



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Recurso nº : 129.690
Acórdão nº : 301-32.528
Sessão de : 22 de fevereiro de 2006
Recorrente : GERBELLI INDÚSTRIA E CORMÉCIO LTDA.
Recorrida : DRJ/RIBEIRAO PRETO/SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. São nulos os despachos e as decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Processo que se anula a partir do despacho de fls. 52 a 61, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anular o processo a partir do despacho de fls. 52 a 61, inclusive, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho.

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Acórdão nº : 301-32.528

RELATÓRIO

A contribuinte acima qualificada, em 03/12/2002, formalizou perante a ARF/Americana/SP pedido de cancelamento de sua exclusão do SIMPLES que teria ocorrido em 20/10/1997, sob a alegação de que não recebeu o Ato Declaratório de Exclusão. Cita a Decisão nº 225, de 28/09/2000, publicada no D.O.U., de 09/11/2000.

Em 05/12/2002, a repartição de origem, no despacho de encaminhamento do processo à DRF/Limeira, para análise do pleito, informa que a exclusão questionada é indevida e deve ser anulada de acordo com a NOTA SEVAC/DIVAT/SRRF Nº 01/2002, de 24/04/2002 (fl. 19).

Em 07/01/2003, a interessada foi intimada a apresentar as cópias das DIPJ de 1998 a 2002 e dos DARFs – código 6106 a partir de janeiro de 1997. Em atendimento à intimação a interessada trouxe aos autos os documentos de fls. 22/50.

Em 24/02/2003, o chefe da SACAT da DRF/Limeira, por delegação de competência, indeferiu o pleito da interessada, por meio da decisão de fls. 52/61, ao fundamento de que a empresa se enquadra nas vedações previstas no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, por desenvolver atividade assemelhada à de engenharia, ou seja, *“desenvolvimento de projetos de industrialização de produtos metalúrgicos e a prestação de serviços de usinagem e assistência técnica no segmento.”*

Intimada da Decisão da DRF (fl. 63), a interessada apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 64/66), alegando, em síntese, que:

- ✓ não houve ato declaratório de sua exclusão do Simples e apenas tomou conhecimento da exclusão ocorrida em 20/10/1997 quando da Solicitação de Pesquisa de Situação Fiscal e Cadastral, protocolada em 04/11/2002;
- ✓ em nenhum momento pleiteou a inclusão retroativa no SIMPLES;
- ✓ em relação à atividade impeditiva, esclarece que a empresa realiza atividade que não exige conhecimento técnico especializado, pois recebe o projeto do cliente e o executa segundo suas determinações, e o Contrato Social tem uma previsão geral que não especifica detalhadamente a atividade da empresa.

Reitera, ao final, o pedido de cancelamento da exclusão, conforme formalizado à fl. 01.

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Acórdão nº : 301-32.528

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ/RP0, indeferiu a solicitação da interessada por meio do Acórdão nº 4.776, de 11/12/2003 (fls. 70/74), cuja fundamentação base encontra-se consubstanciada na sua ementa, verbis:

“Ementa: OPÇÃO. VEDAÇÃO.

A prestação de serviços de usinagem e assistência técnica no segmento, por ser atividade específica de engenheiro e de profissionais que dependem de habilitação profissional legalmente exigida, impede a opção pelo Simples.

Solicitação Indeferida.”

De acordo com o relator do voto-condutor do acórdão, a situação da interessada era de não optante pelo SIMPLES, razão pela qual acolheu sua petição como solicitação de inclusão com efeitos desde a data inicial e a indeferiu por entender que exercia atividades típicas de engenheiro.

Cientificada do acórdão proferido, a interessada apresentou o recurso voluntário de fls. 77/98, no qual, em síntese, suscita a nulidade das decisões proferidas nos autos, por violação de princípios constitucionais e omissão quanto à análise das seguintes questões fáticas e jurídicas:

DOS FATOS:

1.1. Optou pelo SIMPLES em 19/03/1997, por meio de formulário do MF;

1.2. Em 02/10/2000, foi excluída do SIMPLES pelo ADE 342.152, em razão de débitos inscritos em dívida ativa da União junto à PGFN;

1.3. Tendo feito opção pelo REFIS, o ADE foi derogado, conforme notificação recebida em 01/11/2000;

1.4. Em 04/11/2002, consultando o sistema de emissão de certidão da SRF tomou conhecimento de sua exclusão sumária do SIMPLES com data retroativa a 20/10/1997;

1.5. Em 03/12/2002, formulou requerimento perante a SRF solicitando o cancelamento da exclusão, ante a inexistência de expedição de ato declaratório comunicando-a da exclusão.

1.6. O referido requerimento deu início ao procedimento administrativo epigrafado.

2. DO DIREITO:

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Acórdão nº : 301-32.528

2.1. O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte é um direito garantido, entre outros, nos arts. 170, IX e 179, da CF e está disciplinado nas Leis nºs 9.317, de 1996 e 9.841, de 1999;

2.2. A recorrente preenche todos os requisitos legais e necessários para optar pelo SIMPLES e não incide em qualquer das vedações previstas no art. 9º da Lei nº 9.317/96;

2.3. Em março de 1997 pleiteou e obteve a inclusão no SIMPLES, com efeitos retroativos a janeiro de 1997, conforme comprovam os documentos anexos;

2.4. Não recebeu nenhuma notificação dando-lhe conhecimento de sua exclusão com data retroativa a 20/10/1997;

2.5. Assim, as decisões administrativas proferidas ferem os princípios constitucionais que norteiam a atuação do administrador público e negam vigência aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal garantidos a todos;

2.6. Na hipótese dos autos, as autoridades que analisaram o caso, cada vez alteravam sua interpretação a favor do Poder Público, sem se importarem com a ausência da legalidade ou da publicidade do ato de exclusão, violando, ainda, os princípios da impessoalidade e da razoabilidade;

2.7. Ademais, as decisões administrativas fundaram-se em presunção, pois a mera indicação no contrato social da empresa da possibilidade de prestação de serviços de assistência técnica não autoriza a sua exclusão sumária do SIMPLES, e, tampouco, a qualificação profissional de um dos seus sócios; faz-se necessário a comprovação de que as atividades da recorrente, de fato, se enquadram nas hipóteses de vedação previstas na lei para fins de sua exclusão do sistema, conforme vasta jurisprudência que traz à colação.

3. DOS REQUERIMENTOS:

3.1. Com fundamento nos princípios do contraditório e da ampla defesa a recorrente requer que seja determinado à Autoridade Administrativa competente que apresente as razões para manutenção das decisões administrativas ora guerreadas, demonstrando, de forma fundamentada, quais os elementos dos autos que comprovariam o exercício de atividades que justificariam a exclusão do SIMPLES;

3.2. Realizada a diligência requerida, que seja dado provimento ao recurso, declarando a reforma das decisões proferidas e determinando a manutenção da recorrente no SIMPLES.

É o relatório.

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Acórdão nº : 301-32.528

VOTO

Conselheiro Atalina Rodrigues Alves, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; dele, pois, tomo conhecimento.

Trata o processo de pedido de cancelamento de exclusão do SIMPLES, formalizado pela recorrente em 03/12/2002, sob o fundamento de que não teria recebido o Ato Declaratório de Exclusão.

O pedido, por demais simples, devidamente fundamentado, resumiu-se a um parágrafo e a sua solução, tão simples quanto o pedido foi apresentada no dia 05/12/2002, quando a repartição de origem, no despacho de encaminhamento do processo, para análise do pleito, à DRF/Limeira, informa, à fl. 19, que a exclusão questionada é indevida e deve ser anulada de acordo com a NOTA SEVAC/DIVAT/SRRF Nº 01/2002, de 24/04/2002.

Encaminhado o processo à DRF/Limeira, esta o devolveu à repartição de origem para intimar a interessada a apresentar as cópias das DIPJ de 1998 a 2002 e dos DARFs – código 6106 a partir de janeiro de 1997, o que foi atendido de pronto, trazendo a interessada aos autos os documentos de fls. 22/50.

Os referidos documentos comprovam de forma inequívoca que a interessada desde janeiro de 1997 recolheu seus tributos e contribuições na sistemática do SIMPLES, sistema para o qual fez sua opção dentro do ano-calendário de 1997.

Não obstante o pleito, por ocasião de sua análise, se encontrar devidamente instruído, inclusive com a indicação do ato que fundamentaria a sua solução, a autoridade administrativa que o apreciou, por delegação de competência, conseguiu, por meio de um despacho decisório de 10 (dez) páginas, indeferir o pedido e transformar o que era SIMPLES e simples em um verdadeiro e confuso campo de batalha jurídica para a interessada, conforme razões e fundamentos consubstanciados na sua ementa, *in verbis*:

“EMENTA: SIMPLES – OPÇÃO RETROATIVA PELA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELO REGIME TRIBUTÁRIO INTITULADO SIMPLES – OBJETO SOCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TORNO PARA TERCEIROS E USINAGEM EM GERAL. SUA ALTERAÇÃO PARA INDUSTRIALIZAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS METALÚRGICOS.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE USINAGEM E ASSISTÊNCIA TÉCNICA NO SEGMENTO.

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Acórdão nº : 301-32.528

VEDAÇÃO QUE SE CONSTATA A PARTIR DA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL ATRIBUÍDA AO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA (DESENHISTA PROJETISTA DE MÁQUINAS).

É VEDADA A OPÇÃO PELO SIMPLES ÀS PESSOAS JURÍDICAS QUE PRESTEM SERVIÇOS PROFISSIONAIS RELATIVOS A QUALQUER PROFISSÃO CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL LEGALMENTE EXIGIDA, AINDA QUE NÃO EXPRESSAMENTE LISTADOS NO INCISO XIII, DO ART. 9º, DA LEI Nº 9.317/1996.

A VEDAÇÃO À OPÇÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO INTITULADO SIMPLES INDEPENDE DA FORMAÇÃO PROFISSIONAL DE SEUS SÓCIOS, POIS O IMPEDITIVO ESTÁ VINCULADO À NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE QUE A PESSOA JURÍDICA EXPLORA: ENGENHARIA OU ASSEMBLADO.

OPÇÃO RETROATIVA PELO SIMPLES INDEFERIDA.

Basta uma simples leitura da ementa, bem como da qualificação do relator do despacho decisório de fls. 52/61, objeto de impugnação pela contribuinte, para se concluir que referido despacho se encontra eivado de nulidades, seja por vício de incompetência da autoridade que o prolatou, seja por preterição do direito de defesa da interessada na obtenção da tutela jurisdicional postulada na esfera administrativa.

1. DA NULIDADE DO DESPACHO DECISÓRIO DE FLS. 52/61, POR VÍCIO DE INCOMPETÊNCIA.

Ao tratar das nulidades o Decreto nº 70.235, de 1972, assim, dispõe no seu art. 59:

“Art. 59. São nulos:

- I. (...)
- II. os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.” (destacou-se)

Nos termos do inciso XX, do art. 227, da Portaria MF nº 259, de 24/08/2001, compete aos Delegados da Receita Federal a apreciação de pleitos do contribuinte sobre matéria tributária.

unidos

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Acórdão nº : 301-32.528

Por sua vez, a Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina, expressamente, no seu art. 13, inciso II, *verbis*:

“Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - (...);

II - (...)

II - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade;”

Cumprе ressaltar que, por disposição expressa do art. 69 da citada lei, os seus dispositivos aplicam-se, subsidiariamente, ao processo administrativo fiscal.

Ressalte-se que o despacho decisório de fls. 52/61 foi prolatado pelo Chefe da SACAT/DRJ/Limeira/SP, por delegação de competência, na vigência da Lei nº 9.784, de 1999.

2. DA NULIDADE DO DESPACHO DECISÓRIO DE FLS. 52/61, POR AFRONTA A PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

Os despachos e as decisões administrativas devem ser emitidos com respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sob pena de nulidade, por preterição do direito de defesa do interessado.

No caso em tela, a contribuinte postulou perante a SRF o cancelamento da sua exclusão do SIMPLES, por não ter sido emitido o devido ato declaratório de exclusão.

Cabe observar que a exclusão questionada, nos termos do despacho da repartição de origem, à fl. 19, seria indevida e deveria ser anulada de acordo com a NOTA SEVAC/DIVAT/SRRF Nº 01/2002, de 24/04/2002.

Ocorre que sobre o pleito da interessada e sobre o despacho de fl. 19 não há qualquer manifestação no despacho decisório de fls. 52/61, pois, ali, se constata, de plano, que o seu relator alterou o pedido de cancelamento de exclusão por ausência de ato declaratório para pedido de opção retroativa pelo SIMPLES a partir da data da exclusão.

Ao deixar de se manifestar expressamente sobre o pedido formulado, ignorando os seus fundamentos, as provas trazidas aos autos, bem como o parecer emitido pela repartição de origem sobre a matéria questionada, o despacho decisório de fls. 52/61 afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa. Frise-se que estes princípios constitucionais se inserem dentro do princípio do devido processo legal com vistas a garantir ao peticionário, quer seja na esfera administrativa

unhas

Processo nº : 13886.001591/2002-36
Acórdão nº : 301-32.528

ou judicial, obter uma decisão devidamente fundamentada no direito e nas provas trazidas aos autos, cujo alcance deve limitar-se aos estritos termos do pedido.

Ressalte-se que, nos termos do inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, retrotranscrito, são nulos os despachos proferidos com preterição do direito de defesa.

Assim, constatado que o despacho decisório de fls. 52/61 é nulo, nos termos do art.59, II, do Decreto nº 70.235, de 1972, há que se anular o processo a partir dele, inclusive, o que prejudica a apreciação da suscitada nulidade da decisão de 1ª instância por ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, visto que esta, também, não apreciou o pleito da interessada.

Diante do exposto, voto no sentido de anular o processo, a partir do despacho decisório de fls. 52/61, inclusive, para que outro, em boa forma e dentro dos preceitos legais, seja proferido.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 2006


ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora