



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

Processo n° : 13629.001076/2003-78
Recurso n° : 132.888
Acórdão n° : 303-33.478
Sessão de : 17 de agosto de 2006
Recorrente : HOMERO MORAES ARAÚJO LTDA.
Recorrida : DRJ/JUIZ DE FORA/MG

PRELIMINAR. NULIDADE. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. A teor do §3º, do artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, quando se 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.

SIMPLES. OPÇÃO. EXCLUSÃO. SERVIÇOS DE SONORIZAÇÃO, FOTOGRAFIA, FILMAGENS E LOCAÇÃO DE *OUT DOORS*. A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com a vedação disposta no inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96. Deve a Recorrente ser readmitida no sistema, a partir da data da opção, em observância ao inciso I, do art. 4º, c/c §2º, do mesmo artigo, da Lei nº 10.964/2004, incluído pela Lei nº 11.051, de 29/12/04.

ALCANCE DA VEDAÇÃO. A vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, não alcança microempresas e empresas de pequeno porte constituídas para a exploração de atividade econômica caracterizada pela prestação de serviços e circulação de bens, que envolvam profissionais diversos, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em:

28 SET 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Zenaldo Loibman, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente). Ausente o Conselheiro Sérgio de Castro Neves. Presente o Procurador da Fazenda Nacional Leandro Felipe Bueno Tierno.

Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

RELATÓRIO

Trata-se de manifestação de inconformidade face à exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte – Simples, através do Ato Declaratório Executivo nº 431.135, emitido em 07/08/2003, com efeitos a partir de 01/01/2002, em razão de exercício de atividade vedada: “outras atividades relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeos”.

Às fls. 01/19, consta a Impugnação apresentada, na qual alega sucintamente os seguintes termos:

i. a sociedade constitui uma firma mercantil individual que tem como objeto social a sonorização, fotografia, filmagens e locação de out doors, nesse contexto, fornece o material necessário para realização de vários eventos, conforme notas fiscais de serviço em anexo;

ii. não há que se aplicar as vedações da Lei do Simples, conquanto inconstitucionais, além disso, a realidade fática que envolve as atividades desempenhadas pela ora solicitante não subsumem o fato abstrato previsto na norma de vedação;

iii. a exclusão somente possui efeitos a partir da data de sua ciência, malgrado conste no referido ato declaratório que sua retirada do programa tenha se dado “a partir de 01/01/02”, não podendo se aventar, em hipóteses alguma, em “tributação retroativa”;

iv. entende-se por profissão regulamentada aquela que possui dispositivo legal expresso lhe definindo os contornos, limites, direitos e deveres no seu exercício;

v. a atividade segundo a qual, vedada estaria a manutenção no Simples, seria atividade de Publicitário, porém esta atividade não condiz com a realidade das atividades exercidas, eis que apenas oferece o material necessário usado para publicidade;

vi. a atividade de Publicitário pressupõe necessariamente a dedicação de um profissional do ramo da publicidade que fará a propaganda dos eventos, bem como é regulamentada, pois ditos profissionais precisam estar cadastrados nos respectivos conselhos que lhe regulamenta;



Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

vii. existe expressa legislação que delimita o exercício das atividades, tornando-a defesa, proibida, àqueles que não preencham os requisitos mínimos, bastantes e necessários ao seu desempenho, requisitos estes também prescritos nesta legislação;

viii. as pessoas jurídicas que prestam serviços profissionais de publicidade nada mais são que uma associação de profissionais liberais de profissão regulamentada – publicitários – que se dedicam a fazer propaganda e divulgar eventos;

ix. não disponibiliza a publicidade dos eventos, mas apenas oferece o material necessário para tal publicidade, ou seja, disponibiliza os equipamentos e materiais através dos quais poderá ser feita a publicidade dos eventos;

x. de acordo com o princípio da legalidade, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, assim, deste princípio resulta a possibilidade de obrigação em virtude de lei;

xi. a legalidade, como princípio da Administração Pública, significa que o agente público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso;

xii. a lei para o particular significa “pode fazer assim” e para o agente público significa “deve fazer assim”;

xiii. não havendo previsão legal de que as atividades da solicitante, que não são de publicidade, são vedadas pelo artigo 9º da Lei nº9.317/96, agir de forma contrária esmaga o princípio da legalidade;

xiv. no tocante ao princípio da tipicidade, a norma abstrata prescrita deve ser completa e irrestritamente satisfeita, de modo a gerar novas obrigações dela decorrente, tal fenômeno é denominado subsunção do fato à abstração da norma, sem o qual a norma não é aplicável;

xv. no caso em testilha, comprovado está que “as atividades da solicitante não se enquadra (sic) como prestação de serviços profissionais de Publicitário, razão pela qual a hipótese abstrata contida na norma de vedação não resta minimamente subsumida, preenchida, pela realidade fática da solicitante”, o que torna a Lei nº 9.317/96 inconstitucional;

xvi. é classificada como microempresa, visto atender o inciso I, art. 2º da Lei nº 9.841/99, nestes termos usufrui de tributação diferenciada, simplificada, conforme fixa o art. 179 da CF/88;

Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

xvii. a Constituição Federal de 1988, bem como a lei que disciplina o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte não fizeram qualquer distinção acerca das atividades desenvolvidas pelas microempresas ou empresas de pequeno porte, entretanto, o art. 9º da Lei nº 9.317/96 veda o direito de benefício a algumas atividades específicas;

xviii. a Lei Maior, a qual todas as demais devem respeito e congruência, determina que a legislação infra-constitucional dispensará, indistintamente, tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte – a todas elas, sem outorgar ao legislador ordinário ou mesmo ao complementar, competência para restringir seu mandamento;

xix. caso o legislador quisesse limitar a determinado ramo de atividade o logar dos benefícios do Simples, poderia tê-lo feito desclassificando as empresas da posição de microempresa ou empresa de pequeno porte, desta forma, estaria efetivamente vedada à opção ao regime;

xx. todavia, ao editar a Lei nº 9.841/99, o legislador não gerou o efeito desejado, qual seja: o direito a vedação pela forma correta, qual seja, desclassificação das microempresas ou empresas de pequeno porte;

xxi. através da Lei 9.317/96 instituiu vedações às pessoas jurídicas efetivamente enquadradas como microempresas ou empresa de pequeno porte, mas não em razão desta característica, mas sim das atividades que desenvolve, fato inadmissível, conquanto a Constituição Federal de 1988, determina o incentivo a todas e quaisquer pessoas jurídicas definidas como microempresa ou empresa de pequeno porte;

xxii. malgrado conste no Ato Declaratório que sua retirada do programa tenha se dado à partir do dia 01/01/02 os diplomas legais e jurisprudências comprovam que fora injusta sua exclusão, bem como esta só poderia gerar efeitos a partir da sua ciência, não podendo se aventar “tributação retroativa”;

xxiii. segundo o princípio da irretroatividade é vedada a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instruído ou aumentado, caso contrário, a segurança jurídica estaria abalada, isto porque o início da vigência da lei, não pode ser anterior a data da sua publicação;

xxiv. como a lei não retroage para cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início de sua vigência, que ocorre com a devida publicação, os efeitos da exclusão também não podem retroagir a fatos anteriores à ciência da referida exclusão, posto que a ciência é como se fosse a publicação da lei

Conclui que somente poderá sofrer os efeitos da exclusão quando
ciente da exclusão.



Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

Diante de todo o exposto, o contribuinte requer o provimento da presente impugnação, para que seja reconsiderada a exclusão do contribuinte do Simples.

Para corroborar seus argumentos faz uso de escólios doutrinários, bem como de jurisprudência do STF e DT 6ª RF.

Anexa os documentos de fls. 20/34.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal em Coronel Feliciano/MG, esta declarou que o contribuinte optou por apresentar Impugnação, desta forma, entendeu que cabe à Delegacia da Receita Federal de Julgamento a apreciação dos autos.

Para que não houvesse cerceamento de defesa do contribuinte, foi reaberto o prazo para que apresentasse novas razões.

Ciente do despacho de fls. 39/40 (AR de fls. 42-vº), o contribuinte reiterou seus argumentos já apresentados e, para seguimento do processo, os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora/MG, a qual indeferiu o pedido do contribuinte, devido a este exercer atividade vedada à forma de tributação simplificada, tendo em vista o entendimento de que a pessoa jurídica que presta serviços de sonorização de eventos não pode aderir ao Simples, pois a execução desses serviços de engenharia depende de habilitação profissional legalmente exigida, de acordo com a legislação de regência.

Inconformado com a decisão exarada, o contribuinte interpôs tempestivo Recurso Voluntário de fls. 36/57, no qual renova seus argumentos e pedidos já apresentados, alegando, ainda, a falta de motivação do Ato Declaratório, devido à descrição inexata, sem precisão dos motivos de fato e de direito que lhes serviu de embasamento, o que acarreta na sua nulidade insanável.

Afirma que fora excluído do Simples por força do inciso XIII, do art. 9º da Lei nº 9.317/96, ocorre que da análise da referida norma, nota-se que é necessário adivinhar em qual situação fora enquadrado, haja vista ter fundamentado toda sua impugnação com base nos serviços profissionais de publicitário, eis que eram os únicos que poderiam se confundir com os prestados.

O ato administrativo é motivado pela circunstância de fato e de direito que autoriza ou imputa ao agente público a prática do ato administrativo, o qual deve ser devidamente fundamentado, para que o contribuinte possa fazer uma avaliação do ocorrido, assim como, verificar se realmente descumpriu alguma condição, com o fim de saber acerca do que irá recorrer.

Por fim, o Ato Declaratório deve ser anulado, tendo em vista que não preenche os requisitos de validade do ato administrativo.



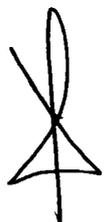
Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

Isto posto, requer o provimento do Recurso Voluntário, para que seja reformada a r.decisão recorrida, tendo em vista a nulidade do Ato Declaratório.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 58, última.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de 25/08/99.

É o relatório.



Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Ultrapassada a análise da presença dos requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, passo ao julgamento dos presentes autos, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

No que tange à preliminar de nulidade apontada pela Recorrente, inicialmente, entendo que esta possui razão.

De fato, observa-se que o Ato Declaratório de Exclusão (fls. 26), apesar de fundamentar a exclusão no XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 05/12/96 e descrever as supostas atividades realizadas pela empresa (“outras atividades relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeo”), deixou de mencionar qual a atividade inserta no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96 em que se enquadrariam tais atividades.

Noutros termos, deixou de esclarecer se tais atividades configuravam-se vedadas, por exemplo, por serem atividades de engenheiro, publicitário, arquiteto e, assim por diante.

Frise-se que o fator complicador, *in casu*, é que efetivamente nota-se que o contribuinte defendera-se, até a decisão monocrática de primeira instância, quanto às atividades de “publicitário”, isto é, restou cerceada sua defesa, porquanto acreditara que este era o motivo de sua exclusão. Porém, qual a sua surpresa quando a Delegacia da Receita Federal motivou a exclusão por exercício de atividades de “engenharia”.

Nestes termos, entendo que poderia ser decretada a nulidade do Ato Declaratório de Exclusão em questão, entretanto, diante do que dispõe o artigo 59, §3º¹, do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, a respeito das nulidades, ultrapasso esta questão, para apreciar a questão de mérito.

Assim, pelo que se verifica da decisão monocrática recorrida, a matéria em exame refere-se à exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, formalizada em Ato Declaratório de Exclusão, fundamentado no inciso XIII do artigo 9º, da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, a qual veda a opção à pessoa jurídica:

¹ “§3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

“XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, **engenheiro**, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou **assemelhados**, e de qualquer outra profissão cujo exercício **dependa de habilitação profissional legalmente exigida;**”

De plano, cumpre consignar que a legislação atinente ao SIMPLES, até pelos motivos ensejadores da instituição do sistema, nos deixa clara a idéia de que seu objetivo é o de inclusão das empresas que se enquadrem em seus requisitos, sendo a exclusão de contribuintes um evento que decorre do não cumprimento das exigências necessárias à opção pelo referido sistema.

Neste contexto, é claro que da análise isolada do dispositivo supra citado, poder-se-ia até chegar-se à conclusão de que é devida a exclusão da Recorrente.

Ocorre que, apenas por constar em sua Declaração de Firma Individual (fls. 24) “Sonorização, fotografia, filmagens e locação de *out doors*”, como atividade da Recorrente, não é suficiente para proceder à exclusão da sistemática de pagamento aqui tratada.

É claro que o legislador elegeu a atividade econômica desempenhada pela pessoa jurídica como excludente da concessão do tratamento privilegiado do SIMPLES e que tal classificação não considerou o porte econômico do contribuinte, mas sim a atividade exercida pelo mesmo. Portanto, indiferente os critérios quantitativos de faturamento ou receita da pessoa jurídica que tem como atividade uma das elencadas no dispositivo legal.

Mas, a interpretação da norma que previu a condição excludente não pode andar sem que se estabeleçam limites, ou não restariam contribuintes que pudessem optar pelo referido sistema.

É de se reconhecer que, ainda que admitamos que a interpretação das normas do SIMPLES seja restritiva em relação à possibilidade de opção e extensiva em relação às atividades elencadas nas exclusões, não vejo, neste caso, como as disposições do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317/96, possam ser aplicadas.

Isto porque, *in casu*, não se trata, efetivamente, de atividade de engenheiro ou assemelhados, como pretende a decisão monocrática, eis que não consta de seu objeto social atividade que dependa exclusivamente de um engenheiro.

Processo nº : 13629.001076/2003-78
Acórdão nº : 303-33.478

Tenho para mim que o limite do termo “assemelhados” do inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº. 9.317/96, encontra seu limite no conteúdo valorativo da atividade, ou seja, não se pode tomar uma parte para designar o todo.

E mais, não são necessários maiores argumentos para que se conclua que a atividade de “sonorização, fotografia, filmagens e locação de *out doors*” (fls. 24) não exige preparação específica ou habilitação legalmente exigida, o que só demonstra que este prestador de serviços não pode ser comparado ao engenheiro ou até mesmo a um técnico, os quais prestam serviços que se encontram listados dentre os que ensejam na vedação à opção.

De outro lado, vedar sua opção ao Simples nos termos do dispositivo em questão, é outorgar à lei ordinária poder hierárquico superior à Constituição Federal, posto que tal interpretação vem de encontro ao disposto no artigo 150, inciso II², e 179³ da Carta Magna.

Com efeito, referidos dispositivos constitucionais prescrevem tratamento diferenciado, tanto para as microempresas, quanto para as empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, restando vedada, pelo texto constitucional, qualquer possibilidade de instituição de desigualdade entre contribuintes de situação equivalente.

Concluo, pois, que a vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, não alcança as microempresas e as empresas de pequeno porte, assim constituídas para exploração de atividade econômica com o fim de circulação de bens e prestação de serviços, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

Por fim, é de se dizer que a vedação se aplica nos casos de prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva e levada a efeito diretamente pelo profissional elencado no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, e seus assemelhados, aí caracterizada a personalidade e habilidade profissional na prestação do serviço.

² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

³ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Processo n° : 13629.001076/2003-78
Acórdão n° : 303-33.478

Observe-se, por último, quanto aos efeitos do retorno da Recorrente ao sistema, que de acordo, ainda, com a nova redação do §2º, do art. 4º, Lei 10.964, de 28 de outubro de 2004, oferecida pela Lei nº 11.051, de 29/12/2004:

“as pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham sido excluídas do Simples exclusivamente em decorrência do disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, poderão solicitar o retorno ao sistema, **com efeitos retroativos à data de opção desta**, nos termos, prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal-SRF, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação prevista na legislação”.

Portanto, como a atividade desenvolvida pela ora Recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como excludente da possibilidade de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, para readmiti-la no sistema a partir da data da opção.

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 2006.


MILTON LUÍZ BARTOLI - Relator