



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 10830.007600/2003-31
Recurso nº 138.618 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.799
Sessão de 12 de novembro de 2008
Recorrente MEIRE RIGHETO JURADO
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

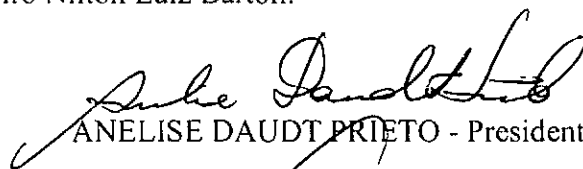
Ano-calendário: 2002

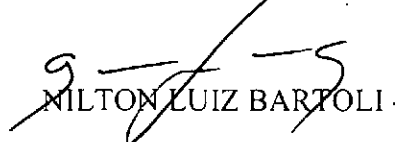
SIMPLES - EXCLUSÃO - "ATIVIDADE DE MANUTENÇÃO DO FÍSICO CORPORAL". APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DA LEI 9.317/1996." - ATIVIDADE ECONÔMICA - PROFESSOR, FISCULTOR OU ASSEMELHADOS - LC 123, de 14/12/06.

Reza § 5ºD, II, E III do artigo 18, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes serão tributadas na forma do SIMPLES.

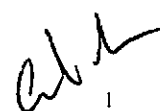
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do redator. Vencidos os Conselheiros Celso Lopes Pereira Neto, Relator, Luis Marcelo Guerra de Castro e Anelise Daudt Prieto, que negaram provimento. Designado para redigir o voto o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI - Redator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto e Tarásio Campelo Borges.


1

Relatório

Trata-se de recurso voluntário manejado contra Acórdão DRJ/CPS nº 05-16.530, de 09 de março de 2007, proferido pela DRJ Campinas/SP.

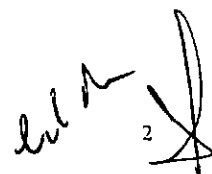
Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o relatório componente da decisão recorrida, de fls. 41/42, que transcrevo, a seguir:

Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório 468.708 de 7 de agosto de 2003 (fl.26), em virtude de o contribuinte exercer atividade econômica não permitida – Código CNAE 9304-1/00 (Atividades de manutenção físico corporal).

Cientificado da exclusão em 26/08/2003 (fl. 30), o contribuinte formalizou manifestação de inconformidade em 23/09/2003, alegando, em síntese e fundamentalmente que:

1) Preliminarmente: é nula a notificação de exclusão por cercear o direito à ampla defesa, pois, ao citar inúmeras disposições legais, impede de se saber ao certo o motivo de sua exclusão; o seu objetivo social é prestação de serviços de ensino de dança, esportes e ginástica, o qual não se enquadra em nenhuma das vedações da Lei 9.317/96; houve violação do princípio da irretroatividade da lei, não podendo a IN SRF 250, de 28/11/2002, retroagir a janeiro daquele ano, nem mesmo poderia o ato de exclusão de agosto de 2003 retroagir a janeiro de 2002; a vedação à opção de algumas atividades específicas viola o princípio da isonomia e a garantia institucional do sistema econômico brasileiro, sendo a Lei 9.317/96 inconstitucional, inclusive por violar o princípio da razoabilidade; o inciso XIII, do art. 9º, da Lei 9.317/96, é ilegal, pois o termo "assemelhado" não pode ser utilizado pela autoridade administrativa, tratando-se de rol taxativo de hipóteses de exclusão;

2) No mérito: demonstra-se a necessidade de se manter no Simples em razão de sua atividade (ensinar a nadar, dançar e defesa pessoal), além de caráter mercantil, possuir aspecto social de grande relevância, por contribuir para que as pessoas tenham vida mais saudável, sem dizer que pode praticar mensalidades menos onerosas; sua atividade não exige necessariamente um professor para sua execução, podendo ser um prático; ainda, sua atividade é completamente distinta da de professor de instituições de ensino, vez que não está sujeita à fiscalização do Ministério da Educação e Cultura; não é necessário ser professor para ser sócio ou proprietário de academia; também não tem relação com a atividade de fisicultura e tampouco é assemelhado a quaisquer atividades citadas no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317; escolas de ensino fundamental estão abrindo piscinas, ensinando



2

danças, e defesa pessoal em suas unidades, poderia então se equiparar as academias às referidas escolas de ensino fundamental, para efeitos do Simples.

A DRJ Campinas/SP indeferiu sua solicitação, através do referido Acórdão, cuja ementa transcrevemos a seguir:

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

Ano-calendário: 2002

ACADEMIA DE GINÁSTICA. ENSINO DE ESPORTES E DE DANÇA. VEDAÇÃO.

Pessoa jurídica cuja atividade seja academia de ginástica, preste serviços de cursos para a prática de esportes ou de dança, não pode optar pelo Simples.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

Solicitação Indeferida

Seguiu-se recurso voluntário, de fls. 52/80, em que a recorrente aduz que:

- por ser uma academia de ginástica, é filiada ao Sindicato dos Estabelecimentos de Esportes Aéreos, Aquáticos e Terrestres do Estado de São Paulo – SEEAATESP que, por sua vez, está filiado ao FESESP (Federação de Serviços do Estado de São Paulo);

- a FESESP obteve decisão favorável da Justiça Federal, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 1999.61.00.057140-1, que garante aos representados pela Federação, inclusive a recorrente, o direito de ingressar no Simples;

- as delegacias da Receita Federal estão tomando providências no sentido de inserir as academias de ginástica no Simples, em razão da determinação judicial mencionada;

- as decisões proferidas pelas instâncias inferiores feriram a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa pois não expuseram, de forma clara, os motivos de sua exclusão;

- o objetivo social da empresa é a prestação de serviços de ensino de dança, esportes e ginástica, o qual não se enquadra em nenhuma das vedações da Lei nº 9.317/96;



- a retroatividade dos efeitos da exclusão, a partir de 01 de janeiro de 2002, além de inconstitucional e ilegal, é injusta, pois desconsidera uma situação já sacramentada.

É o Relatório.



4

Voto Vencido

Conselheiro CELSO LOPES PEREIRA NETO, Relator

A recorrente tomou ciência da decisão, ora recorrida, em 13/04/2007 (AR de fls. 51), e protocolou seu recurso voluntário, em 04/05/2007 (fls. 52), sendo, portanto, tempestivo.

A recorrente alega que a Federação de Serviços do Estado de São Paulo - FESESP obteve decisão favorável da Justiça Federal, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 1999.61.00.057140-1, que garante aos representados pela Federação, inclusive a recorrente, o direito de ingressar no Simples.

Cópias de trechos do processo judicial foram juntados (fls. 83/111). Verificamos, em consulta ao *site* "www.trf3.jus.br" que o processo encontra-se, atualmente (última situação registrada, 22/08/2008), no TRF 3ª Região, com os autos "conclusos ao Relator" no Gabinete da Desembargadora Federal Regina Costa.

Nos autos do presente processo, encontramos Declaração de filiação da recorrente à SEEAATESP (fls. 81), desde 13/03/1995 e Declaração de filiação da SEEAATESP à FESESP (fls. 82), desde 17/06/2004.

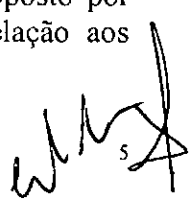
A filiação indireta da recorrente à FESESP somente ocorreu em 17/06/2004, quando a SEEAATESP filiou-se à FESESP, ou seja, após o ajuizamento da ação judicial, que se deu em 1º de dezembro de 1999 (petição inicial às fls. 83).

Em se tratando de ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil, os efeitos da coisa julgada em relação aos substituídos são regulados pela Lei nº 9.494/97, que dispõe, em seu art. 2º-A:

"Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)"

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)"(grifei)

Portanto, sentença proferida em mandado de segurança coletivo proposto por entidade sindical, no caso a FESESP, contra a União, só produz efeitos em relação aos



membros da entidade que estavam filiados à época do ajuizamento da ação, que não era o caso da SEEAATESP, à qual é filiada a recorrente.

Também não há na sentença prolatada nenhum dispositivo estendendo, expressamente, os efeitos da decisão aos que se filiaram à FESESP após o ajuizamento da ação.

Ante o exposto, entendo que a recorrente não está abrangida pela decisão judicial no Mandado de Segurança Coletivo nº 1999.61.00.057140-1.

No que tange às alegações de inconstitucionalidade, entendo não ser este controle de constitucionalidade atribuição dos órgãos administrativos, mas sim do Poder Judiciário e, excepcionalmente, do Poder Legislativo.

Somente excepcionalmente, é autorizado à Administração Pública a negativa de vigência à lei. De acordo com o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, “as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação de texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta”. O que não se aplica às questões levantadas pela recorrente, pois a expressão “de forma inequívoca e definitiva” segundo o Parecer PGFN/CRE/Nº 948/98 (item 4 “c”), corresponde a:

- decisão, mesmo que única, se a norma cuja inconstitucionalidade for ali declarada tenha sua execução suspensa por ato do Senado Federal;
- decisão Plenária transitada em julgado, ainda que única e mesmo quando decidida por maioria de votos, se nela foi expressamente conhecido e julgado o mérito da questão em tela.

Por sua vez, o Regimento do Conselho de Contribuintes dispõe, em seu art. 49, que:

“Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;*
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou*
- c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”*



As arguições feitas pela recorrente não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção, anteriormente citadas.

Finalmente, já se assentou, no âmbito deste Conselho, que as instâncias administrativas, de 1º ou 2º grau, carecem de competência para apreciar inconstitucionalidade de lei.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à exclusão da recorrente do SIMPLES, com fundamento no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, que veda esta opção à pessoa jurídica que preste serviços profissionais de professor, fisicultor, ou assemelhados:

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, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.
(grifei)

A atividade da empresa, conforme sua Declaração de Firma Individual (fls. 29), é *prestação de serviços de ensino de dança, esportes e ginástica*. No caso em tela, a própria empresária, Meire Riguetto Jurado, é qualificada como educadora física em sua Declaração de Firma Individual.

Por outro lado, a empresa argumenta que sua atividade não exige necessariamente um professor para sua execução, podendo ser um prático; ainda, sua atividade é completamente distinta da de professor de instituições de ensino, vez que não está sujeita à fiscalização do Ministério da Educação e Cultura; não é necessário ser professor para ser sócio ou proprietário de academia; também não tem relação com a atividade de fisicultura e tampouco é assemelhado a quaisquer atividades citadas no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317.

Entendo que a referida atividade demanda professores especializados ou fisicultores, para um acompanhamento contínuo aos clientes. Cabe, ainda, ressaltar o fato de que basta o exercício da prestação dos serviços de professor ou fisicultor, seja por profissional regulamentado ou não, para que a opção pelo Simples seja vedada. Diante disso, mesmo que os serviços sejam prestados por outro tipo de profissional ou pessoa não habilitada legalmente, a pessoa jurídica não poderá optar pela sistemática simplificada ou nela permanecer, no caso de já ter sido incluída.

A recorrente alega que a retroatividade dos efeitos da exclusão, a partir de 01 de janeiro de 2002, além de inconstitucional e ilegal, é injusta, pois desconsidera uma situação já sacramentada.



A data de opção da recorrente pelo Simples é 01/01/2002. Nessa ocasião, a empresa já incorria em situação irregular frente à opção feita pelo Simples, visto que já exercia atividade vedada pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei 9317/96.

Também, há que se considerar que à época, tanto da ocorrência da situação excludente, 01/01/2002, quanto do ato de exclusão, 07/08/2003, estava em vigor a redação do art. 15, II da Lei nº 9.317/96, dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, havendo autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata de seus termos:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

De ressaltar que a nova redação dada a este inciso II, pela Lei nº 11.196, de 2005, manteve os efeitos da exclusão a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente.

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

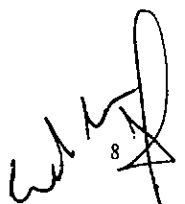
II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Também entendo que não é o caso de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123 ou que a situação ora examinada seja um típico caso de retroatividade benigna, conforme disposto no artigo 106, inciso II, alínea “a”, do Código Tributário Nacional, uma vez que a atividade da recorrente não estaria impedida na nova sistemática do “Simples Nacional”, conforme tese que tem sido levantada nesta Terceira Câmara.

A Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, do Comitê Gestor do “Simples Nacional” realmente prevê a migração automática para o Regime da Lei Complementar nº 123 de todos que estavam incluídos na sistemática da Lei nº 9.317/96, não havendo necessidade de formalização expressa para a opção.

A ressalva à migração automática seria apenas para aquelas empresas que estivessem impedidas de optar pelo novo regime. Vejamos:

“Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, 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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)”



§ 1º Para fins da 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, de 1996, 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 na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.

(...)"(grifei)

No entanto, essa medida foi tomada apenas para evitar todo um trâmite burocrático, que sobrecarregaria as empresas e a administração pública, o que seria contra o objetivo do regime simplificado. Ou seja, a inércia da empresa regularmente optante pelo regime da Lei nº 9.317/96 levá-la-ia à inclusão no novo regime da Lei Complementar nº 123, tendo que expressar a sua vontade apenas no caso de não querer ser incluída na nova sistemática.

No entanto, o § 9º, desse mesmo artigo 18 da Resolução CGSN nº 04, deixa claro que não se convalidaram situações em que a empresa estava irregularmente inscrita na sistemática anterior. Se ela incorresse em situação excludente ou exercia atividade vedada pela sistemática anterior e que não fosse vedada pela nova, seria excluída retroativamente do regime da Lei nº 9.317/96, apesar de isso não prejudicar sua opção tácita pelo novo regime. Vejamos a redação desse parágrafo:

Resolução CGSN nº 04

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, 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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

(...)

§ 9º Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.

(...)"(grifei)

Quanto ao argumento de que a exclusão do Simples, quando a atividade da empresa leva à vedação de sua opção por aquele regime, seria uma infração e, uma vez que a Lei do "Super Simples" – LC nº 123/2006 – permitiria a inclusão das pessoas jurídicas que realizam atividades semelhantes à da recorrente, seria o caso de aplicação retroativa da legislação mais benigna, discordo desse entendimento. O que temos são dois regimes distintos, aquele da Lei nº 9.317/1996 (Regime Simples da União) e o da Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional).

Inclusive, o Art. 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da CF/88, prevê que os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios



cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição, deixando claro que não se trata de uma simples modificação dos regimes anteriores, mas um novo regime nacional, de observância obrigatória por todas as esferas governamentais.

Sendo regimes distintos, têm condições de enquadramento diferentes. A meu ver, não se pode considerar que o fato de não atender os requisitos e condições para optar por qualquer desses regimes especiais simplificados, constitua-se em infração. Portanto, não haveria sentido em aplicar-se, à espécie, o art. 106,II do CTN.

Ante todo o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do recurso voluntário, mantendo-se a exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2008


CELSON LOPES PEREIRA NETO – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Redator

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.

A exclusão ocorreu por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CPS de 07 de agosto de 2003, às fls. 26, em razão de atividade econômica é vedada, qual seja, “*atividades de manutenção do físico corporal*”, que ocorreu a partir de 01/01/2000.

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 recorrente (fl. 29):

“Prestação de serviços de ensino de dança, esportes e ginástica”.

Ocorre que, segundo entendimento manifestado pela DRJ/Campinas (fls. 40/45), a atividade da Recorrente “*demanda professores especializados ou fisicultores, que possibilitam um acompanhamento contínuo aos clientes. A própria empresária é qualificada educadora física em sua Declaração de Firma Individual*”. J

Justificou a decisão recorrida que, por força do Artigo 09, XIII, da Lei nº 9.317/1996 é correta a exclusão do contribuinte da sistemática.

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), e que, foi alterada pela Lei Complementar nº 127/2007 e 128/2008:

“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 referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

(...)

§ 5º-D. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo V desta Lei Complementar:

I - cumulativamente administração e locação de imóveis de terceiros;

II - academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;

III - academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;

IV - elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

Neste aspecto, importa esclarecer que, tanto as atividades que o contribuinte afirma desempenhar, quanto àquela constante de sua “declaração firma individual” 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 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:

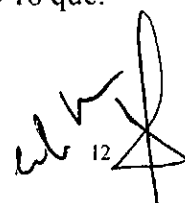
“§4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar”.(grifo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

Note-se que a Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, preconizou 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

12



n.º 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:

(...)

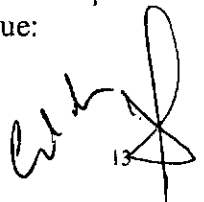
II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

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 seu regime.

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:

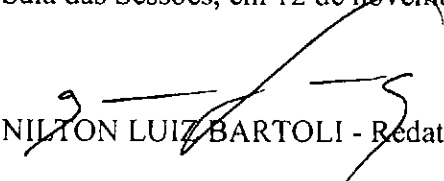


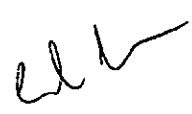
"Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada."

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 DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Redator





MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO

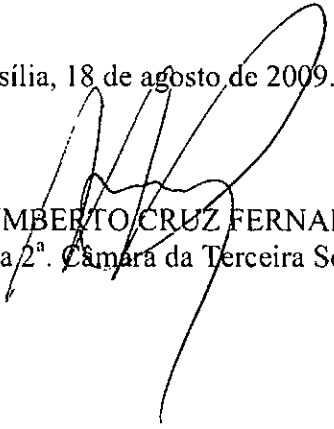
Processo nº: 10830.007600/2003-31

Recurso n.º: 138618

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº. 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, a tomar ciência do Acórdão n.º 303-35.799.

Brasília, 18 de agosto de 2009.


LUIZ HUMBERTO CRUZ FERNANDES
Chefe da 2ª. Câmara da Terceira Seção

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional