



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10840.004580/2003-27
Recurso nº	133.625 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	303-33.094
Sessão de	27 de abril de 2006
Recorrente	GARCIA AGRÍCOLA LTDA.
Recorrida	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2004

Ementa: NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO. O ato declaratório executivo não fundamentou corretamente a situação que ensejou a exclusão do contribuinte do SIMPLES, não podendo surtir efeitos, eis que comprometeria inequivocamente o direito de ampla defesa do contribuinte. DECLARADA A NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO.

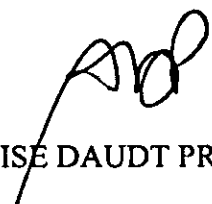
g

ADP

*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade do ato declaratório, nos termos do voto do redator. Vencido o Conselheiro Zenaldo Loibman, relator. Designada para redigir o voto a Conselheira Nanci Gama.



ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente



NANCI GAMA
Redatora Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Sergio de Castro Neves.

Relatório

A empresa identificada em epígrafe foi excluída do SIMPLES mediante o Ato Declaratório Executivo nº 35/2004 (fls.38), de 23.03.2004, exarado pela DRF/Ribeirão Preto/SP, pelo motivo de atividade impedida ao SIMPLES, no caso atividade assemelhada a de engenheiro, conforme vedação estabelecida no art.9º, XIII, da Lei 9.317/96.

O ADE declarou efeitos da exclusão a partir de 01.01.2002 em obediência ao disposto na MP 2.158/2001 e IN SRF 335/2003. A exclusão foi providenciada a partir de representação fiscal do INSS (fls.02) que informou à SRF ser a atividade principal da empresa serviço especializado de aviação agrícola, com aplicação aérea de produtos de proteção agrícola. Foram juntadas as notas fiscais de fls.16/21. Acrescentou que, conforme decisão 57/98 da 10ª RF, a atividade de serviços aéreos de proteção à lavoura não poderá optar pelo SIMPLES.

A interessada apresentou tempestiva impugnação, em 28.04.2004, conforme consta na íntegra às fls.39/50. O argumento central foi de que a atividade desenvolvida pela empresa de exploração de aviação agrícola e de ensino e pesquisa em aviação agrícola, nada tem a ver com as atividades vedadas no art.9º da Lei 9.317/96, **nem tampouco com a atividade de engenheiro**. Que a Receita somente poderia estar pretendendo enquadrar como assemelhados já que nenhuma outra hipótese se encaixa. Assim foi utilizada a analogia para a sua exclusão, e que em direito tributário o uso da analogia sofre sérias restrições, mais especificamente quanto à legalidade, e no caso houve violação direta do art.108, §1º, do CTN, bem como aos arts. 5º, II, e 150, I, da CR de 1988. Juntou ementas do STJ e do Conselho de Contribuintes para apoiar seus argumentos, e acrescenta que o STF ao apreciar liminar na ADIN 1.643/DF, entendeu que o inciso XIII, do art.9º, da Lei 9.317/96, veda a opção ao SIMPLES somente às empresas prestadoras de serviços que dependam de habilitação profissional exigida e regulamentada por lei.

A DRJ/Ribeirão Preto, por sua 1ª Turma de Julgamento, decidiu, por unanimidade, indeferir o pleito. As principais razões alegadas foram:

1. *A atividade exercida pela interessada está prevista no Decreto-lei 917/1969, o qual foi regulamentado pelo Decreto 87.765/1981. O referido Dl, art.2º, §2º, estabelece que a aviação agrícola compreende o emprego de defensivos, de fertilizantes, semeadura, povoamento de águas, combate a incêndios em campos ou florestas e outros empregos. O parágrafo único do art.5º, do mesmo Dl, determina que os candidatos ao curso de aviação agrícola deverão ser titulares de licença de piloto comercial ou privado.*

2. *Além disso o art.6º, do Decreto 87.765/81 determina que a empresa só poderá obter registro e operar no território nacional se, entre outras condições, possuir engenheiro agrônomo responsável pela coordenação das atividades com emprego da aviação agrícola, devidamente registrado no CREA, e possuir pilotos devidamente licenciados pelo Ministério da Aeronáutica e portadores de certificado de conclusão do curso de aviação agrícola, desenvolvido ou reconhecido pelo Ministério da Agricultura e homologado pelo DAC- Departamento de Aviação Civil. E ainda, os responsáveis pela*

execução dos trabalhos de campo deverão ser técnicos em agropecuária de nível médio, com curso de executor técnico em aviação agrícola, desenvolvido ou reconhecido pelo Ministério da Agricultura.

3. *Em face do disposto no art.9º, XIII, da Lei 9.317/96, observa-se que os serviços prestados pela impugnante envolvem obrigatoriamente os misteres de engenheiro agrônomo, piloto habilitado em aviação agrícola e técnico em agropecuária com curso de executor técnico em aviação agrícola. Todas essas profissões estão abrangidas nas vedações daquele artigo (sic).*

4. *Não houve emprego de analogia, mas sim a mera aplicação da vedação legal expressa na norma referida.*

5. *A manifestante também argúi a impossibilidade de retroação da exclusão do SIMPLES. A MP 2.158-35, de 24.08.2001, e a IN SRF 335/2003, retornaram à regra primitiva da Lei 9.317/96, ou seja, a exclusão de ofício voltou a ter efeito retroativo, respeitando, todavia, o período em que estava vigente a Lei 9.732/98. Neste caso, o ADE 35 é de 23.03.2004 e a data de opção pelo SIMPLES foi em 01.01.1997, portanto o efeito da exclusão por decorrência da legislação regente deve ser a partir de janeiro de 2002 (art.24, da IN SRF 355/03).*

6. *Ademais a autoridade julgadora deve observar o entendimento da SRF, consoante o disposto na Portaria MF 258/2001. No tocante aos acórdãos do Conselho de Contribuintes, não constituem norma geral de direito tributário, e o art.100, do CTN, somente reconhece esse caráter às decisões, colegiadas ou singulares, a que a lei atribua eficácia normativa, e inexistindo tal lei a eficácia dos acórdãos suscitados limita-se ao caso julgado e às partes correspondentes.*

Pelo exposto se manteve o indeferimento do pedido pelo contribuinte.

Cientificado da decisão em 21.07.2005, a empresa interessada postou nos correio seu recurso voluntário, tempestivamente, em 26.07.2005 (vide fls.64).

Argumenta em resumo que se afigura inconcebível admitir a existência de um conceito de microempresa e de empresa de pequeno porte para fins de anistia de dívida com o sistema financeiro (art. 47, §1º, do ADCT) e outro especialmente para fins de benefício fiscal. Se o direito é uno, resta evidente que o SIMPLES está aberto a todas as atividades econômicas, ou não está aberto a nenhuma. Não foi por outra razão que o TRF/3ª Região reconheceu, em Agravo, o direito de uma sociedade civil de profissão regulamentada optar pelo SIMPLES nos termos transcritos às fls.70, e concedeu efeito suspensivo com eficácia ativa à decisão *a quo*, em face do f.b.j e da evidência de possibilidade de prejuízo grave de não lograr a impetrante a obtenção da inscrição no SIMPLES, pela alegação de vedação contida no art.9º, XIII, da Lei 9.317/96, restrição não prevista no §1º, do art.47, do ADCT.

Diz que a regra discriminatória que impede este regime para certas atividades contraria expressamente os artigos 150, II, 170, IX e 179, da CRFB/88, assim como o art.47, §1º, do ADCT.



Pede a reforma da decisão recorrida, por sua nulidade ou ilegalidade, conforme razões expostas.

É o Relatório. 

Voto

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário e se trata de matéria da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes.

Em que pesem as argumentações de inconstitucionalidade do art.9º da Lei 9.317/96, falece competência a este colegiado administrativo para afastar a aplicação de lei formalmente aprovada pelo Congresso Nacional, e sancionada pelo Presidente da República, e que até ulterior decisão da Corte Constitucional permanece vigente e gerando efeitos. Há até decisão do STF, rel. Min. Mauricio Correa, em que o Pretório Excelso reconhece a constitucionalidade dos critérios administrativos de restrição ao regime sem ferir a isonomia.

Também não vejo nenhuma razão para qualquer arguição de nulidade do processo.

Apreciadas as argumentações, observa-se que assiste razão à decisão recorrida quando adverte que o art.6º, do Decreto 87.765/81 determina que a empresa(de aviação agrícola) só poderá obter registro e operar no território nacional se, entre outras condições, possuir engenheiro agrônomo responsável pela coordenação das atividades com emprego da aviação agrícola, devidamente registrado no CREA, e possuir pilotos devidamente licenciados pelo Ministério da Aeronáutica e portadores de certificado de conclusão do curso de aviação agrícola, desenvolvido ou reconhecido pelo Ministério da Agricultura e homologado pelo DAC- Departamento de Aviação Civil.

Estas características exigidas para a atividade a tornam incompatível com o regime do SIMPLES em face das vedações assinaladas no art.9º, XIII, com relação ao desenvolvimento de atividade empresarial que preste serviço profissional de engenheiro (agrônomo no caso), ou de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, como é o caso de piloto de avião, civil ou comercial.

Pelo exposto voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2006


ZENALDO LOIBMAN – Relator

Voto Vencedor

Conselheira Nanci Gama, Redatora Designada

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Egrégio Terceiro Conselho de Contribuintes.

A questão central cinge-se à exclusão do contribuinte da sistemática do regime simplificado de tributação, sob o argumento de que este exerce atividades impeditivas à opção por referido regime, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Inicialmente, cumpre-me ressaltar que o processo em questão originou-se com a representação fiscal apresentada por Auditor Fiscal da Previdência Social que, em suas razões para a exclusão da ora recorrente, arguiu a prestação de serviços de aplicação aérea de produtos de proteção agrícola que impedem a opção do contribuinte pela sistemática do SIMPLES, nos termos da decisão SRF nº 57/98 – 10ª RF.

A Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto - SP, tendo em vista o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9317/96 e o disposto no Decreto nº 86.765, de 22 dezembro de 1981, acolheu as razões da representação fiscal interposta (fls. 02), e determinou a emissão de Ato Declaratório (fls. 38) para excluir a ora recorrente do sistema simplificado de tributação.

Com efeito, o Decreto nº 86.765, de 22 de dezembro de 2001, em seus artigos 5º e 6º, determina que a empresa de aviação agrícola está obrigada a ser registrar no Ministério da Agricultura, e que somente obterá o referido registro e poderá operar no território nacional a empresa que, entre outras condições, possuir engenheiro agrônomo, responsável pela coordenação das atividades a serem desenvolvidas com o emprego da aviação agrícola, devidamente registrado no CREA, bem como possuir pilotos devidamente licenciados pelo Ministério da Aeronáutica e portadores de certificado de conclusão do curso de aviação agrícola, desenvolvido ou reconhecido pelo Ministério da Agricultura e devidamente homologado pelo Departamento de Aviação Civil – DAC.

Sendo assim, não restam dúvidas que assiste razão à DRF de Ribeirão Preto que determinou a exclusão do contribuinte do SIMPLES, uma vez a prestação de serviços de aviação agrícola envolve, obrigatoriamente, os serviços profissionais de piloto agrícola, engenheiro agrônomo e técnico em agropecuária, atividades cujo exercício requer habilitação profissional legalmente exigida, impedindo a opção pelo regime simplificado de tributação.

Sucedem que o Ato Declaratório Executivo nº 35, de 23 de março de 2004 (fls. 38), que determinou a exclusão do contribuinte do SIMPLES, não demonstrou o nexo entre o motivo e a norma jurídica, limitando-se a discriminar o evento que ensejou a exclusão, nos seguintes termos: *"tendo em vista que a mesma pratica atividade assemelhada àquelas cujo exercício depende de habilitação profissional, inclusive a de engenheiro, a qual encontra vedação no inciso XIII, do art. 9º da Lei nº 9.317/96."*

Conforme já demonstrado, a razão determinante que motivou a exclusão do contribuinte da sistemática do SIMPLES foi especialmente o disposto no Decreto nº 86.765 que obriga as empresas de aviação agrícola a contratarem engenheiros e outros profissionais

que necessitam de habilitação profissional, e não tão somente a vedação contida no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96 .

Nesse sentido, é certo que o ato declaratório da DRF de origem que excluiu o contribuinte do regime simplificado de tributação não capitulou corretamente a situação excludente, razão pela qual não pode surtir efeitos.

Vale dizer que, referida imprecisão no ato de exclusão compromete inequivocamente o direito de ampla defesa do contribuinte, eis que os fatos que justificam a sua exclusão não se coadunam com a base legal consignada no mesmo.

Com efeito, é pacífico, nesta esfera administrativa o entendimento de que o ato declaratório que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma e conteúdo, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram. Caso contrário, é ato nulo.

É nesse sentido que vem decidindo este Terceiro Conselho de Contribuintes, do qual esta Relatora faz parte. A referendar o que ora se afirma, transcreve-se a seguinte ementa:

"ATO DECLARATÓRIO NULO. O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma e conteúdo, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que embasaram. Caso contrário, é ato nulo. São nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, e a nulidade prejudica os atos posteriores que dependem diretamente do ato nulo ou dele sejam consequência. A hipótese de nulidade expressa, legal, deve ser declarada a qualquer tempo, independentemente de arguição, sendo os atos inquinados inaproveitáveis. ACATADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO." (Terceiro Conselho de Contribuinte, Terceira Câmara, Recurso Voluntário nº 124896, Sessão de 12/05/04)

Por todo o exposto, voto pela nulidade do Ato Declaratório Executivo, bem como de todos os outros atos que dele sejam consequência.

É como voto.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2006


NANCI GAMA – Redatora Designada