



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

Processo nº 13888.000759/2005-19
Recurso nº 138.011 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.485
Sessão de 7 de julho de 2008
Recorrente JOSÉ IRINEU FAZANARO S/C LTDA
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2002

ATIVIDADE VEDADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O exercício de atividade consubstanciada em obras de engenharia em geral não encontra óbice à opção pela sistemática do SIMPLES, nos moldes da LC 123/2006.

DIREITO INTERTEMPORAL. MUDANÇA NO REGIME DE VEDAÇÕES DA LEGISLAÇÃO APlicável AO SIMPLES. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE.

Na vigência da Resolução CGSN nº 04, de 2007, pessoas jurídicas aptas a aderir ao regime instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006 não devem ser afastadas do regime da Lei nº 9.317, de 1996.

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

HEROLDES BAHR NETO - Relator

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

Relatório

Trata o presente feito de procedimento administrativo fiscal, consubstanciado na exclusão do Interessado do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, mediante Ato Declaratório Executivo nº. 566.338, de 02/08/2004, de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em Piracicaba, tendo como causa o exercício de atividade econômica, não permitida, com fundamento na Lei nº. 9.317, de 1996, art. 9º, inciso XIII.

Inconformada com a exclusão procedida pela DRF em Piracicaba (SP), o Interessado apresentou impugnação de fls. 01/02, sustentando, sem sua defesa os seguintes pontos:

Preliminarmente, o contribuinte apresenta impugnação, tão somente para cumprir formalidades do ritual processualístico administrativo. É um vai-e-vem que já se sabe no que vai dar;

A validade das leis não é respeitada pela Receita Federal, que promove seus atropelados através de atos como Portarias, Resoluções, Instruções e Pareceres Normativas;

A estabilidade em cargos e funções da mesma Receita Federal impedem a autonomia e independência para decidir com justiça, seja contra ou a favor do contribuinte, decidir contra é obrigatório à favor nem pensar;

Por fim, pugna pela improcedência da exclusão do SIMPLES.

Na decisão de primeira instância, a DRJ em Ribeirão Preto (SP), por unanimidade de votos, indeferiu o pedido de inclusão no SIMPLES. Cite-se os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido, consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

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

Ano-calendário: 2002

MONTAGENS INDUSTRIALIS. VEDAÇÃO.

O serviço de assistência técnica em montagem industrial, por caracterizar a prestação se serviço profissional de engenharia, a ele assemelhado ou de profissões que dependam de habilitação profissional legalmente exigida, impede a pessoa jurídica que o presta de optar pelo Simples.

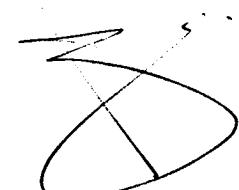
Solicitação Indeferida¹

¹ Acórdão DRJ/RPO 14-13.913, de 17 de outubro de 2006 (fls. 22/27).

Irresignado com a decisão nos autos de procedimento administrativo fiscal em cotejo, apresentou o Recorrente, tempestivamente, o presente recurso voluntário (fls. 32/36). Na oportunidade, reiterou as alegações de que, por exercer atividade consubstanciada na montagem mecânica de moendas em usinas de açúcar, não vedada pela legislação aplicável, enquadra-se no Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Melhoria – SIMPLES, razão pela qual requer a revisão da exclusão procedida pela DRJ de Piracicaba.

Em 23/04/2008 foi o processo distribuído a este Conselheiro.

É o breve relatório.



Voto

Conselheiro HEROLDES BAHR NETO, Relator

Satisfetos estão os requisitos viabilizadores da admissibilidade deste recurso, razão pela qual deve ser ele conhecido por tempestivo.

No presente caso, infere-se que a questão central cinge-se ao enquadramento do Contribuinte no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, retroativo ao ano-calendário de 2002.

Conforme o posicionamento da DRJ em Ribeirão Preto (SP), o exercício de atividade econômica vedada pela Lei nº. 9.317, de 1996, art. 9º, inciso XIII, ensejou a exclusão da empresa recorrente do sistema SIMPLES, com fundamento no Ato Declaratório Executivo nº. 566.338, de 02 de agosto de 2004.

Outrossim, o Ato Administrativo Declaratório da Exclusão explicitou que o Interessado, ora Recorrente, não pode ser enquadrado como optante do SIMPLES por exercer atividade privativa de engenheiro, consoante vedação prevista no mencionado art. 9º. Em primeira instância administrativa, a autoridade julgadora, por sua vez, reiterou o ato declaratório, mantendo a vedação de opção pelo Simples à recorrente.

In casu, em análise à legislação tributária aplicável à matéria em comento, insta reconhecer que a re-inclusão do contribuinte excluído ao Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Melhoria – SIMPLES, não encontra vedação legal, ao contrário do entendimento dos Ilustres Julgadores *a quo*.

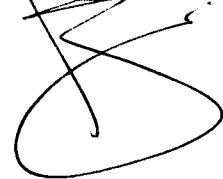
Com efeito, não se trata, no presente caso, de buscar motivos que possam fazer invalidar o Ato Declaratório expedido pela autoridade administrativa, mas, de adequar a situação ao que prevê a lei.

Nessa esteira, dispõe o art. 17, XVI, da Lei Complementar 123/06, que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que tenha por finalidade a prestação de serviços de obras de engenharia em geral, não estão incluídas nas vedações legais, na forma do SIMPLES, *in verbis*:

"Art. 17.

(...)

§ 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; ”

Destarte, sendo a atividade declarada e efetivamente exercida não vedada ao SIMPLES, nem havendo outros impedimentos legais, não há respaldo legal a impedir a opção de enquadramento no aludido Sistema.

Partindo desta premissa, a alteração do Regime de Vedações promovido pela Lei Complementar 123/2006, por força do art. 18 da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007, passou a ser considerado quando da aplicação da Lei nº 9.317, de 1996 a processos pendentes de julgamento. Veja-se:

“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.

§ 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. (Grifo)

Pois bem, aludida norma, definiu como regularmente optante a pessoa jurídica que, anteriormente excluída do regime da Lei nº 9.317/1996, passou a ser recepcionada pela Lei Complementar nº 123/2006, como não impedida de optar pelo sistema SIMPLES, desde que a exclusão não se encontrasse definitivamente julgada na esfera administrativa ou judicial.

Acresça-se que a atividade da Recorrente foi expressamente incluída dentre aquelas em que é possível aderir à nova sistemática. Nesse sentido é o que dispõe o art. 12 da mesma Resolução CGSN nº 04:

“Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

(...)

§ 3º As vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput 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:

(...)

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada; ”

Impende registrar, ainda, que o artigo 88 da Lei Complementar nº. 123/2006 estabelece claramente que aludido diploma legal entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2007, todavia, subsequentemente, dispõe o artigo 89 que a Lei nº. 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e

Lei nº. 9.841, de 5 de outubro de 1999, estarão revogadas à partir da vigência da Lei Complementar em cotejo, ou seja, em 1º de julho de 2007. Portanto, estamos diante de uma norma de eficácia contida, e assim sendo, sua aplicação só se dará em sua plenitude quando as condições impeditivas forem resolvidas pela perda de sua eficácia, que ocorrerá com a desconstituição das referidas normas, Leis 9317/1996 e 9841/1999.

Outrossim, analisando-se o texto legal, evidente que, embora a LC 123/2006 autorize empresas que exerçam atividades pertinentes a cursos livres e regulares de artes a optarem pelo regime do Simples, estas fatalmente irão esbarrar nos impedimentos legais contidos na Lei 9317/1996.

Nesse contexto, prevê o artigo 146, III, alínea “d” da Constituição Federal, que cabe à lei complementar, estabelecer normas gerais em matéria tributária, notadamente sobre:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d - definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no artigo 155, II (ICMS), das contribuições previstas no artigo 195, I (INSS) e Parágrafos 12º e 13º (Cofins, Pis) e artigo 239.”

Do mesmo modo, a Constituição Federal estabelece no comando legal emanado do artigo 179 que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Lei Complementar no 123/2006 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte veio, portanto, a consolidar as disciplinas jurídicas anteriormente consagradas nas Leis 9317/96 e 9841/99.

Porquanto, forçoso reconhecer que a partir de 01 de julho de 2007 passaram a ser integralmente revogadas as legislações até então vigentes, que disciplinam o a sistemática do Simples, atinente às Leis supramencionadas 9317/1996 e 9841/1999, incluindo-se demais leis estaduais e municipais pertinentes à temática.

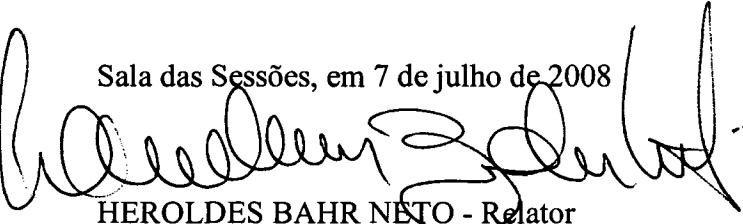
Feitas essas considerações e, tendo em vista que o recorrente não desempenha a atividade ensejadora de sua exclusão do SIMPLES, tampouco, desempenha qualquer atividade vedada pela LC no 123/06, não há como subsistir a exclusão efetuada.

De fato, a atividade econômica exercida pelo Interessado, segundo seu contrato social, incidi na “assistência técnica em montagem mecânica de moendas em usinas de açúcar” prestação, fls. 09, e, portanto, amparada pela legislação tributária aplicável.

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de tornar sem efeito o Ato Declaratório de Exclusão nº. 566.338/2004, para

reenquadrar o contribuinte-recorrente no Sistema de Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Melhoria – SIMPLES, nos moldes lançados supra.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2008


HEROLDES BAHR NETO - Relator