MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	:	13894.000312/2004-80
Recurso nº	:	133.139
Acórdão nº	:	303-33.211
Sessão de	:	25 de maio de 2006
Recorrente	:	RY SYSTEMS SERVIÇOS LTDA.
Recorrida	:	DRJ/CAMPINAS/SP

Simples. Exclusão Indevida. Afastadas as preliminares suscitadas, no mérito é de se decidir que não poderá ser confundido com atividade de informática privativa de engenheiros ou assemelhados ramo de prestação de serviços de editoração eletrônica. Atividade exercida não se encontra enquadrada nas atividades incluídas nos dispositivos de vedação à opção pelo regime especial do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte.
Comprovado que a recorrente se dedica ao ramo de prestação de serviços de editoração eletrônica, prestados por técnicos de nível médio, e que este ramo não se confunde com a prestação de serviços privativos de engenheiros, assemelhados e profissões legalmente regulamentadas, sendo essa atividade exercida pela recorrente perfeitamente permitida pela legislação vigente aplicável, é de se reconsiderar o ato declaratório que a tornou excluída do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte - simples.
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.

ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente

SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Formalizado em: 27 JUN 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, 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.

RZ

RELATÓRIO

Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório nº 471.551, de 7 de agosto de 2003 (fls. 19), em virtude de a contribuinte exercer atividade econômica não permitida.

Cientificada do indeferimento de sua SRS em 09/03/2004 (fl. 24), a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 1/11, em 06/04/2004, alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

- por ter impedido o ingresso no Simples a um número infindável de pequenas empresas, o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não cumpriu a diretriz constitucional de dispensar à microempresa e à empresa de pequeno porte tratamento favorecido e simplificado das obrigações tributárias. Houve uma inconstitucionalidade parcial, pois nesse aspecto a Lei nº 9.317, de 1996, foi além do permitido constitucionalmente. Da mesma forma, é inconstitucional a recente Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, que excluiu algumas pessoas jurídicas das restrições do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, sem observar os princípios da igualdade e da razoabilidade;

- o ato de exclusão não pode produzir efeitos retroativos, por violar o princípio da irretroatividade das normas tributárias, previsto na Carta Magna. Por isso, somente após o trânsito em julgado administrativo ou judicial da decisão definitiva de exclusão do Simples é que a recorrente deverá sofrer os efeitos da exclusão, isso caso não seja reintegrada ao sistema.

A DRF de Julgamento em Campinas - SP, através do Acórdão Nº 8.828, de 02/03/2005, indeferiu a solicitação da recorrente, nos seguintes termos, que a seguir se resume, sem no entanto, transcrever algumas legislações constantes do texto original:

"A manifestação de inconformidade é tempestiva, pelo que dela se conhece.

A primeira alegação da contribuinte diz respeito á constitucionalidade da legislação que rege o Simples, não cabendo, portanto, apreciação por esta Turma de Julgamento. Com efeito, no âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe exclusivamente verificar se o ato praticado pelo agente do Fisco está, ou não, conforme a lei, sem emitir juízo da legalidade ou constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Nesse aspecto, a jurisprudência administrativa tem o entendimento de que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal – art. 102, inciso I, alínea "a", e inciso III, da Constituição Federal. Portanto, é defeso

aos órgãos administrativos, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei que fundamenta o procedimento fiscal, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto. Isso porque, a decisão de não aplicá-la ao caso concreto, até por razão lógica, é precedida de um juízo e conseqüente declaração: o reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo aplicado.

Ora, se irrecorrível, a decisão administrativa favorável ao sujeito passivo, tem o poder de colocar fim à lide, e, portanto, a inconstitucionalidade reconhecida nesta esfera torna-se definitiva, posto que esta deliberação não será submetida ao crivo revisional colocado sob guarda do supremo Tribunal Federal.

Aliás, essa sempre foi a orientação emanada dos Órgãos Centrais da Administração, como exarado no Parecer Normativo CST nº 329, de 1970, que, a despeito de ser editado anteriormente à atual Constituição, utiliza fundamentos que em última análise ainda permanecem válidos desse parecer extrai-se o seguinte trecho:

... a argüição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Essa vinculação do agente administrativo somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Esse é o mesmo entendimento manifestado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Parecer PGFN/CRE nº 948, de 02 de julho de 1998) acerca da disposição contida no Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Não se olvide, ainda, que a Portaria MF nº 103, de 23/04/2002, inseriu o art. 22.A nos Regimentos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e dos Conselhos de Contribuintes, aprovados pela Portaria MF nº 55, de 16/03/1998, vedado que seja afastada a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, em virtude de inconstitucionalidade, que não tenha sido anteriormente reconhecida, na forma e pelas autoridades dispostas em seu parágrafo único. Por decorrência, se aqueles órgãos de instância administrativa superior estão impedidos de apreciar questão de inconstitucionalidade, a mesma conclusão é de ser adotada para a instância inferior.

Sobre a questão, confira-se o Acórdão 203-08361, de 21/08/2002, da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, ementado nos seguintes termos:

NORMAS PROCESSUAIS – PRELIMINAR – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Não compete à autoridade administrativa o juízo sobre constitucionalidade de norma tributária, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por força de dispositivo constitucional. Preliminar rejeitada.

No tocante à alegação da contribuinte de que sua exclusão não poderia ser retroativa, é de se registrar que o fato de a contribuinte ter efetuado opção, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade da própria contribuinte, que a exerce se e quando o quiser, sujeitando-se, apenas, à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode, e deve, excluí-lo de tal sistemática. Assim, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo.

Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples, sobreleva lembrar que o art. 73, da Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001, convalidada pela MP 2.158/35, de 24/08/2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata de seus termos (transcrito).

Estribado nesse dispositivo legal, o art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002, repetido pelo art. 24 da Instrução Normativa nº 355, de 2003, dispôs o que transcreveu no original.

Constata-se, portanto, que as aludidas instruções normativas, ao fixarem a data de início dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1.999, que determina à Administração a observância do princípio da segurança jurídica.

Nem se diga que estaria ocorrendo aplicação retroativa de nova interpretação, o que também é vedado à Administração, pelo inciso XIII do citado art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, haja vista que as atividades da contribuinte impediam o seu ingresso na sistemática do Simples, tendo ela, contribuinte, efetuado a opção por sua conta e risco e, portanto, sujeita à fiscalização posterior.

Em face do exposto, voto no sentido de se conhecer da manifestação de inconformidade, por tempestiva, para, no mérito, indeferir a solicitação da contribuinte. Pedro Luís de Godoy Machado – Relator".

A recorrente tomou ciência dessa decisão através da Comunicação recebida via AR e apresentou, tempestivamente, as razões de sua insatisfação recursal à este Terceiro Conselho de Contribuintes.

Em seu arrazoado, além de manter os argumentos explanados em preliminares na exordial, referentes a garantias constitucionais e inconstitucionalidades de leis, a recorrente rebateu os argumentos utilizados pela DRF

de Julgamento, reafirmando que por meramente prestar serviços de editoração eletrônica, de maneira alguma necessita de exigência de profissional técnico de profissão regulamentada, sendo esta atividade inerente a qualquer cidadão e podendo ser exercida comercialmente por quem quer que seja, portanto, não está vedada sua opção pelo SIMPLES.

Outrossim, afirma que a exclusão da ora recorrente se deu exclusivamente por mera suposição, uma vez que não teria ficado esclarecido naquela ocasião, qual realmente eram os serviços prestados pela mesma, assim, a decisão guerreada baseou-se em meras suposições ou conclusões indevidas.

Por fim, requereu a sua manutenção de continuidade dentro do regime simplificado do SIMPLES, dando provimento ao seu recurso.

É o relatório

VOTO

Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Relator

Tomo conhecimento do recurso, que é tempestivo, tendo em vista que a recorrente tomou ciência da decisão da DRF de Julgamento em Campinas – SP, através da Comunicação 369/2005 via AR em data de 07/04/2005 (fls. 35), tendo apresentado suas razões recursais com anexos, devidamente protocolados na repartição competente da SRF em 29/04/2005 (fls. 37 a 59) estando revestido das formalidades legais, bem como, trata-se de matéria da competência deste Colegiado.

Pelas razões acima expostas, deduz-se que a exclusão da recorrente do SIMPLES se deu, conforme ADE da DRF /GUA de nº 471.751 de 07/08/2003, pelo motivo de que a mesma prestaria serviços na área de informática, privativa de profissionais de engenharia e assemelhados, por supostamente se tratar de "banco de dados e distribuição *on line* de conteúdo eletrônico", e que seria esta uma atividade econômica vedada pela legislação aplicável em vigor.

Em sede de preliminar, não assiste razão a recorrente quanto às alegações de garantia institucional para continuar enquadrada na sistemática do SIMPLES em função da simplificação das obrigações tributárias das pequenas empresas, e quanto a argüição de inconstitucionalidade das Leis Nºs 9.317/96 e 10.034/2000.

Primeiramente por que, se a legislação vigente permite que o contribuinte faça a opção sem a prévia manifestação do Fisco, não impede a sua apreciação posterior, quanto a legalidade daquele ato, por parte da Receita Federal, com vistas a verificação da regularidade da opção. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime do SIMPLES, não somente pode, como é dever excluí-la de tal sistemática, isto no momento de sua apreciação, a partir da data do ato ilegal, quando comunicará o fato ao contribuinte da irregularidade cometida, que é exatamente o ato de exclusão. A legislação competente em vigor, concede autorização legislativa para que a exclusão se possa dar com efeitos retroativos à data da situação excludente.

Ainda em preliminar, meras alegações por pretenso descumprimento de diretrizes constitucionais, não deverão ser apreciadas, já que não estão compreendidas no juízo dos tribunais administrativos, pois o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do poder judiciário, e no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

No mérito, de plano, é dever se concluir que as atividades privativas do engenheiro são somente as Atividades listadas de 01 a 08, na Resolução CONFEA

Nº 218, pois as demais, de 09 a 18, são concorrentes com os Tecnólogos e os Técnicos de Grau Médio, ou seja, exemplificando, são privativas somente as atividades de Supervisão, estudo, planejamento, projeto, estudo de viabilidade técnico-econômica, assessoria, consultoria, direção de obra, ensino, pesquisa, vistoria, perícia, dentre outros, conforme ressalta o artigo 25 dessa Resolução.

Observa-se, ainda, que não há exigência ou pré-requisito legal algum para que sejam executados os serviços propostos e que vêm sendo exercidos pela recorrente, como seja, a de editoração eletrônica, prestados por técnicos de nível médio, não havendo necessidade de profissão legalmente habilitada para exercer tal atividade.

Destarte, entendemos que este tipo de prestação de serviços da recorrente (prestação de editoração eletrônica), prestados por técnicos de nível médio, não representa serviço profissional de engenharia (eletrônica) ou assemelhado, nem há necessidade de exercício por profissão legalmente regulamentada. Não sendo, portanto, no nosso entendimento, atividade vedada para opção pelo Simples, mesmo que fosse configurado como atividade enquadrada no item 7240-0/00 (Atividades de banco de dados e distribuição *on line* de conteúdo eletrônico).

Observe-se ainda, que a recorrente se encontra devidamente amparada nos termos do art. 8º, inciso II, § 6º da Lei 9.317/1996 (parágrafo acrescido pela Lei 10.833/2003), combinado com o Art. 106 , inciso II, alínea "b" do Código Tributário Nacional, não estando suas atividades abrangidas pelas vedações contidas nos dispositivos legais que regem a sistemática do SIMPLES, fazendo jus, portanto, aos benefícios desse regime especial de pagamento.

Em vista disso, concluímos que as atividades exercidas pela recorrente, estão entre aquelas permitidas pela legislação para inclusão no SIMPLES.

Por essas razões, é de se reconsiderar o ATO DECLARATÓRIO que tornou a recorrente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. Então,

VOTO para que seja dado provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 25 de maio de 2006

SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator