



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

Processo nº 10830.008508/2001-26
Recurso nº 136.820
Assunto Solicitação de Diligência
Resolução nº 301-1.944
Data 27 de março de 2008
Recorrente NITTACOM 2001 - COM. SERV. TELECOMUNICAÇÕES
Recorrida DRJ/CAMPINAS/SP

R E S O L U Ç Ã O N º 301-1.944

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Repartição de Origem, nos termos do voto do relator.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

VALDETE APARECIDA MARINHEIRO
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausentes os Conselheiros Luiz Roberto Domingo, João Luiz Fregonazzi e Susy Gomes Hoffmann.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, onde a Recorrente através de procurador habilitado e tempestivamente, alega que preenchendo os requisitos da Lei 9.317/96 fez opção pelo SIMPLES e que a mesma pretensão foi indeferida sob o fundamento de violação ao inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, tendo apresentado razões de inconformismo.

Segundo a Recorrente, essas razões de inconformismo foram rejeitadas pois entendeu o Nobre Julgador que as atividades descritas “...em sua página na rede de computadores divulga qualidade de alta especialização no ramo de telecomunicações...”.

A Recorrente, dando seguimento ao seu recurso administrativo apresentado discorre sobre “O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E O ATO ADMINISTRATIVO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO ATO JURÍDICO”, a partir de fls. 67 dos autos.

Resumidamente, nesse tópico do recurso discorre sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar e conclui por afirmar que “o ato administrativo que declara exclusão das empresas é ato jurídico, cujos requisitos legais devem estar devidamente motivados, sob pena de nulidade.”

Ainda, afirma em seu recurso: “Critica-se o fato de que não podem optar pelo SIMPLES “assemelhados”, sem a especificação típica do Direito Tributário, violando o princípio da legalidade e da taxatividade para dar vazão a critério da autoridade, e não das normas de direito tributário”

Também, afirma: “A impropriedade da exclusão é clara em fase do que dispõe o art. 146, inciso III, alínea “d” da Constituição Federal, inclusive frete à Emenda Constitucional nº 42, que dispõe: (...)”. “Portanto, sem a definição do que seja tratamento diferenciado ao micro e pequeno empresário, não há como excluí-lo do SIMPLES, já que a norma constitucional menciona expressamente que o simples “favorecimento”, já significa um benefício, visando fomentar a atividade comercial daqueles que possuem menos recursos.”

Em fls. 68 a 71 transcreve posicionamento de “Marcelo Magalhães Peixoto” sobre o tema, que no seu entender deixa claro as razões do recurso apresentado, que para não ser repetitivo, poderá ser lido em sessão.

A Recorrente, finaliza essa parte do recurso fazendo essas duas próximas afirmações:

“Mencione-se, ainda, que informe publicitário não se presta a caracterizar as vedações previstas no inciso VIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, a “desenquadrar” o contribuinte no que diz respeito à adoção ou não do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.”

“Logo, em respeito ao princípio da taxatividade tributária, à vedação da analogia para exigir tributo não previsto em lei e em razão da interpretação da norma da maneira mais favorável ao contribuinte, a decisão do Nobre Julgador Originário, há de ser reformada.”

Dando seqüência ao Recurso Voluntário, a Recorrente a partir de fls. 71 dos autos apresenta análise do que chamou de: “O CARÁTER PESSOAL DOS IMPOSTOS E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA”. Como destaque selecionamos as seguintes afirmações:

“A literalidade do verbo “favorecer” significa proporcionar favor, auxílio, ajuda, apoio. Portanto, o fato da exclusão, mediante ato administrativo, contraria a finalidade teleológica da norma constitucional: a manutenção de benefícios fiscais para as micros e pequenas empresas. (...)”

“Ora, se a norma constitucional, de cunho programático, fixa a diretriz para a consecução dos fins a que se destina, não pode o Poder Executivo, por ato próprio, excluir da atividade do SIMPLES aquelas empresas que atenderam aos requisitos de opção, pela absoluta inexistência de lei posterior regulamentando a matéria, até porque não se pode dizer quais atividades são abrangidas pelas categorias profissionais, tendo em vista a necessidade de verificação física de cada uma delas.”

“O que se diz é que excluindo, a seu critério, as empresas do regime de tributação originado pela Lei Federal nº 9.317/96, o Poder Executivo está a atentar contra o princípio da capacidade contributiva e do caráter pessoal dos impostos, especialmente pela imposição do pagamento retroativo dos tributos devidos desde o momento em que se opera a exclusão aos contribuintes que tenham atividade considerada “vedada” a permanecer no SIMPLES. E a limitação constitucional ao poder de tributar evidencia a plausibilidade do argumento, conforme parágrafo primeiro do art.146 da Carta Constitucional:”

“Evidente a tipicidade que caracteriza o pressuposto de opção ao regime tributário: a receita bruta anual. O legislador não disse em momento algum que seriam vedadas as atividades profissionais específicas, não se podendo excluir uma micro ou pequena empresa do regime, a teor e conteúdo de uma condição “assemelhada” à empresa que tenha em seus quadros societários, integrantes de profissão cuja habilitação seja legalmente exigida.”

“Assim, excluir indiscriminadamente, e ainda cobrando retroativamente os tributos decorrentes de fator geradores pretéritos, é uma sanção que não pode nem deve ser imposta ao contribuinte, mormente o mesmo não tenha dado causa direta ou indiretamente ao fato da exclusão, a juízo da autoridade administrativa.”

“Se a exclusão se der pela vedação ao exercício da atividade comercial a juízo próprio da autoridade, em prejuízo direto da tributação simplificada, em face da opção do contribuinte ter sido realizada por ocasião da receita bruta anual, estaremos diante do malferimento do princípio da capacidade contributiva e da isonomia tributária, vez que o contribuinte excluído, além de pagar retroativamente os tributos

devidos à época da exclusão, passará, a ter a tributação correspondente a empresas de grande porte, que pagarão os mesmos tributos, com as mesmas alíquotas e as mesmas bases de cálculo, em consequência, os que menos faturam pagarão mais tributos do que aqueles que faturam em maiores valores.”

“Se as evidências indicam que as microempresas e empresas de pequeno porte estão atendendo o escopo constitucionalmente positivado, qual seja, o de fortalecer o desenvolvimento econômico e social, presume-se que, com a exclusão, o fisco pretende na verdade aumentar a arrecadação, causando prejuízos diretos ao segmento das Micro-empresas e Empresas de Pequeno Porte.”

Na seqüência do Recurso Voluntário a Recorrente através de seu patrono passa a tratar dos “DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS”, destacando que houve uma ilegal determinação da Secretaria da Receita Federal em desenquadrar o contribuinte do Simples, pois diante do artigo 170 da CF, é nítido o direito mesmo, pois este artigo determina um tratamento favorecido às microempresas e às demais empresas de pequeno porte.

Que a autoridade competente não levou em consideração o tratamento diferenciado concedido pela Constituição Federal, pois não tendo dispositivo legal para desenquadrar o contribuinte do Simples, essa desconsiderou os princípios constitucionais e desenquadrou-o como se fosse a Lei Maior do Ordenamento Jurídico.

Valeu-se da citação do artigo 150 da CF que trata do princípio da Legalidade e afirmou que o agente público ignorou os princípios constitucionais aplicando de forma discricionária entendimento contrário ao espírito da Constituição, que por sua vez prejudicará o contribuinte.

Finalizando essa parte do recurso, concluiu: “ (...) não existir previsão expressa em lei, que veda o contribuinte de exercer a sua atividade na sistemática do Simples, a autoridade administrativa não poderia tê-lo desenquadrado, pelo mero fato de considerar, a atividade dele assemelhada com as atividades vedadas por lei”.

Em conclusão de fls. 77 requer: a) “reforma integral da referida decisão que julgou a solicitação de revisão da exclusão do Simples improcedente por inconstitucional e ilegal o seu desenquadramento do Sistema Simplificado (Simples), sob pena de afronta aos dispositivos já mencionados;” b) “sejam mantida a Recorrente no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples)” c) “ e que sejam cancelados e arquivados os referidos Atos Declaratório Executivo de exclusão, pois só assim estará sendo distribuída a mais perfeita e esmerada JUSTIÇA.”

É o relatório.

MJ-1

VOTO

Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro, Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento, mas a verdade material dos fatos revelada nos autos dão conta que a Recorrente nunca foi excluída do SIMPLES, pois nunca foi enquadrada no mesmo Sistema Simplificado.

Trata-se os autos de processo de solicitação de regularização cadastral para *inclusão* na sistemática do Simples desde 22/04/1999 (fls.1), portanto, início de suas atividades, sob a alegação de que, na boa fé de que estava enquadrada no Simples, efetuou os recolhimentos e apresentou as Declarações dentro dessa modalidade.

A Recorrente se expõe e se oferece aos seus clientes como uma empresa cuja atividade é especializada em telecomunicações, entretanto, da análise dos autos falta a esse julgamento elementos de convicção a respeito da real relatividade da atividade da Recorrente, portanto, proponho que o presente julgamento seja convertido em diligência para que a fiscalização verifique efetivamente qual é a atividade exercida pela mesma, trazendo aos autos elementos para a solução da lide.

É como voto.

Sala das Sessões, em 27 de março de 2008


VALDETE APARECIDA MARINHEIRO - Relatora