



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13984.000282/2004-01
Recurso nº	136.729 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	303-34.810
Sessão de	18 de outubro de 2007
Recorrente	AL MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA - EPP
Recorrida	DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. "MONTAGEM E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS". 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".

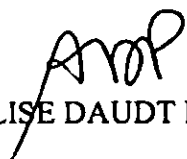
Recurso Voluntário Provido

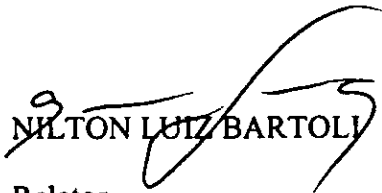
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, que negou provimento.

And

[Assinatura]


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Zenaldo Loibman. Fez sustentação oral o advogado Renato Romeu Renck OAB 10206-RS.

Relatório

O presente feito teve início com Representação Administrativa (fls. 01/03), formulada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, no qual verificou-se que a empresa em questão realiza operações vedadas ao Simples, quais sejam, montagem e manutenções mecânicas, industriais, automotivas e hidráulicas, bem como locação de mão-de-obra, conforme se depreendeu de notas fiscais de prestações de serviços (fls. 07/13).

Juntados às fls. 05/13, Contrato Social e as Notas Fiscais.

O Despacho de fls. 15/18, com base na representação formulada, bem como no artigo 20, incisos XI item "e" e XII, da IN SRF nº 355/2003 e Parecer COSIT nº 6/2000, concordou com a exclusão do contribuinte do Simples, a partir de 01/01/2002, pelas mesmas razões da mencionada Representação, propondo, portanto, a emissão do ADE, juntado às fls. 19.

Ciente do referido ato (AR de fls. 23), o contribuinte apresentou tempestiva Manifestação de Inconformidade às fls. 25/31, acompanhada dos documentos de fls. 32/43, alegando sucintamente que no rol de suas atividades não consta a de locação de mão-de-obra e tão somente realiza a atividade de prestação de serviços mecânicos e de manutenções industriais, os quais são desenvolvidos por trabalhadores e encarregados da própria empresa, sem que esta os loque para tanto.

Da mesma maneira, não presta serviços que dependa de profissional habilitado, no caso o de engenheiro, eis que tanto o projeto como a responsabilidade técnica são dos contratantes, portanto, resta claro que a prestação de serviços de manutenção e mecânica industriais não obsta sua permanência no Simples, neste sentido, a própria Secretaria da Receita Federal entende que pode optar pelo Simples a empresa que preste tais atividades sem que haja o emprego de profissional habilitado, conforme consultas nºs 322/98 e 361/98, da 8ª Região.

Por sua vez, entende que os efeitos da exclusão devem se fazer sentir pelo artigo 3º da Lei nº 9.732/98, ou seja, a partir do mês subsequente àquele que se proceder a exclusão.

Neste diapasão, patente está a violação do Princípio Constitucional da Irretroatividade, caso permaneça sua exclusão a partir de 01.01.2002, isto porque a retroatividade é notória e legalmente proibida em matéria tributária.

Por fim, destaca que no ordenamento jurídico, a hierarquia das leis deve ser respeitada, razão pela qual uma instrução normativa não pode sobrepujar o que consta prevista em lei, dispondo de modo diverso desta.

Isto posto, o contribuinte requer o cancelamento do Ato Declaratório em foco, consequentemente, mantendo-se na sistemática simplificada de arrecadação e, se assim não entender, que os efeitos produzidos se dêem pela Lei nº 9.732/98.

Os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis/SC, a qual indeferiu a solicitação do contribuinte (fls. 36/39), nos termos da seguinte ementa:



"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

Ementa: SERVIÇOS DE MONTAGEM E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS. OPÇÃO VEDADA – As pessoas jurídicas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais não podem optar pelo SIMPLES, por caracterizar prestações de serviço profissional de engenharia.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS – Os efeitos da exclusão do SIMPLES, por motivo de atividade econômica vedada, ocorrem a partir do mês subsequente àquele em que ocorreu a situação excludente. Entretanto, operam-se a partir de 01/01/2002 os efeitos da exclusão, quando o ato de exclusão tenha sido formalizado a partir de 2002, a pessoa jurídica tenha optado pelo referido sistema de tributação até 27/07/2001 e a situação excludente tenha ocorrido até 31/12/2001.

Solicitação Indeferida"

Irresignado com a decisão proferida, o contribuinte interpôs às fls. 62/69, tempestivamente, Recurso Voluntário, reiterando tudo o quanto consta anteriormente, desde seus fundamentos até seu pedido.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, em um único volume numerado até às fls. 71, última.

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 e por conter matéria deste Terceiro Conselho Contribuintes, tomo conhecimento do Recurso Voluntário.

A discussão travada nos autos cinge-se a exclusão do contribuinte do Sistema de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, mediante o Ato Declaratório Executivo nº16, de 14.6.2005, constante às fls. 19.

A exclusão se deu com base em Representação Administrativa do INSS (fls. 02/03) (acatada pela decisão de fls. 15/18), na qual concluiu-se que a Recorrente pratica atividades vedadas, quais sejam, montagens e manutenções mecânicas, industriais, automotivas e hidráulicas, assim como, locação de mão de obra.

Com efeito, consta do Contrato Social da Recorrente (fls. 05/06), bem como da Alteração de fls. 32/33: *“montagens e manutenções mecânicas, industriais, automotivas e hidráulicas”*.

Consigne-se que a Recorrente, desde a Impugnação, reconhece que exerce *“serviços de manutenção e mecânica industrial”*, porém, no tocante à atividade de locação de mão-de-obra, destacou que nunca a exercera, bem como, as Notas Fiscais juntadas aos autos, em nada corroboram neste sentido.

Eis que, analisada a controvérsia pela DRJ/Fortaleza, esta ponderou ser insustentável a exclusão da empresa do Simples baseada na assertiva de que ela exerce a atividade de locação de mão-de-obra e, neste ponto, entendo que tem razão a DRJ em sua constatação.

De fato, a locação de mão-de-obra não poderia sustentar a exclusão da Recorrente, tanto pela não comprovação por meio de provas cabais, quanto por não integrar as atividades constantes de objeto social.

Desta feita, passemos à análise da outra atividade, que supostamente impede a manutenção da empresa no Simples.

No que concerne à atividade de montagem e manutenção de máquinas industriais, entendo que esta também não poderia servir de base para a exclusão da Recorrente.

Note-se que, a Lei Complementar nº 123/06, mormente o artigo 17, que trata das vedações, não traz em seu bojo como atividades impeditivas as que a Recorrente aduz desempenhar, qual seja *“montagem e manutenção de máquinas industriais”*.

Da mesma forma, não consta na lista das atividades permitidas. Contudo, o § 2º, do artigo 17, do mesmo diploma, assim estabelece:

“§2. Poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente a prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no caput deste artigo.” (g.n.).

Observe-se também que, de fato, o inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317, de 05/12/1996, vedava opção à pessoa jurídica que:

"Art. 9º Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

(...)

XIII – que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, rogramados, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;" (g. n.)

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.

Inclusive, das notas fiscais constantes as fls. 07/13, denota-se a prestação tão somente de serviços mecânicos que em nada se assemelham a serviços de engenheiros ou assemelhados a tal.

No entanto, como já visto, esta também não importa em vedação ao Simples, também sob a ótica da nova legislação.

Logo, não é cabível a exclusão do Simples, em razão dos motivos aduzidos no ADE.

Quanto 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 do aspecto 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 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;"

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, 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 18 de outubro de 2007


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator