



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 10166.008311/2004-10
Recurso nº 137.686 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.080
Sessão de 30 de janeiro de 2008
Recorrente JL TELECOMUNICAÇÕES E INFORMÁTICA 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: 01/01/2002 a 31/12/2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. *"INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CABOS DE INFORMÁTICA E TELEFONES."* 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.

1



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



MILTON LUIZ BARTOLI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros 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, baseada em Representação Administrativa, constante às fls. 03/05, que constatou, em diligência, situação de vedação/exclusão à opção Simples.

Consta da Representação, em suma, que:

(i) pelo exame do Contrato Social e suas Alterações, constatou-se que a empresa tem como objetivo social, desde a IV Alteração Contratual, registrada em 09/08/93 (fls. 14/16), atividade vedante à opção pelo Simples;

(ii) as Notas Fiscais de Serviços comprovam que a empresa desenvolveu atividades impeditivas à opção pelo Simples, tais como, obras de construção de redes de telefonia e serviços de manutenção de redes de telefonia.

Acompanham a Representação, os documentos de fls. 07/72.

Às fls. 133 consta o Ato Declaratório Executivo nº 16, de 14/06/2005, fundamentado em situação excludente, qual seja, execução de obra de construção civil e prestação de serviços profissionais de engenheiro ou assemelhados, com efeitos a partir de 01/01/2002.

Inconformado com a exclusão, o contribuinte apresentou Impugnação às fls. 141/151, na qual alega, em suma, que:

(i) a descrição da atividade econômica evidenciada não condiz com o que traz a L. 9.317/96, bem como a IN 355/03, em que a atividade econômica que desenquadra a Impugnante não tem referência no capitulado artigo;

(ii) a atividade empresarial de compra e venda de material telefônico e de informática, seus equipamentos e periféricos, manutenção de equipamentos de telefonia e de informática, execução de rede telefônica, assessoria e representação comercial de produtos e telecomunicações, não é, pelo que se vê do contrato social e notas fiscais, condicionante de vedação e desenquadramento dos optantes pelo Simples e nada tem haver com prestação de serviços profissionais, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida de engenheiro ou assemelhado;

(iii) é o cúmulo confundir as atividades inerentes ao comércio, manutenção e instalação de cabiamentos de redes telefônicas e informática em estruturas já formadas em edificações, a qual é atividade profissional que não necessita de habilitação legalmente exigida com as atividades inerentes à engenharia ou assemelhados, as quais consubstanciam atividades profissionais legalmente regulamentadas;

(iv) no caso, não se exerce atividade econômica que dependa de habilitação profissional legalmente exigida, nem mesmo se assemelha às atividades desenvolvidas por engenheiro;

(v) a Lei 10.964/04 autorizou o enquadramento no regime simplificado, retroativamente à 1º de janeiro de 2004, e a atividade da Recorrente se enquadra na alínea 'd', ou seja, instalação e manutenção de cabos de informática, portanto, requer a nulidade do ato de exclusão e o reenquadramento no regime retroativamente a 1º/01/02;

(vi) o §2º, art. 4º, da Lei nº 10.964/04 autoriza que as empresas com as atividades econômicas ali relacionadas, que foram excluídas do Simples até 27/10/04, adquiram seu reenquadramento no regime;

(vii) o art. 106, I, "c", determina a retroatividade da lei mais favorável ao contribuinte e alcança não só penalidades de multa e juros, mas também qualquer descumprimento da legislação tributária;

(viii) como em nenhum momento foi notificada da falta de aceite de seu pedido de enquadramento pela Receita Federal, é mais do que justo de de Direito declarar a existência da relação tributária no Simples, determinando a retificação de ofício do erro de fato ocorrido na entrega da DBE;

(ix) a Impugnante entendeu que estava enquadrada no regime Simples, porém, a descrição da sua atividade econômica errônea, não poderá hoje, de forma retroativa, desenquadrá-la do regime simplificado;

(x) como o contribuinte não recai em nenhuma das vedações do art. 9º da Lei nº 9.317/96, cabe declarar a existência da relação jurídica tributária da requerente com a União no Simples, de acordo com a atividade econômica efetivamente desempenhada.

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

Anexos aos autos, documentos de fls. 152/246, 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. 248/252, 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: 01/01/2002 a 31/12/2002

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

Serviços de instalação de rede telefônica, considerado com serviço auxiliar e complementar da Construção Civil, e a prestação de serviço

profissional de engenheiro, ou assemelhado, correspondem a atividades vedadas à opção pelo Simples.

Efeitos da Exclusão

A exclusão do Simples, surte efeito a partir de 1º de janeiro de 2002, pois a situação excludente ocorreu até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão foi efetuada a partir de 2002.

Solicitação Indeferida.”

Ciente da decisão proferida à fl. 249/252, o contribuinte apresenta tempestivamente o Recurso Voluntário de fls. 261/271, 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 cabeamentos 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 o PLC 100/06 – “Supersimples”, que permitirá o enquadramento dos contribuintes que exercem as atividades econômicas erroneamente atribuídas à empresa.

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

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 06/11/2007, em um único volume, constando numeração até fl. 272, última e constam dois volumes.

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, constante às fls. 03/05, que constatou situação de vedação/exclusão à opção Simples.

A exclusão ocorreu por meio do Ato Declaratório Executivo nº 16, de 15/06/2005 (fls. 133), fundamentado em situação excludente, qual seja, execução de obra de construção civil e prestação de serviços profissionais de engenheiro, com efeitos a partir de 01/01/2002.

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 as atividades de instalação e manutenção de cabos de informática e de telefones.

Consta da Alteração do Contrato Social de fls. 29/33 (Cláusula Quarta), que o objetivo da sociedade é:

“ compra e venda de material telefônico, seus equipamentos e periféricos da área de informática, manutenção de equipamentos de telefonia, execução de rede telefônica e projetos assessoria e representação comercial de produtos e telecomunicações.”

E, segundo entendimento manifestado pela instância *a quo*, examinando-se os contratos e notas fiscais emitidas, verificou-se que a empresa realiza serviço auxiliar e complementar à construção civil (execução de redes telefônicas e projetos) e, “na pior das hipóteses realiza benfeitoria, uma melhoria da edificação. Além disso, entendeu que a Recorrente presta serviço profissional de “engenheiro” ou assemelhado ou outra profissão que dependa de habilitação profissional legalmente exigida. 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):

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

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

(...)

§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;" (g.n.) 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, as atividades que o contribuinte afirma desempenhar, quanto àquelas constantes de seu contrato social e das notas fiscais constantes às fls. 56/63, não são vedadas pela Lei Complementar nº. 123/2006.

Desta forma, analisando-se as atividades exercidas pela Recorrente entendo que as atividades exercidas pela Recorrente 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.

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

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

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:

a) 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.

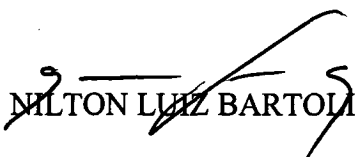
No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei nº. 4.657, de 04/09/1942), que dispõe em seu artigo 6º que:

"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, 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


MILTON LUIZ BARTOLI - Relator