



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

**Processo nº** 13811.001655/2003-53  
**Recurso nº** 137.660 Voluntário  
**Matéria** SIMPLES - INCLUSÃO  
**Acórdão nº** 303-35.639  
**Sessão de** 11 de setembro de 2008  
**Recorrente** A A COSTA S/C LTDA  
**Recorrida** DRJ-SAO PAULO/SP

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

ANO-CALENDÁRIO: 1997

**SIMPLES - INCLUSÃO - "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS PRÓPRIOS" - 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."

**INCLUSÃO RETROATIVA.**

Comprovada a intenção do contribuinte em aderir ao sistema, a opção há que ser retificada de ofício, nos termos do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº. 16/02.

**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, Celso Lopes Pereira Neto e Anelise Daudt Prieto votaram pela conclusão. O Conselheiro Celso Lopes Pereira Neto fará a declaração de voto.

Adp

celso  
Lopes  
Pereira  
Neto

  
ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente

  
NILTON LUIZ BARTOLI

Relator

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



## Relatório

Tornam os autos a julgamento por esta Eg. Câmara, tendo em vista cumprimento da diligência formulada na Resolução nº 303-01.399, constante às fls. 79/82

Com o intuito de ilustrar o presente e recordar aos pares a matéria, adoto o relatório de fls.80/81, o qual passo a ler em sessão.

Comprova o cumprimento da referida diligência os documentos juntados às fls. 85/125.

É o relatório.

*at*

*A*

## Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Tendo em vista o retorno da diligência solicitada em 30 de janeiro de 2008, retornam os autos a esse relator para julgamento.

Cinge-se a questão em pedido de inclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com data retroativa a 01/01/1998 até 31/12/2004, data pela qual o Recorrente optou pelo Lucro Presumido.

O pedido de inclusão do recorrente foi indeferido em razão do exercício da atividade econômica vedada, qual seja, locação ou administração de imóveis próprios.

No caso em pauta, o presente processo foi convertido em diligência, visto que o conjunto probatório trazido nos autos foram considerados insuficientes para constatar quais são as atividades exercidas de fato pelo Recorrente efetivamente.

Assim o julgamento foi convertido em diligência à repartição de origem para que o recorrente apresentasse:

- 1. Contrato social e posteriores alterações;*
- 2. Notas fiscais com descrição dos serviços e outros elementos necessários à efetiva comprovação da atividade.*

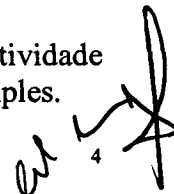
Em atendimento a diligência, a autoridade fiscal intimou o contribuinte para que este apresentasse os documentos supramencionados, sendo este atendido, conforme manifestação do Recorrente às fls. 85, no qual aduz que os alugueres percebidos se referem aos imóveis de Propriedade A.A. Costa S/C LTDA, havidos pela empresa em razão da cisão de outra sociedade, denominada “A COMPONESA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA”, comprovado com o protocolo de cisão em anexo.

Esclarece também, que a empresa está impossibilitada de emitir nota fiscal em razão de se tratar de recebimento de alugueres próprios, atividade não relacionada na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 1116/2003 e Decreto Municipal nº 44.540 de 29/03/04.

O Recorrente traz à baila os seguintes documentos: Protocolo de Cisão (fls. 87/93); Contrato Social (fls. 94/98), Alteração de Contrato Social (fls. 99/104 e 105/109); relatórios de recebimento dos alugueres pertencentes ao Recorrente, emitidos pela administradora de imóveis EAL – Escritório Almeida Leite LTDA (fls. 110/124).

Assim, após este breve relatório, analiso o mérito com base nos documentos anexados nos autos pela autoridade fiscal, em respeito ao princípio da verdade material.

Como exposto acima, a controvérsia travada nos autos refere-se à atividade exercida pelo contribuinte: se esta é uma atividade que incorre em vedação à opção Simples.



Handwritten signature and initials, possibly reading 'w 4'.

De início, explanemos à respeito da possibilidade de opção retroativa ao Simples.

Tomemos como premissa que a Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, estabelecia em seu artigo 8º, que a opção pelo sistema se daria mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC/MF.

Neste contexto, a Secretaria da Receita Federal, por meio de Ato Declaratório Interpretativo, dispôs acerca da Retificação de Ofício da opção pelo Simples, por parte da autoridade fiscal, em casos em que restar comprovado ter ocorrido erro de fato, nos seguintes termos:

*Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002*

*“Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.*

*Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.”*

*In casu*, note-se que a Recorrente procedeu como se enquadrada estivesse, já que apresentou Declarações Simplificadas/PJ dos exercícios compreendidos entre 1998 a 2004 (fls. 40), bem como efetuou os recolhimentos de acordo com a forma simplificada de tributação no mesmo período, consoante se observa da consulta de fls. 52/55.

Assim, no caso em tela, demonstra-se a ocorrência de erro de fato, tendo o contribuinte comprovado sua intenção em aderir ao Simples.

Desta feita, entendo que é direito do contribuinte seu ingresso retroativo no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, desde que respeitados os requisitos previstos em lei para sua opção.

Já no que tange à atividade exercida pela empresa Recorrente, cumpre-nos, portanto, analisar o objeto social da Recorrente, à época dos fatos, às fls. 95:

*“CLÁUSULA TERCEIRA*

*A sociedade terá por objeto a prestação de serviços de administração e locação de imóveis próprios.”(g.n)*

Nessa esteira, constata-se que Alteração Contratual constante às fls. 121/125, em nada versa sobre a alteração do objeto social da empresa..

5



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<sup>1</sup> 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 **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.**”  
(g. n)*

Analisando as atividades exercidas pela Recorrente, conforme o contrato social do Recorrente, em contraposição às vedações dispostas na Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, verificam-se que aquelas não se encontram dentre as impeditivas à opção pelo Simples, não sendo cabível a exclusão do Simples.

Depreende-se da análise da legislação acima transcrita, que é permitida à opção ao Simples quando o recorrente exercer atividades que explorem a locação e administração de imóveis.

E conforme interpretação do §2º, do art. 17 da LCP nº 123/206, como **a locação e administração de imóveis próprios não é objeto de vedação expressa**, logo, tal atividade pode se beneficiar da sistemática Simples.

Concluo, portanto, que a atividade exercida pela Recorrente **não é objeto de vedação ao Simples, sob a ótica da legislação vigente.**

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 tributários 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:

<sup>1</sup> 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.

*“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 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 recorrente 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 considerada como infração, também pelo artigo 106 do Código Tributário Nacional, ela retroage em benefício do recorrente, 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 11 de setembro de 2008

  
NILTON LUIZ BARTOLI - Relator



## Declaração de Voto

Conselheiro CELSO LOPES PEREIRA NETO

Peço vênia ao i. relator para discordar do judicioso voto condutor do acórdão prolatado nos autos do presente recurso voluntário, quanto ao seu entendimento de que a retroatividade está prevista na própria sistemática da Lei Complementar nº 123 ou, mesmo que se assim não o fosse, a situação ora examinada é um típico caso de aplicação do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “a”, do Código Tributário Nacional.

A Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, do Comitê Gestor do “Simples Nacional”, citada pelo i. relator, 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

*er 9*

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, mas isso não prejudicaria 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)

No segundo argumento, o i. relator considerou 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.

No entanto, voto pela não exclusão da empresa do regime simplificado da Lei nº 9.317/1996, por entender não ter sido demonstrado nos autos que a atividade por ela desenvolvida enquadre-se nas vedações previstas no art 9º, XII, alínea “b” da referida Lei.

Sala das Sessões, em 11 de setembro de 2008

  
CELSON LOPES PEREIRA NETO - Conselheiro