



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

Processo n° 13706.003662/2003-97
Recurso n° 137.835 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n° 303-35.433
Sessão de 19 de junho de 2008
Recorrente RICARDO HACHIYA COMÉRCIO DE MÓVEIS E DECORAÇÕES LTDA - ME (ANTIGA RICARDO HACHIYA INTERIORES E DECORAÇÕES LTDA - ME).
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

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 - "DECORAÇÕES DE INTERIORES"- LC 123, de 14/12/06.

Nos termos da Lei Complementar n°. 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. Os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Heroldes Bahr Neto, Vanessa Albuquerque Valente, Celso Lopes Pereira Neto e Anelise Daudt Prieto votaram pela conclusão.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



NILTON LUIZ BARTOLI

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de exclusão do contribuinte do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte), conforme Ato Declaratório Executivo – ADE nº 450.255, de 07 de agosto de 2003 (fls.04), fundamentado em exercício de atividade econômica vedada, qual seja, “Serviços de decoração de interiores”.

Às fls. 01/03, o contribuinte apresentou a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples - SRS, datado de 23/09/2003, na qual em síntese aduz:

Não existe lei que regule a atividade de Decoração e Interiores, muito menos um Conselho de Profissão Regulamentada para Decorador;

Transcreve o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal;

O inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96 são para atividades regulamentadas, cujo exercício dependa de habilitação. Logo, não serve para fundamentar a exclusão;

O termo ASSEMELHADOS, constante na lei supracitada, serve para profissões regulamentadas por lei;

Afirma que a qualificação dos sócios não determina o objeto social da empresa e sim, o objeto social especificado no Contrato Social de Constituição Social as Sociedade e utilizar-se deste argumento contraria o disposto no inciso II, artigo 150 da Constituição Federal;

Invoca os artigos 108 e 112 do Código Tributário Nacional;

Apela ainda ao respeito a hierarquia das leis, visto que Instrução Normativa não serve como embasamento legal para justificar a exclusão;

Por fim, requer a manutenção no regime tributário simplificado (SIMPLES).

Instruem a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples os seguintes documentos: Ato Declaratório Executivo (fls. 04); Contrato Social (fls. 05/07); Declaração de Enquadramento (fls. 08); Cópia do Diário Oficial (fls. 09); Relatório de Informações de Apoio para Emissão de Certidão em 10/09/2003 (fls. 10/11); Notas Fiscais de Serviço nº 043 e 045 (fls. 12/13) e Procuração (fls.14).

Consta, às fls. 29/31, três Certidões Negativas Quanto à Dívida Ativa da União Negativa, emitidas pela Procuradoria – Geral da Fazenda Nacional em 30 de maio de 2005

O contribuinte foi intimado às fls. 32, a apresentar os seguintes documentos:

CND do INSS de pessoa jurídica;

Declaração de Regularidade de situação do contribuinte Individual fornecida pelo INSS, do sócio Ricardo Hachiya de Azevedo;

Caso o sócio não seja inscrito no INSS, a empresa deverá apresentar declaração própria registrando tal fato;

cópia da última Alteração do contrato Social, devidamente na Junta Comercial/Registro Civil da Pessoas Jurídicas;

Em resposta a Intimação o contribuinte se manifestou (às fls. 37/38) onde solicita a devolução do prazo de 20 (vinte dias) para a apresentação dos documentos solicitados, pois o AR foi recebido por pessoa totalmente desconhecida pelo contribuinte, sendo este o Sr. Severino Firmino.

Ressalta que a empresa só tomou ciência em 16/02/2006, através do Sr. Edilson Gonçalves de Oliveira, que é funcionário do escritório de contabilidade Roberto Rennó, responsável pela assessoria contábil da empresa. E anexa os documentos solicitados na intimação, quais sejam, CND do INSS da pessoa jurídica (fl.42), Declaração da empresa sobre a situação junto ao INSS (fl. 43/47) e última alteração contratual com registro na JUCERJA.

A SRS foi indeferida parcialmente pela autoridade fiscal da Delegacia da Receita Federal Administração tributária – RJ (fl. 61), pois esta entendeu que após a alteração contratual (fls. 43/47), o contribuinte poderia optar pelo Simples a partir de 01 de janeiro 2005.

Após a cientificação do indeferimento parcial, o contribuinte apresentou Impugnação na qual reitera seus argumentos contidos na SRS, e acrescenta que a Receita Federal ao acatar o pedido de inclusão torna o ato administrativo perfeito.

Encaminhados os autos para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro I(RJ), a solicitação restou indeferida sob a seguinte ementa:

“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.DECORAÇÃO DE INTERIORES.VEDAÇÃO.

O exercício da atividade de prestação de serviços de decoração de interiores impede a pessoa jurídica de permanecer como optante pelo Simples.

Solicitação Indeferida”

Ciente da decisão (AR – fl. 72 verso), o contribuinte apresentou tempestivo Recurso Voluntário (fls. 73/95), instruídos pelos documentos de fls. 96/103, no qual reitera os argumentos apresentados em sua impugnação e acrescenta que:

Preliminar

O ADE é ilegal, visto estar fundamentado em mera Resolução n° 218/73 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia;

4



Afirma que o legislador ordinário ultrapassou os limites constitucionais ao colacionar as hipóteses de não inclusão do Simples, pelo inciso XIII, artigo IX da lei 9.317/96, e acrescenta que esta deverá ser interpretada restritivamente, visto ser uma norma excepcional;

Transcreve a Lei nº 5.914 de 24/12/1996, e afirma que exigir que atividade exercida pela empresa seja realizada pelo decorador contraria a referida lei;

A Lei dos Engenheiros refere-se a serviços técnicos ligados a edificação;

Se o contribuinte executasse serviços de arquitetura deveria estar registrado no CREA;

Não pode se aplicar os dispositivos da Resolução nº 218/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, visto o princípio da Estrita Legalidade contida no art. 150, I da CF, que impede o emprego da analogia;

“... não pode o fisco promover o desenquadramento do SIMPLES baseado em instrumento normativo de menor hierarquia, a Resolução nº 218/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que ultrapassou os limites da lei regulamentada, a Lei nº 5.194/96 (Estatuto dos Engenheiros, Arquitetos e Engenheiros Agrônomos), sob pena de criar tributos por meio de analogia, ofendendo o princípio da legalidade tributária.”;

Para corroborar seus argumentos colaciona respeitável jurisprudência

Por fim, requer a manutenção no Regime Tributário Simplificado, desde 25 de julho de 2000.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 23/04/2008, em um único volume, constando numeração até à fl. 104, 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.

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. 04), emitido pela Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro, e trouxe como motivo o exercício de atividade econômica vedada, qual seja, “Serviço de decoração de interiores”.

A respeitável decisão “*a quo*”, acompanhou a decisão do DICAT (fls. 61), entendendo que o contribuinte poderá ser incluído no Simples, após a alteração contratual, às fls. 43/47 (cláusula segunda), na qual o objeto social passou a ser “*COMÉRCIO DE MÓVEIS, OBJETOS E ARTIGOS DE DECORAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECUPERAÇÕES DE MÓVEIS*”.

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, antes da alteração contratual citada acima.

Diante disso, cumpre-nos analisar o objeto social da ora Recorrente, à época da exclusão.

Consta do Contrato Social de fls. 05/07 (Cláusula Segunda), que seu objeto social é “*prestação de serviços de decoração e anteriores*”.

Para o caso em questão no entanto, cumpre notar o que dispõe artigo 17, 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:

(...)

“ § 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

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

nenhuma das hipóteses de vedação previstas nesta Lei Complementar. (Redação dada pela Lei Complementar nº 127, de 2007)."

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 pelo contribuinte 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 arquiteto ou técnico na área de arquitetura e as atividades exercidas pelo contribuinte.

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 as atividades exercidas pela Recorrente 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, mesmo que a Lei nº 9.317/96 estivesse em plena vigência, não haveria óbice à opção da Recorrente pelo Simples, posto que suas atividades não guardariam identidade com as impeditivas ali impostas.

Tal situação, inclusive, já foi submetida à decisão por este Terceiro Conselho de Contribuintes, em sessão de 25/05/2006, de lavra da i. Relatora Susy Gomes Hoffmann (Rec. 132.291 – Proc. 11050.100936/2003-64):

"DECORADOR DE INTERIORES – ATIVIDADE INFORMAL QUE NÃO DEMANDA NEM SE CONFUNDE COM SERVIÇOS DE ENGENHARIA OU ARQUITETURA. Tal atividade destaca-se pela prestação de serviços de delimitações de espaço, combinações de cores, de estilo, disposição de mobiliários, cortinas e outros objetos de adorno e funcionalidade. Impossibilidade de aplicação do artigo 9º da Lei do SIMPLES, XIII.

A descrição detalhada das atividades de decorador de interiores foi anotada de forma autônoma pela classificação brasileira de ocupação – CBO e aprovada pela Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.334/94.

Permanência no regime do SIMPLES em vista de não ser caracterizada tal atividade como assemelhada a qualquer das atividades previstas no inciso XIII do art. 9º ou como atividade complementar à construção civil.

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:

"§4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes

pelos 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 bem 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 19 de junho de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator