



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 10940.002310/2003-53
Recurso nº : 132.593
Sessão de : 09 de novembro de 2006
Recorrente : FRIOSUL ISOLAMENTO TÉRMICO LTDA.
Recorrida : DRJ-CURITIBA/PR

R E S O L U Ç Ã O Nº 302-1.324

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente


ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO.
Relatora

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieriegatto, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Corinthians Oliveira Machado, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Luis Antonio Flora. Ausente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº : 10940.002310/2003-53
Resolução nº : 302-1.324

RELATÓRIO

A contribuinte em epígrafe (doravante denominada Interessada), mediante Ato Declaratório Executivo nº 002/2004 (fl. 109), foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), pelo qual havia optado.

A exclusão, de ofício, promovida pela Delegacia da Receita Federal em Ponta Grossa, foi motivada, vale dizer, por uma Representação Administrativa, do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Segundo consta daquela Representação (fl. 03/05), a ora Interessada exerceria atividade de locação de mão-de-obra, o que lhe vedaria optar pelo SIMPLES, de acordo com o artigo 9º, XII, “f” da Lei 9.317/96.

Inconformada, a Interessado apresentou a peça impugnatória de fls. 112/120, na qual alega, em síntese:

(i) É nulo o Ato Declaratório Executivo (ADE) porque imputa ao Interessado o *“exercício da atividade de prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra”* que nada tem a ver com a atividade efetivamente exercida, que é a prestação de serviços de isolamento térmico e comércio varejista de peças para isolamento térmico, conforme o Contrato Social;

(ii) Cerceamento ao direito de defesa, uma vez que somente foi cientificado posteriormente à concretização da exclusão, sendo-lhe somente facultada a defesa *a posteriori*, ferindo o art. 5º, LV da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988; aduziu, ainda, que a exclusão somente se poderá dar depois de esgotados os recursos administrativos facultados ao contribuinte;

(iii) Houve ofensa ao princípio da irretroatividade porque está sendo excluído retroativamente (a partir 01/01/2002), pelo ADE de 27/02/2004, em violação ao art. 112, II do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

(iv) Reitera que a sua atividade é a de prestação de serviços de isolamento térmico e comércio varejista de peças para isolamento térmico, que não seria vedada ao Simples, e cita também as Soluções de Consulta nº 50 de 29/03/2001 e nº 26, de 19/02/2002, relativas à atividade de transporte de cargas ser permitida ao Simples;

(v) Acusa que ocorreram ofensas aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, porque está sendo vítima de discriminação

Processo nº : 10940.002310/2003-53
Resolução nº : 302-1.324

em relação a outras empresas também pequenas e que permanecerão incluídas no Simples.

A decisão recorrida (fls. 129/138), proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba/PR, por sua vez, colocou as razões para o não acolhimento da impugnação nos seguintes termos:

- Primeiramente no tocante à nulidade do ADE e do próprio procedimento administrativo, em razão do desrespeito a Princípios Constitucionais (fl. 131) os argumentos são:

“No tocante à arguição da contribuinte de ser nulo o ADE, sob os argumentos de que este se deveu ao exercício da atividade de prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra que nada tem a ver com a atividade exercida pela interessada, de que houve cerceamento do direito de defesa por somente lhe ter sido facultada a defesa a posteriori, de que houve ofensa ao princípio da irretroatividade por que está sendo excluída desde 01/01/2002, pelo ADE de 27/02/2004, e de que foram ofendidos aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, cabe ressaltar, que tais fatos não se inserem nas previsões da legislação de se considerar nulo tal ato.

Estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, in verbis:

“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.

(...)

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.”

Como se vê, de acordo com o art. 59, I, supra, só se pode cogitar de declaração de nulidade de ADE - que se insere na categoria de ato ou termo -, quando esse ato for lavrado por pessoa incompetente (art. 59, I). A nulidade por preterição do direito de defesa, como se infere do art. 59, II, transcrito, somente pode ser declarada quando o cerceamento está relacionado aos despachos e às decisões, ou seja, somente pode ocorrer em uma fase posterior à exclusão, consoante determinado no § 3º incluído no art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, pela Lei nº 9.732, de 1998, que se transcreve adiante, nesta mesma decisão.

Processo nº : 10940.002310/2003-53
Resolução nº : 302-1.324

Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, a teor do art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972. Caso não influam na solução do litígio, também prescindirão de saneamento.”

- Após, a decisão versou acerca do efeito retroativo do ADE, para atingir a situação do Interessado a partir de 01.01.2002, de acordo com a Instrução Normativa SRF nº 250, de 26 de novembro de 2002, substituída pela IN SRF nº 355 de 29 de agosto de 2003 (fls. 132/133):

“A contribuinte foi cientificada da exclusão em 09/03/2004 e a legislação que embasou o ADE permite que os efeitos da exclusão se dêem a partir de 01/01/2002, conforme a Lei nº 9.317, de 1996, e alterações:

“Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

II- a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º; (Redação dada pela MPV nº 2.158-35, de 24.8.2001)

(...)

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.”(Grifou-se.)

A Instrução Normativa SRF nº 250, de 26 de novembro de 2002, revogada pela IN SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003, que manteve a mesma redação, esclareceu com base na legislação vigente:

“Efeitos da exclusão

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

(...)

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

Processo nº : 10940.002310/2003-53
Resolução nº : 302-1.324

I - do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001;

II - de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.”

No caso, a situação excludente vem ocorrendo desde 12/02/2001, data em que a empresa foi constituída e ingressou no Simples, e a empresa só foi excluída a partir de 01/01/2002, o que veio a ser um benefício, se comparado com o que determinou a redação dada pela MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, reedição da MP nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, ambas anteriores à emissão do ADE da empresa, sendo a última delas medida provisória em tramitação anterior à Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, portanto ainda em vigor, de onde se extrai também a conclusão de que descabe a argumentação sobre ser inválida a exclusão devido à irretroatividade da lei.

Assim o ADE emitido em 27/02/2004, cientificado em 09/03/2004, excluindo a empresa do Simples a partir de 01/01/2002, e tendo ocorrido a situação excludente até 31/12/2001, é legal.”(g.o.)

- Por fim, um parágrafo, em especial, define o entendimento fixado na decisão de primeira instância, acerca da natureza da atividade desempenhada pelo Interessado, no sentido de tratar-se de atividade de locação de mão-de-obra, nos termos do artigo 9º, XII, “f” da Lei 9.317/96 (fl. 137, in fine):

“No caso, os contratos, os orçamentos e as notas fiscais evidenciam que a litigante executa serviços de mão-de-obra especializada que se classificam como empreitada exclusivamente de mão-de-obra, onde o resultado é a própria execução dos serviços, estabelecendo-se, assim, sua similitude com a locação de mão-de-obra, vedada ao Simples.”

Cientificado do teor da decisão acima em 11 de janeiro de 2005, a Interessada apresentou recurso voluntário no dia 09 de fevereiro do mesmo ano.

Na nova peça processual (fls. 142/161) alega, em síntese, as mesmas razões aduzidas na impugnação, já elencadas neste relatório, dispensada, assim, sua repetição.

É o relatório.

Processo nº : 10940.002310/2003-53
Resolução nº : 302-1.324

VOTO

Conselheira Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Relatora

O Recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

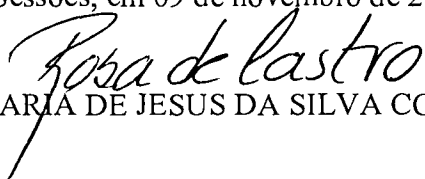
Conforme narrado, a Interessada foi excluída do SIMPLES em função de a fiscalização do INSS ter entendido que a mesma exercia atividade de locação de mão-de-obra (o que lhe vedaria optar pelo SIMPLES, de acordo com o artigo 9º, XII, da Lei 9.317/96).

Em sua defesa, a Interessada alega, basicamente, atividade que presta serviços de isolamento térmico e comércio varejista de peças para isolamento térmico, que não seria vedada ao Simples. Junta contratos no intuito de comprovar suas alegações.

Neste caso, esta Relatora não ficou convencida se as atividades efetivamente exercidas pela empresa são ou não impeditivas à opção pelo SIMPLES.

Pelo exposto e objetivando a busca da verdade material, arguo a preliminar de conversão do julgamento em diligência à Repartição de Origem para que a mesma promova a averiguação da real atividade exercida pela contribuinte, por meio de procedimentos de fiscalização (fiscalização *in loco*, registros contábeis, notas fiscais, recursos humanos empregados, etc).

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2006


ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO
Relatora