MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10580.002493/2004-24
Recurso nº	136.737 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	303-34.813
Sessão de	18 de outubro de 2007
Recorrente	BIOSERVICE - COMÉRCIO, REP. E SERVIÇOS EM EQUIP. MÉDICO HOSPITALAR LTDA.
Recorrida	DRJ-SALVADOR/BA

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

Data do fato gerador: 16/10/2003

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. "*SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE APARELHOS E UTENSÍLIOS PARA USOS MÉDICOS-HOSPITALARES, ODONTOLÓGICOS E DE LABORATÓRIO*" – LC 123, de 14/12/06. 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

NILTON LUIZ BARTOLI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Luis Marcelo Guerra de Castro, Tarásio Campelo Borges e Zenaldo Loibman.

Relatório

Trata-se de Impugnação devido à exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme Ato Declaratório Executivo nº 492.870 de 02/08/2004 (fl. 81), fundamentado em atividade econômica vedada, qual seja, "manutenção e reparação de aparelhos e utensílios para usos médico-hospitalares, odontológicos e de laboratório", com data da ocorrência em 16/10/2003.

O contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 43/57, na qual alega, em suma que:

> *É empresa que possui como objetivo social a comercialização, montagem e assistência técnica de aparelhos eletrônicos, especialmente de uso médico-hospitalar, que iniciou suas atividades em 05/10/94;*
>
> *Em 18/03/97, protocolizou seu Termo de Opção pelo Simples, no qual constava expressamente a atividade principal desenvolvida pela empresa: "Assistência e Manutenção em Equipamento Médico-hospitalar";*
>
> *A SRF não se opôs ao enquadramento ao Simples, mesmo ciente da atividade desenvolvida, além disso, formulou Consulta formal à Receita Federal no ano de 1999, a qual concluiu que a OS 203/99, revogada pela OS 209/99, não impedia a opção pelo Simples, ou seja, a Consulta não apresentou conclusão hermética e, em momento algum, afirmou que a empresa não poderia estar enquadrada no Simples, em razão de sua atividade;*
>
> *Amparada pela Consulta, continuou desenvolvendo suas atividades, recolhendo regularmente os tributos administrados pela SRF, através do regime simplificado;*
>
> *O Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 492.870 exclui a empresa do Simples, a partir de 01/11/2003 e assinalando como ocorrência 16/10/03 e pior: em 10/09/2004 foi notificada de outro Ato Declaratório, de nº 043/2004, também a excluindo do Simples, desta vez a partir de 01/01/2002, pela ocorrência da mesma situação excludente (atividade econômica vedada, agora apontada como ocorrida em 01/01/2000;*
>
> *Tal procedimento impossibilita a ampla defesa, já que não permite determinar com precisão quando ocorreu a situação excludente, tampouco qual o momento de sua exclusão do regime;*
>
> *Não houve qualquer infração às regras de enquadramento do Simples, pelo simples fato de que a atividade exercida nunca foi vedada pela legislação que rege a matéria;*
>
> *A atividade desenvolvida não é vedada pela legislação do Simples, como se conclui da leitura do ar. 9º, inciso VIII, da Lei nº 9.317/96 c/c art. 20, inciso VII, da IN 355/2003;*

Como não há profissional de engenharia contratado pela Solicitante, não existe razão para exclusão, pois sua atividade não é vedada pela Lei nº 9.317/96, tampouco pela IN 355/2003;

A SRF não pode cobrar o tributo retroativamente, não podendo apanhar fatos geradores passados à exclusão, sob pena de ferir o princípio da confiança e da segurança jurídica.

Requer a nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 43/2004 e a sua reinclusão no SIMPLES.

Trouxe aos autos os documentos de fls. 02/33 e 59/79, entre os quais, Contrato Social e Alterações, cópias de contratos firmados com terceiros, Notas Fiscais de prestação de serviço e Processo de Consulta às fls. 74/77.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Salvador (BA), esta indeferiu a solicitação às fls. 102/112, nos termos da seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 16/10/2003

Ementa: OPÇÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Os serviços de manutenção e reparação de aparelhos e utensílios para usos médico-hospitalares, odontológicos e de laboratório vedam a opção pelo Simples, pois são privativos de profissionais legalmente habilitados, registrados nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA.

Solicitação Indeferida."

Ciente da decisão proferida (AR de fl. 115), o contribuinte apresenta tempestivamente Recurso Voluntário às fls. 116/128, no qual reitera todos os argumentos já apresentados.

Espera e requer a revogação da decisão de primeira instância e sua reinclusão no SIMPLES .

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 15/08/2007, em um único volume, constando numeração até às fl. 108, última, apenso processo 10580.002351/2002-03, também composto de único volume.

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, tempestividade e matéria de competência deste 3º Conselho de Contribuintes, conheço do Recurso Voluntário.

Cabe ressaltar que o cerne da questão encontra-se na exclusão de contribuinte que tendo optado pelo Simples em 01/01/2002, teria contrariado disposição do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Assim, a exclusão do contribuinte se deu por meio do Ato Declaratório Executivo nº 492.870(fls. 81), datado de 02/08/2004, com data da ocorrência de 16/10/03, emitido pela Delegacia da Receita Federal em Salvador, que trouxe como motivo atividade econômica vedada para a opção, qual seja, "*Manutenção e reparação de aparelhos e utensílios para usos médicos-hospitalares, odontológicos e de laboratório*".

Posteriormente, em 12/08/2004, ainda dentro do prazo de impugnação do primeiro Ato, emitiu-se novo Ato Declaratório nº 043 (fls. 83), com o mesmo código descrição de atividade vedada do Ato Declaratório anterior, porém, com efeito a partir de 01/01/2002, decorrente do Parecer/SECAT de fls. 29/31.

No entanto, nos termos da decisão de primeira instância (fls. 106), é o primeiro ADE que deve prevalecer (nº 492.870), tendo em vista ser o primeiro a ser emitido e o mais benéfico à Recorrente.

Cumpre-nos, portanto, analisar o objeto social da Recorrente.

Com efeito, consta da Alteração do Contrato Social de fls. 67, que o objeto social da Recorrente, à época da exclusão, era o de "***assistência técnica em aparelhos eletrônicos, especialmente aqueles de uso médico hospitalar, nacionais e importados e seus respectivos componentes, montagem de aparelhos com tecnologia própria ou adquirida de terceiros e a comercialização de produtos e aparelhos nacionais e importados***"(g.n.)

Isto posto, importa agora analisarmos se as atividades exercidas pelo contribuinte, descritas acima, encontram-se realmente prescritas dentre às vedadas à opção.

Assim, para o caso em questão, cumpre notar o que dispõe o §2º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, que a partir de 1º de julho de 2007, revogou[1] a Lei do Simples (Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996):

> *"§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."*

[1] 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.

E, analisando-se as atividades exercidas pela Recorrente, em contraposição às vedações dispostas na Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, verifica-se que aquelas não se encontram dentre as impeditivas à opção pelo Simples, não sendo cabível a exclusão do Simples, em razão dos motivos aduzidos no ADE.

Além disso, observe-se que, de fato, o inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317, de 05/12/1996, vedava opção à pessoa jurídica que:

> *"Art. 9º Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:*
>
> *(...)*
>
> *XIII – que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, **engenheiro**, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, rogramados, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, **ou assemelhados**, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;" (g. n.)*

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 entanto, como já visto, esta também não importa em vedação ao Simples, também sob a ótica da nova legislação.

No tocante à aplicação da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, ao presente, importa destacar, o que ela 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".*

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)* ressalvou 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 não 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, 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 desses argumentos, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007

NILTON LUIZ BARTOLI - Relator