



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 13888.000683/2005-21
Recurso nº 137.667
Assunto Solicitação de Diligência
Resolução nº 303-01.407
Data 26 de março de 2008
Recorrente TRIÂNGULO SERVIÇOS E EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.407

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira 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.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Vanessa Albuquerque Valente. Ausente o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli. Ausente justificadamente o Conselheiro Tarásio Campelo Borges.

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou a decisão recorrida, que passo a transcrever:

A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório Executivo n.º 566.291 (fl. 52), de 02/08/2004, emitido pelo Sr. Delegado da Receita Federal em Piracicaba, foi excluída a partir de 01/01/2002 do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei n.º 9.317, de 05/12/1996 e alterações posteriores, em virtude de sua atividade econômica: 2929-7/02 Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral.

A exclusão foi fundamentada na Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, art. 9º, XIII; art. 12, art. 14, I, art. 15, e Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27 de julho de 2001, art. 73, Instrução Normativa n.º 355, de 29 de agosto de 2003, art. 20, XII; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

Insurgindo-se contra a referida exclusão, a contribuinte apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão à Opção pelo Simples (SRS) junto àquela Delegacia que se manifestou pela improcedência do citado pleito.

Cientificada do julgamento da SRS, a contribuinte ingressou com manifestação de inconformidade (fls. 01/19) aduzindo, em síntese, o seguinte:

Nulidade do Ato Declaratório.

Segundo a contribuinte, o ato declaratório foi praticado em total discordância com o nosso ordenamento jurídico, devendo ser cancelado. Também, a decisão da DRF/Piracicaba foi proferida sem respaldo fático e jurídico, o que, além de ofender o princípio da motivação dos atos administrativos, desrespeita as garantias fundamentais, pois dificulta a ampla defesa.

Ilegalidade do Ato Declaratório.

A exclusão do Simples teria sido arbitrária uma vez que se trata de uma pequena oficina de consertos de equipamentos elétricos, cujos serviços prestados prescindem de profissional habilitado legalmente ou com conhecimentos técnico específico, sendo evidente o despropósito de se assemelhar tais serviços, meramente técnicos (assistência/auxiliar), à atividade exercida por um engenheiro, que pressupõe estudo, planejamento, projeto, desenho e especificação de máquinas e de processos mecânicos. Afirmou que não se trata de



atividade assemelhada a de engenheiro, nem idêntica, nem análoga, nem muito parecida.

Concluiu que a autoridade administrativa não demonstrou a subsunção do fato à norma; que agiu de forma discricionária e ilegal, pois não há previsão expressa em lei que proíba a contribuinte de exercer a sua atividade na sistemática do Simples; e que não poderia excluí-la do Simples pelo mero fato de considerar a atividade assemelhada com as atividades vedadas por lei; que deveria levar em consideração o tratamento diferenciado concedido pela Constituição Federal (art. 170, IX).

Irretroatividade do ato declaratório.

Alegou que a retroatividade dos efeitos da exclusão a 01/01/2002 é absurda, pois desrespeita os princípios constitucionais (CF, art. 150, III, a), as normas gerais de direito tributário (CTN, art. 106, I e II, c), e a própria lei do Simples (Lei n.º 9.317, de 1996, art. 15, II), argumentando que "o mês em que ocorreu a situação excludente" não pode ser outro senão o mês em que a contribuinte recebeu a notificação do ato declaratório.

Ponderando os fundamentos expostos na manifestação de inconformidade, decidiu o órgão julgador de 1ª instância por, nos termos do voto do relator, indeferir o pedido de re-inclusão, conforme se observa na leitura da ementa abaixo transcrita:

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Empresa que explora atividade de reparação, manutenção e instalação de máquinas e equipamentos elétricos e eletromecânicos, por caracterizar prestação de serviços profissionais de engenharia e/ou de técnicos que dependem de habilitação profissional legalmente exigida, não pode optar pelo Simples.

Se a situação excludente ocorreu até 31/12/2001, a exclusão efetuada no Ano-calendário de 2002 e seguintes operará efeitos a partir de 01/01/2002.

ATO DECLARATÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. DESCABIMENTO.

Estando os atos administrativos revestidos de suas formalidades essenciais e descrevendo de forma clara e precisa sua causa e capitulação legal, não se há que falar em sua nulidade

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de arguições de inconstitucionalidade. Tal competência é privativa do Poder Judiciário.



Solicitação Indeferida

Mantendo sua irresignação, comparece a recorrente aos autos para, em sede de Recurso Voluntário, sinteticamente, reiterar suas razões de inconformidade e pugnar pela reforma da decisão de 1ª instância.

É o relatório.

A handwritten signature in dark ink, consisting of a large, stylized 'S' or 'D' shape with a horizontal stroke extending to the right.

VOTO

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Relator

O recurso é tempestivo: conforme se observa no AR de fl. 73, a recorrente tomou ciência da decisão de 1ª instância em 22 de janeiro 2007 e, no protocolo de fl. 74, apresentou suas razões de recurso em 13 de fevereiro do mesmo ano. Preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dele se devem tomar conhecimento.

Em nome da clareza, analiso cada um dos fundamentos argüidos em sede de Recurso Voluntário.

1- Nulidade do Ato Declaratório de Exclusão

Sustenta a recorrente que o Ato Declaratório que materializou a exclusão da recorrente do Simples (DRF/PCA nº 566.291, de 02 de agosto de 2004)¹ é nulo, pois não teria observado os pressupostos de validade inerentes a qualquer ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Com o máximo respeito, não comungo dessa opinião.

Como relembrou o i. relator no voto condutor do recorrido, no âmbito do processo administrativo fiscal, em respeito à regra gizada no art 59, I e II do Decreto nº 70.235/72, só se cogita de nulidade se caracterizada:

- a) incompetência do agente;
- b) cerceamento do direito de defesa.

Ora, o ato foi assinado pelo Delegado da Receita Federal que jurisdiciona o estabelecimento da recorrente, indicou os fatos que, no seu sentir, fundamentariam a sua emissão e, finalmente, os dispositivos legais que dariam respaldo à sua prática.

Discutir se os fatos elencados se subsumem ou não à legislação é discussão de mérito. Obviamente, se afastada a relação de incidência da norma ao fato, cabe à autoridade julgadora rever o ato, não anulá-lo.

Voto no sentido de afastar a preliminar de nulidade do ato declaratório de exclusão.

2- Impedimento em Razão da Atividade Desempenhada

A leitura do voto condutor do acórdão hostilizado permite concluir que o indeferimento da inclusão pleiteada está amparado, essencialmente, na percepção dos

¹ Doc. de fl. 52



julgadores de 1ª instância de que o objeto empresarial da recorrente caracterizaria atividade típica de engenheiro ou de técnicos de nível superior ou médio, impedidos de optar pela sistemática do simples em razão da regra insculpida inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317, de 1996. Trouxe à colação a Resolução nº 218, de 29 de junho de 1973 do Confea;

A possibilidade de adesão ao SIMPLES por pessoa jurídica que se dedique determinadas atividades de reparação e manutenção continua sendo alvo de muitos debates em sede de contencioso administrativo tributário.

Ocorre que, ao meu ver, pelo menos para as atividades de reparo de máquinas de escritório, de informática ou ainda de eletrodomésticos essa discussão foi definitivamente superada pelos incisos IV e V do art. 4º da Lei nº 10.964, de 2004 que, após alterado pelo art. 15 da Lei nº 11.051/2004, passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades:

(...)

IV – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

V – serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos.

§ 1º Fica assegurada a permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com efeitos retroativos à data de opção da empresa, das pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham feito a opção pelo sistema em data anterior à publicação desta Lei, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação.

§ 2º 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 previstas na legislação.

A dificuldade está, a meu ver, na investigação da atividade efetivamente desempenhada pela recorrente.

Como ressaltou o i. relator, no voto condutor do acórdão hostilizado, essa informação não foi esclarecida pela recorrente que, nas oportunidades em que se manifestou no processo, limitou-se a afirmar que é uma pequena oficina de consertos de equipamentos elétricos, cujos serviços prescindem de profissional habilitado.

Por outro lado, essas informações não foram igualmente trazidas ao processo pela autoridade responsável pela exclusão, que embasou seu ato no código de atividade

declarado na correspondente Ficha Cadastral (FCPJ) e no contrato social que, a meu ver, pouco esclarece a esse respeito.

Note-se que tal distinção é de suma importância para a solução do litígio em função de que, conforme a natureza do conserto ou do bem consertado, efetivamente configurar-se-ia impedimento.

Assim sendo, a meu ver, demonstra-se imprescindível que se complemente a instrução do processo, mediante a realização de diligência, a ser conduzida pelo órgão jurisdicionante do estabelecimento da recorrente, em que seja apurada qual a natureza dos bens sobre os quais exerce sua atividade e quais são os reparos que executa.

Voto, portanto, pela conversão do presente julgamento em diligência, a fim de que sejam esclarecidos tais elementos.

Sala das Sessões, em 26 de março de 2008.



LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Relator