defesa.

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

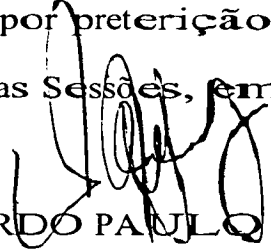
§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade. (grifei)

Ante o exposto, **VOTO PELA DECLARAÇÃO DA NULIDADE** do ato de exclusão da empresa por preterição do direito de defesa.

Sala das Sessões, em 20 de junho de 2008


RICARDO PAULO ROSA - Relator