



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

Processo nº 11030.000287/2004-79
Recurso nº 137.837 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.434
Sessão de 19 de junho de 2008
Recorrente MERIGO & CIA LTDA
Recorrida DRJ-SANTA MARIA/RS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

"INSTALAÇÃO DE ESTRUTURAS METÁLICAS"- LC 123, de 14/12/06 - Nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, §1º , inciso XIII, as vedações relativas a exercício de atividades previstas no *caput* daquele artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente à atividade “*construção de imóveis e obras de engenharia em geral*” ou que as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação.

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 D'AUDT PRIETO - Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

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 formalizada por servidor do Instituto Nacional do seguro Social - INSS, constante às fls. 01/02, que constatou, em diligência, situação de vedação/exclusão à opção Simples.

Consta na Representação que a vedação está prevista na alínea “f”, inciso XII, art. 9 da lei nº 9.317/96, pois o contribuinte apresentou as notas fiscais nº 127, 128 e 129, nas quais constam “Serviço de Mão de Obra de Montagem”.

Anexos os documentos de fls. 03/14.

Para a análise da representação foi determinada a realização de diligência, conforme Mandado de Procedimento Fiscal (fl. 33).

No Termo de Diligência Fiscal (fl. 42/45) foi observado nos termos da Resolução nº 218, de 29/06/1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que a atividade de montagem de estruturas metálicas envolve aspectos cuja responsabilidade técnica só poderia ser imputada a profissionais qualificados.

E neste, consta também “*Analizando as Notas Fiscais (fls. 14/15 e 34/41), cópia do Contrato de Prestação de Serviços e Compra e Venda / Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços nº 0356/2003, tendo como contratante a empresa SADIA S/A (fls. 17/20 e 25/30), cópia do Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços tendo como contratante a empresa ALBRAS MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA. (FLS. 21/24), VERIFICAMOS que uma das principais atividades do contribuinte acima identificado é a montagem de estruturas metálicas. Também está descrito como ramo do negócio na cópia do Contrato Social (fls. 06), Cláusula Terceira ‘FABRICAÇÃO DE ESTRUTURAS METÁLICAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL’. A atividade de prestação de serviços, no caso, é de montagem de estruturas metálicas ficou caracterizada, sendo a primeira operação realizada com a emissão da Nota Fiscal de Prestação de Serviços nº 001, de 08/08/2001, doc. À fl. 34.’*”

Com base no exposto acima, entendeu a autoridade fiscal em propor a exclusão do contribuinte na sistemática Simples, em razão do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

O contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade às fls. 56/60, após a cientificação (AR – 48 verso) de sua exclusão através do Ato Declaratório Executivo nº 07, de 03 de abril de 2005 (fls.47), na qual em síntese aduz:

A exigência no mercado só foi viabilizada devido aos incentivos fiscais e os benefícios outorgados pelo SIMPLES;

2


O Ato Declaratório Executivo exclui o contribuinte retroativamente, com data a partir de 01 de janeiro de 2002; baseado na IN nº 355/2003, embora a lei 9317/96, não tenha esta previsão legal;

Afirma que o direito constitucional a ampla defesa foi violado, visto que quando notificado já havia sido excluído;

Ressalta que a única nota fiscal de prestação de serviços emitida, refere-se a serviços de montagem de estrutura metálica fabricada pela própria empresa;

Cita o inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal de 1988;

Para corroborar seus argumentos colaciona respeitável jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região;

Alega que tem como objeto social a fabricação de estruturas metálicas, portanto, não se enquadrando nos dispositivos legais do ADE, bem como não infringiu nenhum dispositivo legal;

Esclarece quanto à nota fiscal que deu origem a representação administrativa que: "Assim tendo a empresa vendido a estrutura metálica, apenas separou do processo de industrialização a mão-de-obra, que no caso concreto deu-se em face de reforço de estrutura, cuja necessidade somente foi constatada na entrega de mercadoria, por tratar-se de um viaduto em gente a Sadia de Chapecó SC.. Além do mais conforme consta nas demais notas fiscais de venda de estrutura metálicas nº 032,044,057,058,059,063,066, totalizando R\$ 32.749,00 (trinta e dois mil, setecentos e quarenta e nove reais), todas para a mesma empresa, em datas anteriores a nota fiscal 001, demonstra que na verdade se trata de fabricação de estrutura metálica. Ressalta ainda, que a nota fiscal nº 066, datada de 08/08/2001, no valor de R\$ 14669,00 foi emitida na mesma data da nota fiscal 001 de R\$ 800,00, o que evidencia que a empresa apenas vendeu a estrutura metálica e estendeu seu processo de industrialização em face da peculiaridade da estrutura metálica fabricada para a Sadia de Chapecó, tudo conforme notas fiscais anexas."

Do Direito

O ato Declaratório fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, pois exclui o contribuinte os simples e cobra retroativamente os tributos;

Afirma que a cobrança retroativa dos tributos fere o princípio constitucional da irretroatividade, pois é proibido utilizar o tributo com efeito de confisco;

Por fim, afirma que o Ato Declaratório DRF/PFO nº 007, de 03 de abril de 2005, não pode prosperar visto a ilegalidade da retroatividade, não prevista na lei 9.317/1996.

Dianete do exposto, requer a reinclusão da empresa ao Simples, a nulidade do Ato Declaratório e a produção de provas, com a apresentação de documentos necessários, e se for o caso, a verificação em loco.

3


Instruem sua Manifestação de Inconformidade, cópia da Alteração Contratual de Sociedade Limitada nº 06 (fls. 61/64) e notas fiscais (fls. 65/72)

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Santa Maria (RS), esta indeferiu a solicitação às fls. 75/84, nos termos da seguinte ementa:

"ASSUNTO : PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário:2002

PRELIMINAR. NULIDADE.

Somente a incompetência do agente do ato e preterição do direito de defesa são vícios insanáveis que conduzem a nulidade.

INCOSNTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

A apreciação de eventuais argüições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos administrativos está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.

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

Ano-calendário:2002

OPÇÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

O exercício da atividade de montagem de estruturas metálicas impede a opção ao Simples, por se tratar de atividades que envolvem aspectos cuja responsabilidade técnica só pode ser atribuída a profissionais com habilitação profissional legalmente exigida.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

Para as pessoas jurídicas sujeitas à exclusão do Simples, exceto quando for excesso de receita bruta ou porque por excesso de receita bruta ou porque exerce a atividade de industrialização, por conta própria ou por encomenda, de bebidas, cigarros e demais produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 da Tabela de Incidência do IPI (TIPI), desde que tenham optado pelo Simples até 27 de junho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001, ou a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

Solicitação Indeferida "

Ciente da decisão proferida (AR- à fl. 86 verso), o contribuinte apresenta tempestivamente o Recurso Voluntário de fls. 87/94, no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta que as execuções dos serviços realizados pelo contribuinte são de serviços de montagem e manutenção de estrutura metálica de produção própria, ao contrário do indicou a representação do INSS, e esclarece ainda que a montagem das peças são absolutamente necessárias visto a peculiaridade do produto. E por fim, ressalta que atividade exercida pela empresa não pode ser considerada construção civil, dada sua especificidade.

Para corroborar seus argumentos colacionou respeitável jurisprudência do TRF 4^a Região e dos Terceiros conselhos dos Contribuintes.

Diante das razões apresentadas, requer a permanência no Simples e a nulidade do Ato Declaratório DRF/PFO nº 07 de 03 de abril de 2005.

Trouxe aos autos documentos de fls. 95 a 97, sendo estes Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e impressão do CNAE – Subclasses 2.0.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 23/04/2008, em um único volume, constando numeração até a fl. 99, penúltima.

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.

Consigno, que apesar da Representação Administrativa formalizada por servidor do Instituto Nacional do seguro Social - INSS, constante às fls. 01/02, ter constatado como situação de vedação/exclusão à opção Simples a atividade “Serviço de Mão de Obra de Montagem”, na diligência às fls. 42/45 , foi constada vedação diversa, conforme passo a expor.

Com efeito, 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, que se deu por meio de Ato Declaratório (fls. 47), emitido pela Delegacia da Receita Federal , e trouxe como motivo atividade econômica vedada, qual seja, “... dedicar-se ao ramo de construção civil na forma de construção de imóveis, conforme apurado no processo nº 11030.000287/2004-79, incidir em causa de exclusão desse sistema, definida no art. 9º, V, § 4º, da Lei nº 9.317, de 05 dezembro de 1996.”

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. 61 (Cláusula Terceira), que seu objeto social é:
“FABRICAÇÃO DE ESTRUTURAS METÁLICAS”

Ocorre que, segundo entendimento manifestado pela instância *a quo*, esta entendeu que a atividade da contribuinte é, na verdade, CONSTRUÇÃO de imóveis, incidindo assim, na vedação do inciso V do art. 9º e § 4º da Lei 9317/1996.

No entanto, para o caso em questão, cumpre notar o que dispõe o 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):

“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

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.

“ § 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 exerçam 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;”

Neste aspecto, importa esclarecer que, tanto a atividade que a Recorrente 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 inciso XIII, §1º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, este é aplicável ao caso, já que as atividades exercidas pela Recorrente não se encontram dentre as impeditivas à opção pelo Simples, não sendo, portanto, 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 construção de imóveis 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 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 vedaçāo 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*) 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 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.

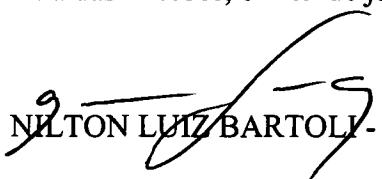
No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei nº. 4.657, de 04/09/1942), que dispõe em seu artigo 6º que:

"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 inciso XIII, §1º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2008



NILTON LUIZ BARTOLI - Relator