



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

Processo nº 13841.000300/2001-28
Recurso nº 138.679 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.565
Sessão de 13 de agosto de 2008
Recorrente ELETRO TÉCNICA MADRUGA LTDA ME.
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 - “EXPLORAÇÃO DO RAMO DO
COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS COM PRESTAÇÃO
DE SERVIÇOS”. -“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE
INSTALAÇÃO ELÉTRICA EM CONSTRUÇÃO CIVIL” LC
123, de 14/12/06.**

Nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, §1º, incisos X e XIII, as vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput daquele artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente a “serviços de reparo hidráulicos, elétricos (...)” e a “construção de imóveis e obras de engenharia em geral, (...)” ou a exerça em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação.

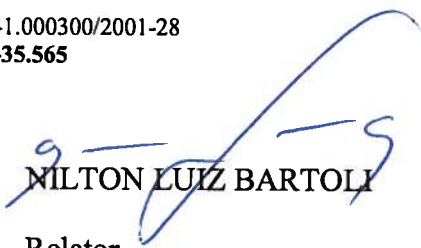
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

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. Os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, 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, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de Solicitação de Revisão da Exclusão – SRS (fl. 1), processo apenso) à Opção pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte, face ao Ato Declaratório Executivo nº 022, de 02/12/2005, com efeitos da exclusão a partir de 01/01/2002 (fl. 21), fundamentado em exercício de atividade econômica vedada constante no artigo 9º, inciso V da Lei nº 9.317/96, qual seja, “*que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis.*”

A presente lide teve início com a Representação Fiscal (fls. 1/2), na qual o r. Auditor Fiscal do INSS constatou, baseado em notas fiscais emitidas pelo contribuinte, que embora a empresa faça constar em seu objeto social a atividade de “exploração do ramo de comércio de materiais elétricos com prestação de serviços”, exerce, dentre outras atividades, a de “prestação de serviços de instalações elétricas em construção civil, em todo o período da opção”, a qual impede sua opção pelo Simples.

Instrui a referida Representação aos autos cópias, respectivamente, CNPJ (fl. 03); Termo de Opção ao Simples (fl. 04); Contrato Social (fls. 05/07); Alterações Contratuais (fls. 08/10 e 11) e Notas Fiscais (fls. 12/15).

Os autos foram encaminhados ao Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário – SECAT (fl. 20), que após análise da Representação Fiscal às fls.10, propôs a emissão do Ato Declaratório Executivo para exclusão do contribuinte no SIMPLES.

O Ato Declaratório Executivo nº 002, de 02 de dezembro de 2002 (fls. 21) o foi emitido pelo Chefe da SECAT, conforme fl. 21.

Cientificado do ADE (AR – fls.23) o contribuinte apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS nos autos sob nº 13841.000007/2006-75, apensados, instruída por documentos anexos às fls. 02/14, na qual em síntese aduz:

(i) Embora no ADE nº 022/2005 conste que a empresa utilize o CNAEF 5249-3-99, como prestadora de serviços de instalações elétricas em construções civis, apurou-se no exercício de 2005, que 92,83% do faturamento bruto se refere à revenda de mercadoria e apenas 7,17% à prestação de serviço;

(iii) Antes da Lei nº 9.317/96, a empresa exerceu atividade relacionada com eletricidade em galpões de propriedade rural. Todavia, ao inscrever-se no Simples, era de conhecimento de seus administradores que a referida Lei vedava atividades de locação de mão de obra em construção civil;

(iv) A empresa não pratica a atividade vedada na Lei nº 9.317/96, como consta no ADE, salientando que é inscrita na SRF no Simples como Microempresa.

O presente foi encaminhado novamente para o SECAT (fl. 27), o qual deixou de analisar a SRS por se tratar de matéria de direito, sob o argumento que a análise é de competência da Delegacia da Receita Federal de Julgamento – DRJ.

Desta forma, os autos foram encaminhados à DRJ em Campinas (fls. 29/30), que indeferiu a SRS (fls. 28/30), nos termos da seguinte ementa (fls.28):

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INCLUSÃO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES.

A prestação de serviço na área de construção civil é circunstância que impede a inclusão/permanência no Simples.

Solicitação Indeferida”

O contribuinte foi cientificado da decisão proferida (AR - fl. 32) e apresentou tempestivamente seu Recurso Voluntário (fls. 35/36), no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta os seguintes:

(i) Não exerce mais a atividade de prestação de serviços e de locação de mão-de-obra fora das dependências da empresa;

(ii) As notas fiscais que motivaram a expedição do ADE foram emitidas de forma errada pelo contribuinte, que é pessoa simples e de pouca instrução;

(iii) Vendeu materiais para a rede de alta e baixa tensão, porém realizou os serviços de montagem dentro de suas dependências;

(iv) Apenas 7,17% do faturamento anual da empresa se refere a prestação de serviços em manutenção de equipamentos elétricos, que são realizados dentro de suas dependências, o que é permitido pelo Simples;

(v) A empresa não faz uso de locação de mão-de-obra para serviços externos;

(vi) Não exerce atividade relacionada à loteamentos ou construção civil, somente vende materiais elétricos para terceiros que exercem essas atividades;

(vii) Ocorrendo sua exclusão do Simples, surgirá um prejuízo irrecuperável, o que determinará a quebra da empresa e a dispensa de quatro funcionários, gerando desemprego, dificuldades financeiras ao contribuinte e sua família, menor arrecadação de impostos, tudo devido a um pequeno erro de escrituração do contribuinte.

Diante do exposto, requer o cancelamento do ADE nº 022/05, determinando sua permanência no Simples.

Anexa aos autos Alteração Contratual (fl. 37); CNPJ (fl. 38), cédula de identidade e CPF/MF do sócio Ederval Madruga.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 18/06/2008, em um único volume e um apenso, constando numeração até à fl. 40, 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 à exclusão 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 (fl. 21), emitido pela Delegacia da Receita Federal em Campinas – SP, que trouxe como motivo atividade econômica vedada, qual seja, a do artigo 9º, V, da Lei 9317/96: *“que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis.”*

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.

Primeiramente, cumpre-nos analisar agora o objeto social da ora Recorrente.

Consta do Contrato Social de fls. 05/07 (Cláusula Terceira), que seu objeto social é:

“Exploração do ramo do comércio de materiais elétricos com prestação de serviços”.

Conforme Representação Fiscal de fls. 02, consta como situação de vedação ao Simples a “prestação de serviços de instalações elétricas em construção civil”, fato baseado em Notas Fiscais de Serviços apuradas pelo Auditor Fiscal da Previdência Social (fls. 12/15).

Com base na alegação acima, a DRJ indeferiu a solicitação de inclusão do contribuinte no Simples sob a justificativa de este exercer atividade de “prestação de serviço na área de construção civil”, fato vedado à inclusão no Simples conforme art. 9º, V da Lei nº 9.317/96, o qual transcrevo:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

V – que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;

(...)”.

Por sua vez, a Recorrente afirma que não mais atua no ramo de prestação de serviços e da locação de mão-de-obra, sendo que as atividades de prestação de serviços são realizadas dentro do estabelecimento comercial.

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:

*“§ 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:*

(...)

X – serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais e tratamento de ar em ambientes controlados;

(...)

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;”.(g.n.)

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 1º, incisos X e XIII do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, estes são aplicáveis 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.

Neste aspecto, importa esclarecer que, as atividades que o contribuinte afirma desempenhar,

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 engenheiro ou técnico legalmente habilitado 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:

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

“§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.

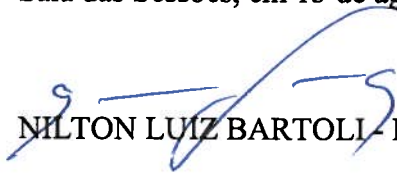
No mais, não se pode deixar de considerar o estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil vigente (Lei nº. 4.657, de 04/09/1942), que dispõe em seu artigo 6º que:

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

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator