



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 10845.004286/2003-75
Recurso nº 137.690 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.083
Sessão de 30 de janeiro de 2008
Recorrente V & W S/C LTDA - ME
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/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 ECONÔMICA.

“ASILO”. LC 123, de 14/12/06.

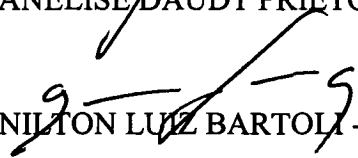
Nos termos da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, § 2º, “poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no *caput* deste artigo”.

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 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 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 474.539, de 07/08/2003 de fl. 03, fundamentado em situação excludente, qual seja, "Asilos", com data da ocorrência em 19/07/1999.

O contribuinte apresentou SRS à fl. 18, na qual alega que a Receita Federal a considerava como optante do Simples, já que aceitou em 05/2003 a Declaração de Imposto de Renda Simplificada, não cabendo, portanto, a exclusão retroativa a 01/01/02.

Destacou que, devido a erro, consta na razão social da empresa o termo S/C, que parece ser relacionado a profissionais liberais, o que não é o caso, tendo em vista que o contrato social não passou por nenhum conselho de classe profissional.

Na ocasião da abertura da empresa optou-se pelo Simples, que tendo concedido legalmente pela Receita Federal torna improcedente a exclusão.

Cientificada do indeferimento de sua SRS à fl. 20, o contribuinte apresentou a Impugnação de fl. 01, na qual reitera as alegações anteriores e requer acolhimento destas.

Anexos os documentos de fls. 03/17, entre os quais, Contrato Social e Declaração de Imposto de Renda.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo (SP), esta indeferiu a solicitação às fls. 36/39, nos termos da seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: 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.

Solicitação Indeferida."

Ciente da decisão proferida à fl. 41, o contribuinte apresenta tempestivamente o Recurso Voluntário de fls. 42/ no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta que:

Não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, conforme disposto no art. 5º da CF, pois não foram realizadas diligências ou intimações a respeito da origem das receitas da empresa, sendo a exclusão baseada em presunção decorrente do contrato social;

Embora conste no Contrato Social, a empresa não presta serviços de natureza técnica regulamentada e sim serviços de hotelaria para pessoas idosas – atividade permitida à opção Simples;

A mera descrição de atividades impeditivas ao Simples no Contrato Social, mas não efetivamente prestadas, não autoriza o fisco a proceder a exclusão da opção, conforme entendimento de vasta jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Espera e 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 à fl. 48, última.

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.

Inicialmente esclareça-se que a nulidade suscitada pela parte, por suposta violação do direito a ampla defesa e ao contraditório, já que não foram realizadas diligências ou intimações a respeito da origem das receitas da empresa, não se perfaz, visto que foram garantidos, através do presente processo administrativo, os meios legais ao direito de defesa do Requerente. Outrossim, nos termos do art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, o julgador é livre para determinar as diligências que entender necessárias.

“Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.”

No mérito, cinge-se a questão em exclusão retroativa a data 01.01.2002, do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, que se deu por meio de Ato Declaratório Executivo (fls. 3), emitido pela Delegacia da Receita Federal em Santos/São Paulo, que trouxe como motivo atividade econômica vedada – “ASILOS”.

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.

Consta do Contrato Social de fls. 04/08 (Cláusula Primeira), que seu objeto social é:

“(…) prestação de serviços de atendimento, assistência e acomodamento na casa de repouso, para ambos os sexos e para pessoas de diversas idades, temporário ou definitivo, com acompanhamento e orientação psicológica dos residentes, além do fornecimento de alimentação em geral, compatível com as características de cada residente (….)”

Para o caso em questão, 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, 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:

(....)

“ § 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, a atividade que afirma desempenhar, quanto àquela constante de seu contrato social, não é vedada, pela Lei Complementar nº. 123/06.

Desta forma, analisando-se as atividades exercidas pela Recorrente e o permissivo legal constante do §2º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, 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.

Conforme análise dos autos, podemos concluir que a atividade exercida pela empresa assemelha-se à hotelaria, atividade não vedada, ainda que esta disponibilize de acompanhamento e orientação clínico psicológico dos residentes.

Explica bem esta questão, aresto da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, nº 303.30638, proferido pelo Conselheiro Irineu Bianchi, em 21/03/2003:

SIMPLES – EXCLUSÃO – CASA DE REPOUSO – SERVIÇOS DE HOTELARIA. O escopo principal das casas de repouso é o serviço de hotelaria, cuja clientela necessariamente não é feita de pessoas doentes. O concurso dos serviços médicos, de enfermagem e outros visa a amparar os assistidos, propiciando-lhes a possibilidade de pronto atendimento e/ou encaminhamento hospitalar. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (g.n.)

No mesmo sentido, aresto da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, nº 303-33.099, proferido pela Conselheira Nanci Gama, em 27/04/2006:

SIMPLES. REVISÃO DE EXCLUSÃO. ATIVIDADE PRECÍPUA DA EMPRESA.

Para fins de enquadramento no SIMPLES, há de ser levada em consideração a atividade efetiva e comprovadamente desempenhada pela empresa.

Recurso voluntário provido.

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:

5



“§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.

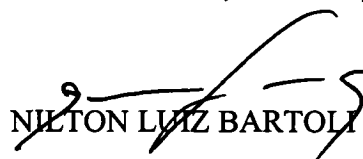
No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei nº. 4.657, de 04/09/1942), que dispõe em seu artigo 6º que:

“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 o §2º, do artigo 17, 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