



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10320.002037/2004-45
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-004.171 – 1ª Turma
Sessão de 08 de maio de 2019
Matéria SIMPLES FEDERAL. ATIVIDADE VEDADA.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado T. DE JESUS S. SODRE - ME

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES FEDERAL. VEDAÇÃO À OPÇÃO. SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO, REPARAÇÃO, MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS E APARELHOS DE REFRIGERAÇÃO E VENTILAÇÃO DE USO INDUSTRIAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006.

Súmula CARF n° 81: É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

Superado apenas um dos argumentos que permitiriam a opção da contribuinte pelo SIMPLES, e tendo a decisão recorrida tratado apenas deste, faz-se necessário o retorno dos autos à turma *a quo* para análise das demais matérias alegadas no recurso voluntário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Fabiano Alves Penteado, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o conselheiro Demetrius Nichele Macei, substituído pelo conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela Fazenda nacional (fls. 95-129) em face do acórdão nº 303-35.489 - 3ª Câmara do então 3º Conselho de Contribuintes, proferido na sessão de 07 de julho de 2008, que deu provimento ao recurso voluntário, tendo recebido as seguintes ementa e decisão:

Acórdão recorrido: 303-35.489, de 7 de julho de 2008

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES ANO-CALENDÁRIO: 2004 SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA.

"Instalação, Reparação, Manutenção de máquinas e Aparelhos de Refrigeração e Ventilação de uso industrial"- LC 123, de 14/12/06 - Nos termos da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, artigo 17, §1º, "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

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para manter a empresa no Simples ate 31/12/2004, nos termos do voto da relatora.

A partir do Regimento Interno do CARF (RICARF) de 2009, aprovado pela Portaria MF 256/2009, a competência material atinente ao regime do Simples é da 1ª Seção de Julgamento, situação mantida pelo atual RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015.

Os autos foram movimentados para a PGFN em 22 de julho de 2010 e efetivamente entregues em 29 de julho de 2010, conforme Relação de Movimentação - RM recepcionada/assinada nesta data (fl. 91). O Recurso Especial foi apresentado pela Fazenda Nacional em 09/09/2010 (fl. 93), consoante recebimento dessa data (e-fls. 95/129).

A Recorrente alega divergência jurisprudencial em relação ao conteúdo dos acórdãos n. 303-35.326, de 19 de maio de 2008, e 302-36.070, de 15 de abril de 2004, cujas ementas são as seguintes:

Acórdão paradigma: 303-35.326

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

Ano-calendário: 2002

Legislação Superveniente. Inclusão Retroativa. Impossibilidade.

A alteração da legislação disciplinadora do regime de impedimentos à opção pelo Simples não autoriza a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional, para efeito de re-incluir contribuinte regularmente excluído com base na legislação vigente à época do ato. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Acórdão paradigma 302-36.070

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA

Não poderia optar pelo Simples a pessoa jurídica que, até 31/05/2003, prestava serviços assemelhados aos de representação comercial (art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, e art. 1º, inciso IV, da Lei nº 10.034/2000, com a redação dada pelo art. 24 da Lei nº 10.684/2003, publicada em 31/05/2003).

NEGADO PROVIMENO POR MAIOIRA. *(sic)*

O despacho de admissibilidade de fls. 148-153, de 18 de março de 2016, proferido pelo Presidente da Primeira Câmara da Primeira Seção, deu seguimento ao recurso especial, observando, *in verbis*:

Os paradigmas indicados pela Fazenda Nacional afastaram a aplicação retroativa da nova legislação do Simples que deixou de vedar atividade econômica de opção pelo Simples.

Vale dizer, a alteração da legislação disciplinadora do regime de impedimentos à opção pelo Simples não autoriza a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional, para efeito de re-incluir contribuinte regularmente excluído com base na legislação vigente à época do ato.

Por outro lado, o acórdão recorrido, em sentido diametralmente oposto, aplicou retroativamente nova legislação do Simples que deixara de vedar atividade econômica de opção pelo Simples.

Se isso não bastasse, o acórdão recorrido, também, inobservou matéria sumulada, ou seja, a Súmula CARF nº 81, cujo verbete transcrevo a seguir, in verbis:

Súmula CARF nº 81: É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

Intimado em 26 de abril de 2016 (fl. 156), o contribuinte não se manifestou.

Contexto fático dos autos

Em breve síntese, no caso dos autos, os fatos são os seguintes:

- a Contribuinte solicitou sua exclusão do Simples em 30/06/2004, com efeito a partir de 01/01/2005, por exercício de atividade econômica vedada de opção no Simples a partir de 07/04/2000 (CNAE 2924-6/02 - Instalação, reparação e manutenção de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de uso industrial);

- o fisco a excluiu com efeito a partir 01/01/2002, conforme ADE DRF/SLS 503.784, de 02/08/2004 (fl. 13);

- o contribuinte então apresentou SRS - Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (fl. 03), argumentando pela exclusão com efeito apenas a partir de 01/01/2005.

- a DRJ/Fortaleza indeferiu a solicitação de revisão da exclusão (fls. 27/37), pois a Contribuinte não apresentara argumento e/ou documento visando a descaracterizar o exercício de atividade vedada desde a data de opção pelo Simples. Assim, por exercício de atividade impeditiva de opção pelo Simples nos termos dispostos no artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, considerou justificada sua exclusão desde 01/01/2002.

- em seu recurso voluntário, a contribuinte pugna pela sua manutenção no Simples até 31/12/2004, por considerar (i) que a vedação constante do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96, revogada pela Lei Complementar no 123/2006, impedia apenas o exercício de atividade pela pessoa jurídica envolvendo prestação de serviço profissional de engenheiro (profissão regulamentada), que não é o caso da contribuinte já que a atividade de instalação e manutenção de aparelho de ar condicionado prescinde de tal profissional; e (ii) a Lei 10.964/2004 expressamente excepcionou da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 os "*IV -- serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática (Redação dada pela Lei nº 11.051/2004).*" e os "*V - serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos (Redação dada pela Lei nº 11.051/2004).*", sendo que seus parágrafos expressamente determinam a aplicação retroativa de tais exceções.

- o acórdão recorrido deu provimento ao recurso voluntário, determinando a manutenção da Contribuinte no Simples até 31/12/2004, por aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006 que deixara de vedar a opção pelo Simples quanto à citada atividade econômica da contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano - Relatora

Admissibilidade recursal

De acordo com o § 9º do artigo 23 do Decreto nº 70.235/1972, bem como o artigo 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do recurso pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN será contado a partir da data da intimação pessoal presumida (30 dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN), ou em momento anterior se o Procurador da Fazenda Nacional se der por intimado antes de tal data, neste caso mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

Na hipótese, os autos foram movimentados para a PGFN em 22 de julho de 2010 e efetivamente entregues em 29 de julho de 2010, conforme Relação de Movimentação - RM recebida/assinada nesta data (fl. 91). Assim, a intimação presumida da PGFN ocorreu em 27 de agosto de 2010. Já o prazo de 15 dias para interposição de recurso especial teve como termo inicial o dia 28 de agosto e final o dia 11 de setembro de 2010. Desse modo, é tempestivo o recurso especial interposto em 9 de setembro de 2010 (fl. 93).

O recurso também preencheu os demais requisitos de admissibilidade, não havendo, inclusive, questionamento pela parte recorrida no tocante ao seu seguimento, motivo pelo qual concordo e adoto as razões do i. Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF para conhecimento do Recurso Especial, nos termos do permissivo do art. 50, § 1º, da Lei 9.784/1999.

Mérito

No mérito, a questão a ser definida no presente recurso consiste em definir se deve ou não ser afastada a aplicação retroativa da nova legislação do Simples que deixou de listar a atividade econômica exercida pelo contribuinte dentre as hipóteses de vedação de opção por este regime.

Sobre a matéria, a jurisprudência deste CARF se consolidou, tendo havido a publicação da Súmula CARF no. 81 (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277/2018), cujo enunciado é o seguinte:

Súmula CARF nº 81: É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

A análise dos precedentes em que se baseou a edição da Súmula CARF 81 revela que eles tratam, todos, dos efeitos de legislação editada posteriormente à Lei 9.317/1996 que simplesmente deixa de vedar determinadas atividades à opção pelo SIMPLES, sem a específica previsão legal de qualquer efeito retroativo. Em síntese:

Acórdãos 9101-000.809, 9101-000.980, 9101-001.001, 1402-000.168, 3801-000.165, 3801-00.111, 3801-000.039, 3803-00.045 e 303-35326 - analisaram a Lei Complementar 123/2006, esclarecendo que essa legislação, no que se refere à exclusão de vedação à opção pelo SIMPLES anteriormente instituída, não se aplica a situações anteriores à sua vigência, pela inexistência de subsunção a qualquer das hipóteses previstas no art. 106, do CTN.

Acórdãos 9101-000.843 e 3801-000.039 - analisaram a Lei 10.034/2000, que excluiu a atividade de creche, ensino infantil e ensino fundamental da vedação ao SIMPLES, esclarecendo que não poderia haver aplicação retroativa da nova legislação.

Acórdão 9101-001.010 - analisou a Lei 10.684/2003, que excluiu a atividade de agências lotéricas da vedação ao SIMPLES, esclarecendo que não poderia haver aplicação retroativa da nova legislação.

Portanto, a jurisprudência deste tribunal se firmou no sentido de que a contribuinte não pode ser autorizada a optar pelo SIMPLES federal pela única razão de a atividade por ela exercida ter deixado de ser vedada por legislação posterior.

Vale notar que as súmulas do CARF são de observância obrigatória por parte dos Conselheiros, nos termos do artigo 45, VI, do Anexo II do atual Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015. Além disso, diversas passagens do RICARF/2015 registram que as súmulas do CARF devem ser aplicadas independentemente da data de sua aprovação. Neste sentido, o artigo 67, § 3º, do anexo II do RICARF/2015 determina que não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso; no mesmo sentido, o § 12, III, desse mesmo artigo estabelece que não servirá como paradigma acórdão que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar Súmula do CARF.

Observo que a contribuinte alegou em seu recurso voluntário que sua atividade estaria dentre as previstas na Lei 10.964/2004, portanto haveria legislação determinando de maneira expressa sua aplicação retroativa -- argumento que, se procedente, no entendimento desta Relatora afastaria a aplicação da Súmula CARF n. 81.

De fato, a Lei 10.964/2004 trouxe algumas hipóteses em que a permissão de optar pelo SIMPLES retroage -- e, nesses casos, sequer seria aplicável a Súmula CARF no. 81, por ser diverso o contexto jurídico. A norma possui a seguinte redação:

Lei 10.964, de 28 de outubro de 2004

Art. 4º A partir de 1º de janeiro de 2004, ficam excetuadas da restrição de que trata o [inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996](#), observado o disposto no [art. 2º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000](#), as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades:
I — serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;
II — serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;
III — serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;
IV — serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;
V — serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos.
§ 1º Fica assegurada a permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2004, das pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham feito a opção pelo sistema em data anterior à publicação desta Lei, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na

legislação.

§ 2º As pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham sido excluídas do SIMPLES exclusivamente em decorrência do disposto no [inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996](#), poderão solicitar o retorno ao sistema, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2004, nos termos, prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal – SRF, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação.

§ 3º Na hipótese de a exclusão de que trata o § 2º deste artigo ter ocorrido durante o ano-calendário de 2004 e antes da publicação desta Lei, a Secretaria da Receita Federal – SRF promoverá a reinclusão de ofício dessas pessoas jurídicas retroativamente a 1º de janeiro de 2004.

Art. 4º Ficam excetuadas da restrição de que trata o [inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996](#), as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

I – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados; [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

II – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores; [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

III – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas; [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

IV – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática; [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

V – serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos. [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

§ 1º Fica assegurada a permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com efeitos retroativos à data de opção da empresa, das pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham feito a opção pelo sistema em data anterior à publicação desta Lei, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação. [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

§ 2º As pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham sido excluídas do SIMPLES exclusivamente em decorrência do disposto no [inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996](#), poderão solicitar o retorno ao sistema, com efeitos retroativos à data de opção desta, nos termos, prazos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal – SRF, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação. [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

§ 3º Na hipótese de a exclusão de que trata o § 2º deste artigo ter ocorrido durante o ano-calendário de 2004 e antes da publicação desta Lei, a Secretaria da Receita Federal – SRF promoverá a reinclusão de ofício dessas pessoas jurídicas retroativamente à data de opção da empresa. [\(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004\)](#)

Tal peculiaridade foi inclusive ressaltada no voto condutor do acórdão 9101-001.010 (indicado como um dos paradigmas para a edição da Súmula CARF n. 81), tendo este observado que o tratamento seria diferente caso, naquela oportunidade, estivesse em análise não a Lei 10.684/2003, mas a Lei 10.964/2004. Confira-se:

(...)

Diante de tal dispositivo [da Lei 10.684/2003], parece-me que o legislador não pretendeu conferir efeitos retroativos à norma sob exame. De fato, além de não conter qualquer prescrição nesse sentido (o que seria de rigor para atribuir efeitos passados ao texto da lei), o art. 29 da Lei n. 10.684/2003 preocupou-se em estabelecer expressamente que alguns dos artigos desta Lei teriam efeitos retroativos e outros teriam apenas efeitos futuros, determinando-se a vigência imediata e prospectiva aos demais dispositivos. Nos expressos termos da Lei n. 10.684/2003, o artigo 24 da Lei entrou em vigor apenas em 31.05.2003.

A Lei n. 10.964/04 não infirma o entendimento supra, mas, ao contrário, o confirma. Ao excepcionar outras atividades do rol

de operações proibitivas da opção da pessoa jurídica pelo Simples, o legislador naquela oportunidade fez expressa menção à retroatividade dos efeitos dos dispositivos legais, conforme se constata do art. 4º, § 1º a § 3 da Lei, o que não ocorre com a Lei n. 10.684/2003. Verbis:

(...)

No caso dos autos, porém, é incontroverso que a empresa se dedica à atividade descrita no CNAE 2924-6/02 - *Instalação, reparação e manutenção de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de uso industrial*.

Compreendo que as atividades desempenhadas pela contribuinte não estão dentre as previstas na Lei 10.964/2004, não podendo o ar condicionado industrial ser considerado uma espécie de "máquina de escritório e de informática" ou de "aparelho eletrodoméstico".

Assim, é de se entender pela irretroatividade da legislação posterior que deixa de vedar a atividade exercida pela empresa a optar pelo SIMPLES, ou seja, estamos diante do mesmo contexto jurídico que ensejou a aprovação do enunciado da Súmula CARF no. 81 (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277/2018).

Não se pode deixar de observar, todavia, que a aplicação da Súmula CARF 81 não é suficiente para levar à conclusão de que a contribuinte em questão se enquadra na vedação ao SIMPLES constante do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/1996.

Isso porque, por exemplo, o artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/1996 apenas impedia o exercício de atividade pela pessoa jurídica envolvendo prestação de serviço exercido por profissional habilitado (profissão regulamentada), o que em seu recurso voluntário a contribuinte defende não ser o seu caso, eis que a atividade de instalação e manutenção de aparelho de ar condicionado prescindiria e de tal profissional.

A situação pode (ou não) se amoldar ao conteúdo de outra Súmula deste CARF, a de n. 57 (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277/2018), cujo teor é o seguinte:

Súmula CARF nº 57

A prestação de serviços de manutenção, assistência técnica, instalação ou reparos em máquinas e equipamentos, bem como os serviços de usinagem, solda, tratamento e revestimento de metais, não se equiparam a serviços profissionais prestados por engenheiros e não impedem o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES Federal.

Digo que pode ou não porque tal enunciado sumular não é de aplicação imediata, por não tratar exclusivamente de matéria de direito, envolvendo, pelo contrário, a apreciação de matéria essencialmente fática.

Nesse contexto, como forma de evitar supressão de instância, compreendo que, como consequência do provimento do presente recurso especial, faz-se necessário o retorno dos autos à Turma *a quo* para que esta analise este e outros argumentos e fundamentos trazidos pela contribuinte em sede de recurso voluntário -- os quais restaram não analisados no

Processo nº 10320.002037/2004-45
Acórdão n.º **9101-004.171**

CSRF-T1
Fl. 167

acórdão recorrido porque este deu provimento ao recurso voluntário por um único outro fundamento, ficando, naquela ocasião, prejudicada a análise dos demais.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto por conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional e, no mérito, dou-lhe provimento, com retorno dos autos à turma ordinária para análise das demais matérias e fundamentos do recurso especial não analisados pela decisão recorrida.

(assinado digitalmente)
Livia De Carli Germano