



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

Processo n° 10166.000908/2005-05
Recurso n° 137.685 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n° 303-35.079
Sessão de 30 de janeiro de 2008
Recorrente INOVAÇÃO TELECOMUNICAÇÕES LTDA
Recorrida DRJ-BRASÍLIA/DF

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

SIMPLES. EXCLUSÃO. "INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CABOS DE INFORMÁTICA E DE TELEFONES". ATIVIDADE ECONÔMICA. CONSTRUÇÃO CIVIL E SERVIÇOS PROFISSIONAIS DE ENGENHEIRO OU ASSEMELHADOS. LC 123, de 14/12/06.

Reza o § 1º, inciso XIII, do artigo 17, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que as vedações do dispositivo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente à "construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de empreitada" ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação.


Também nos termos da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, §2º, "poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no caput deste artigo".

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, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


MILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro, Celso Lopes Pereira Neto e Davi Machado Evangelista (Suplente). Ausente a Conselheira Nanci Gama.

Relatório

Trata-se de exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, baseado em Representação Administrativa, constante às fls. 03/05, que constatou, em diligência, situação de vedação/exclusão à opção Simples.

Consta da Representação que desde o início de suas atividades, em 01/04/02, o Contrato Social previa entre os seus objetivos a execução de obras e serviços sujeitos a regulamentação legal, com responsabilidade técnica da empresa exercida por profissional contratado pela sociedade. Além disso, outro objetivo da empresa é a prestação de serviços de instalação e manutenção de equipamentos telefônicos e de telecomunicações.

Consta ainda que as notas fiscais emitidas pela empresa comprovam a prestação de serviços especializados em telecomunicações, além de instalação, manutenção e reformas de redes elétricas.

Logo, entendeu-se que a empresa não poderia em nenhum momento ser optante do Simples, devendo ser excluída desde o momento de sua opção pelo programa, já que a atividade está inserida nas vedações à opção pelo Simples, contidas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Anexos os documentos de fls. 06/19.

Anexo às fls. 24/28, o Ato Declaratório Executivo nº 23, de 15/06/2005, fundamentado em situação excludente, qual seja, execução de obra de construção civil e prestação de serviços profissionais de engenheiro, ou assemelhados, e de técnicos em eletrônica e eletricidade, com efeitos a partir de 01/04/2002.

Inconformado com a exclusão, o contribuinte apresentou Impugnação às fls. 36/43, na qual alega, em suma, que:

a) jamais executou, de forma secundária ou principal, qualquer tipo de obras de construção civil, sendo improcedente, portanto, sua exclusão do Simples;

b) consta em seu contrato social a atividade de “compra e venda de equipamentos telefônicos e de telecomunicações; prestação de serviços de instalação e manutenção de equipamentos telefônicos e de telecomunicações; conexão a provedor de internet e cabeamentos de redes de computadores”, os quais são exercidos por profissionais habilitados, porém com vínculo apenas empregatício, não societário, logo, não se pode falar em atividade vedada ao Simples;

c) foi utilizado o termo assemelhado para desenquadrar a empresa do sistema simplificado, baseado em analogia e interpretação extensiva, procedimento vedado pelo § 1º, do art. 108 do CTN;

d) como a fiscalização não tinha como identificar objetivamente a atividade do contribuinte, a exclusão exarada é ilegal, pois em caso de

dívida deve-se favorecer ao acusado, baseado no art. 112 do CTN, doutrina e jurisprudência;

e) a C.F., em seu art. 170, preconiza tratamento diferenciado às microempresas, não cabendo ao legislador ordinário interpretação restritiva em ato meramente administrativo, como observado no art. 2º da Lei 9.317/96;

f) a anuência da inclusão da empresa, em sua inscrição, na opção Simples, por parte da Receita Federal, significa manifestação favorável ao seu enquadramento, mesmo que por omissão, não podendo excluí-la retroativamente;

g) a exclusão não pode ser considerada legítima, pois não atende aos fins previstos no art. 179 da CF.

Diante do exposto, requer reconsideração de sua exclusão do Simples e cancelamento do ADE exarado.

Anexos os documentos de fls. 44/61, dentre os quais, Contrato Social e Declaração de Imposto de Renda.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília (DF), esta indeferiu a solicitação às fls. 66/70, nos termos da seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

Ementa: Exclusão do Simples – Obras de Construção Civil e Serviço Profissional de Engenheiro, ou Assemelhado – Atividades Vedadas.

A execução de obras de Construção Civil e a prestação de serviço profissional de engenheiro, ou assemelhado, correspondem a atividades vedadas à inclusão no Simples.

Efeitos da Exclusão

A exclusão do Simples, no caso dos autos, surtirá efeito a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente.

Solicitação Indeferida.”

Ciente da decisão proferida à fl. 75, o contribuinte apresenta tempestivamente o Recurso Voluntário de fls. 77/86, no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta que:

a) a Lei 10.964/04 autoriza o enquadramento no regime Simples Federal, para as atividades econômicas exercidas pela empresa – instalação e manutenção de cabos de informática e de telefones;

b) foi cometido erro no preenchimento do documento de entrada do CNPJ, relativo a atividade econômica e código do CNAE-fiscal, pois as atividades desenvolvidas se restringem ao comércio, manutenção e

instalação de cabeios de redes telefônicas e de informática em estruturas já formadas em edificações;

c) o erro justificável baseia-se no disposto no ADI/SRF 16/02, pois foi demonstrada a intenção da empresa em aderir ao Simples, e a não objeção do fisco, não implicando em perda de arrecadação ao erário público, não sendo cabível, portanto, o desenquadramento da empresa da opção;

d) aguarda sanção PLC 100/06 – “Supersimples”, que permitirá o enquadramento dos contribuintes que exercem as atividades econômicas erroneamente atribuídas a empresa.

Diante das razões apresentadas, requer a nulidade e improcedência da decisão de primeira instância e de seus efeitos retroativos.

O contribuinte apresentou às fls. 89/91, requerimento de homologação da entrega da declaração anual simplificada 2007, ano-calendário 2006, afim de que seja suspenso os efeitos da exclusão do Simples, até decisão em definitivo nos autos em foco e exclusão do conta-corrente da empresa de débitos relativos ao Simples.

Trouxe aos autos documentos de fls. 92 à 120, entre os quais Contrato Social e Declaração de IRPJ

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 06/11/2007, em um único volume, constando numeração até à fl. 120, última e apenso de fls. 01 à 29.

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.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Cinge-se a questão em exclusão de contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, baseado em Representação Administrativa, às fls. 03/05, que constatou, em diligência, situação de vedação/exclusão à opção Simples.

A exclusão ocorreu por meio do Ato Declaratório Executivo, de 15/06/2005 (fls. 24/28), fundamentado em situação excludente, qual seja, execução de obra de construção civil e prestação de serviços profissionais de engenheiro, ou assemelhados, e de técnico em eletrônica e eletricidade, a partir de 01/04/2002.

Assim, a controvérsia presente nos autos restringe-se à questão da atividade econômica exercida pelo contribuinte, se é, ou não, impeditiva para opção ao Simples.

Diante disso, cumpre-nos analisar o objeto social da ora Recorrente, que afirma desempenhar a atividade de instalação e manutenção de cabos de informática e de telefones.

Consta do Contrato Social a fl. 07 (Cláusula Sétima) e das respectivas Alterações (fls. 52 e 95), que o objetivo da sociedade é:

“compra e venda de equipamentos telefônicos e de telecomunicações; prestação de serviços de instalação e manutenção de equipamentos telefônicos e de telecomunicações; conexão a provedor de internet e cabeamentos de redes de computadores.”

Nesta esteira, esclarece a Recorrente nos autos que exerce a atividade de instalação e manutenção de cabos de informática e de telefone.

Ocorre que, segundo entendimento manifestado pela instância *a quo* (fls. 68), as atividades da Recorrente são serviços auxiliares e complementares da construção civil (com base nas notas fiscais constantes às fls. 13/19), bem como assemelhar-se-iam a de “engenheiro”, tendo em vista que no contrato social consta a prestação de serviços de instalação e manutenção de equipamentos telefônicos e de telecomunicações, bem como que a execução de obras e serviços sujeitos a regulamentação legal, será exercida por profissional contratado pela sociedade.

Desta forma, para o caso em questão, há que se observar, primeiramente, o que dispõe o art. 17, § 1º, XIII, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, que a partir de 1º de julho de 2007, revogou¹ a Lei do Simples (Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996):

¹ Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

§1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exercem em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

(...)

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;” XIII, da dezembro de 1996.

Outrossim, cumpre notar o que artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, que a partir de 1º de julho de 2007, revogou² a Lei do Simples (Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996):

“ Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(....)

“ § 2º Também poderá optar pelo Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa neste artigo, desde que não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação previstas nesta Lei Complementar. (Redação dada pela Lei Complementar nº 127, de 2007). (g.n.)

Neste aspecto, importa esclarecer que, tanto as atividades que o contribuinte afirma desempenhar, quanto àquelas constantes de seu contrato social e das Notas Fiscais constantes às fls. 13/19, não são vedadas pela Lei Complementar nº. 123/2006.

Desta forma, analisando-se as atividades exercidas pela Recorrente entendo que estas não se encontram dentre as impeditivas à opção pelo Simples, não sendo cabível sua exclusão em razão dos motivos aduzidos no ADE.

No entanto, destaco que, mesmo que a Lei nº 9.317, de 05/12/1996, ainda estivesse em vigor, ao contrário da r. decisão recorrida, tenho o particular entendimento de que não há semelhança alguma entre a prestação de serviços de engenheiro ou técnico legalmente habilitado e as atividades exercidas pela Recorrente.

Art. 89 – Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº. 9.841, de 5 de outubro de 1999.

² Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 89 – Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº. 9.841, de 5 de outubro de 1999.

7



No tocante à aplicação da Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, ao presente caso, importa destacar, o que ela própria dispõe, em seu artigo 16, §4º:

“§4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar”. (grifei)

Note-se que a Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, dispôs que a opção pelo ‘Simples Nacional’ das ME (microempresas) e EPP (empresas de pequeno porte) será na forma estabelecida pelo Comitê Gestor, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, para tratar dos aspectos tributário da Lei Geral do Simples.

Com efeito, através da Resolução CGSN nº. 04, de 30/05/07, o mencionado Comitê Gestor, ao regulamentar a opção ao ‘Simples Nacional’, resolveu em seu artigo 18 que:

“Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução.”

Pondero, neste ponto, que tal artigo, primeiramente, convalida a migração automática para o ‘Simples Nacional’, não havendo necessidade, neste sentido, de formalização expressa para a opção.

Noutro aspecto, o dispositivo (*in fine*) ressaltou que só há migração automática caso não haja impedimento para tanto, mas advindos da nova lei.

Entretanto, cumpre ainda notar o que dispõe o §1º da citada Resolução CGSN nº. 04, de 30/05/07, que diz respeito aos casos ainda não definitivamente julgados:

“Art. 18.

(...)

§1º Para fins de opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP, inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº. 9.317/96, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva da esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.”

Desta forma, o dispositivo em questão esclarece que também se consideram regularmente optantes aquelas empresas que se excluídas até 30/06/07, não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial, com relação ao recurso interposto.

Por tudo isto, se conclui que a retroatividade está prevista na própria sistemática da Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, e mesmo que assim não o fosse, o artigo 106, do Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172, de 25/10/1966) estipula que:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

quando deixe de defini-lo como infração;”

E não se diga que não seria o caso da lei nova deixar de definir como ‘infração’, pois se a Lei nº. 9.317/96 discriminava atividades que vedavam a opção ao Simples, caso estas fossem exercidas por contribuinte optante, haveria, nesta hipótese, clara infração ao regime da Lei nº. 9.317/96.

Portanto, se a lei nova não pune mais certo ato, que deixou de ser considerado como infração, também pelo artigo 106 do Código Tributário Nacional, ela retroage em benefício do contribuinte, como no presente.

No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei nº. 4.657, de 04/09/1942), que dispõe em seu artigo 6º que:

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Logo, tal qual prescreve a LICC, a chamada de ‘lei de introdução às leis’, uma vez que dita princípios gerais sobre as normas de direito público e de direito privado (arts. 7º a 19), as normas têm efeito imediato e geral.

Diante do exposto, uma vez que a atividade desenvolvida pela Recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como impeditiva de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, conforme se comprova, bem como pelo disposto no artigo 17, § 1º, inciso XIII e § 2º, do mesmo dispositivo, da Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 30 de janeiro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator