



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

Processo nº 10840.002725/2004-36
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9101-002.169 – 1ª Turma
Sessão de 18 de janeiro de 2016
Matéria SIMPLES FEDERAL
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado M.J.S. AND SERVICE LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

EMBARGOS INOMINADOS. PROVIMENTO.

As alegações de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, provocados pelos legitimados para opor embargos, deverão ser recebidos como embargos inominados para correção. Dá-se provimento aos embargos opostos e admitidos como inominados, a fim de que a parte dispositiva do acórdão reflita toda a sua fundamentação de *conhecimento e não provimento* do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, sanando-se o *lapso manifesto* ou mesmo *erros de escrita* que indicaram o seu *não conhecimento* deste.

SIMPLES NACIONAL. SÚMULA 81 DO CARF. INAPLICABILIDADE.

Não há que se falar em aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006 para a admissão de atividade ao SIMPLES, o que seria vedado pela Súmula 81 do CARF, quando a legislação pretérita, vigente à época dos fatos, já garantia ao contribuinte o direito de optar por esse regime de tributação. Nega-se provimento aos embargos de declaração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, embargos conhecidos e providos parcialmente, para rerratificar o Acórdão embargado, suprimindo o erro material, nos termos do voto do Relator, sem efeitos infringentes.

Conselheiro CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Luís Flávio Neto - Relator.

(assinado digitalmente)

EDITADO EM: 17/02/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, LUÍS FLÁVIO NETO, ANDRE MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO (Suplente Convocada), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM (Suplente Convocado), MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Vice-Presidente), CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO (Presidente).

Relatório

Tratam-se de **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante "**PFN**"), em face do acórdão n. 9101-001.763 (doravante "**acórdão embargado**"), proferido na sessão de 15.10.2013, pela Primeira Turma desta Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante "**CSRF**"), em foi julgado recurso especial interposto também pela Fazenda Nacional.

Por oportuno, o relatório do despacho proferido para fins de admissibilidade dos referidos embargos de declaração bem sintetizou as questões ora submetidas à análise deste Tribunal:

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em face do Acórdão nº 9101-001.763, de 15.10.2013, em cuja ementa consta:

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INSPEÇÃO, MANUTENÇÃO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS, METALÚRGICOS E SIDERÚRGICOS. DESNECESSIDADE DE CONHECIMENTO PROFISSIONAL HABILITADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9.317, de 1996. Restado demonstrado que os serviços prestados pela Contribuinte são tipicamente de inspeção, manutenção e assistência técnica em equipamentos industriais, metalúrgicos e siderúrgicos, que utilizam mão de obra não qualificada, sem qualquer necessidade de conhecimentos técnicos específicos da profissão de engenheiro mecânico, há que ser afastada a exclusão do SIMPLES.

Recurso Especial do Procurador Não Conhecido. [...] Acordam os membros do colegiado, por maioria dos votos, recurso da Fazenda não conhecido.

Notificada da referida decisão em 13.05.2015, a PGFN opôs embargos de declaração em 14.05.2015 (§ 9º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972), suscitando que:

O r. acórdão não conheceu o recurso especial da Embargante. Contudo, smj, há manifesta contradição entre as razões e o dispositivo do v. aresto.

A respeito da preliminar de admissibilidade do recuso especial diz o v. voto condutor do r. aresto, verbis:

“Assim sendo, o Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional preenche os requisitos legais de admissibilidade merecendo ser conhecido pela turma julgadora.”

Porém, ao final das razões de mérito concluiu o v. voto condutor do r. aresto, verbis:

“Diante do conteúdo dos autos, não conheço do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.”

Resta patente a contradição entre o v. voto de admissibilidade e o dispositivo que não conhece o recurso.

Ultrapassada a discussão sobre a admissibilidade do recurso especial, cabe suscitar sobre a decisão de mérito do r. acórdão.

No caso em comento, a tese levantada no recurso especial foi de óbice à aplicação retroativa da legislação do SIMPLES. Consignamos a respeito no recurso especial, verbis:

“Verifica-se que a decisão aplicou RETROATIVAMENTE a Lei Complementar nº 123/2006.”

Rejeitando a tese da Embargante, o r. acórdão corroborou o r. aresto do i. Colegiado a quo e aplicou RETROATIVAMENTE a legislação do SIMPLES. Assim, smj, restou vulnerado o enunciado nº 81 de Súmula do e. CARF, verbis:

“É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.”

Decerto que os embargos de declaração não são a via própria para arguir o mérito da lide, contudo, houve manifesta ofensa ao RICARF, art. 72. [...]

Posto isso, a FAZENDA NACIONAL requer o conhecimento e provimento destes embargos declaratórios para ser sanada a contradição e a omissão acima indicadas.

Os embargos de declaração estão regulamentados no art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF) 1 e foram opostos no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão e atendem aos pressupostos de tempestividade e legitimidade. Passa-se a apreciar a admissibilidade.

Tem cabimento transcrever excertos do acórdão embargado:

Assim sendo, o Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional preenche os requisitos legais de admissibilidade merecendo ser conhecido pela turma julgadora.

Como visto do relatório, o ponto nodal da presente discussão diz respeito tão somente a exclusão da contribuinte da opção pelo Simples.

Resta claro nos autos que a contribuinte foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte— SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo nº 567.413, de 02/08/2004, exarado pelo Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto SP, sob a presunção de praticar atividade impeditiva da opção pelo regime do SIMPLES.

Observa-se, ainda, que a exclusão tem como base dado extraído da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE) Fiscal que informou no seu cadastro no CNPJ/MF e fundamenta-se no exercício de atividade impeditiva correspondente à serviço de inspeção, manutenção, assistência técnica em equipamentos industriais metalúrgicos e siderúrgicos que se equipararia às atividades reservadas a profissional de engenharia, ou equivalente, base para o impedimento contido no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996.

Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à exclusão da contribuinte do SIMPLES, com fundamento no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, que veda esta opção à pessoa jurídica que: [...]

Alega a recorrente que tem sua atuação preponderante no serviço de inspeção, manutenção, assistência técnica em equipamentos industriais metalúrgicos e siderúrgicos. Alega, que são serviços de pouca complexidade técnica e para a realização destas atividades, não há necessidade de profissionais com habilitação legalmente exigida, como engenheiros. Representam serviços de reparo corriqueiros executados por um simples instalador ou consertador de máquinas e equipamentos.

A decisão recorrida apontou como motivo para indeferir o pedido da contribuinte, o de que a atividade alegada e descrita no Contrato Social da empresa seria assemelhada a engenharia ou profissão que requer habilitação legal.

Não há dúvidas que existem serviços de montagem, de reparo ou conserto em equipamentos industriais que até podem requerer a supervisão de engenheiro, principalmente quando se tratem de peças ou partes de equipamento pesado, integrantes de uma estrutura complexa de produção industrial. Porém, pelos elementos que compõem estes autos, não parece ser o caso.

Seria de se esperar, por prudência, que a repartição de origem no seu trabalho corriqueiro, antes de pretender um fato grave como é a exclusão, ou o impedimento, de uma microempresa ou empresa de pequeno porte do Programa SIMPLES que, pelo menos, verificasse principalmente no Livro de Prestação de Serviços, nas Notas Fiscais de Serviços, com diligência ao local da prestação do serviço, qual de fato é a natureza dos serviços

realizados, para se for o caso poder caracterizar, conforme parece apenas supor a administração tributária, pratica de serviços de assessoria, consultoria, projetos de equipamentos, algo que pudesse caracterizá-la como empresa que pratique serviço de engenharia ou assemelhado.

É fora de dúvida, que o serviço de engenheiro habilitado seja exigível a atividades de projeto de máquinas, ou até de supervisionar certos serviços de instalação e manutenção de equipamentos específicos. Mas, é fora de dúvida igualmente que as cidades estão cheias de pequenas empresas que consertam e reparam máquinas e equipamentos, ou auxiliam a instalação do equipamento que vendem, sendo serviços que, em geral, absolutamente dispensam a participação de engenheiro ou qualquer outra profissão com habilitação legalmente exigida, requerendo mão de obra não especializada de um prático, que na realidade do nosso país, em geral, muitas vezes não chegou nem a completar o segundo grau escolar. Esse tipo de atividade evidentemente não está vedado ao SIMPLES, e qualquer interpretação que pretenda equiparar o serviço prestado por um simples instalador, ou consertador de máquinas e equipamentos usados, com mera substituição de peças nos casos corriqueiros, ao serviço de engenheiro, tem de ser vista com desconfiança.

Ademais, no tocante às atividades descritas no contrato social, destaca-se que não encontram mais vedação para sua inclusão no SIMPLES, pois com o advento da Lei 11.051, de 2004, tais atividades deixaram de ser vedadas, nos seguintes termos: [...]

Registre-se, ainda, que com o advento do ato declaratório executivo ADE SRF nº 8, de 18/01/2005 do Secretário da Receita Federal, o motivo indicado como fundamento para a permanência da recorrente no Simples (inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996) foi fortalecido: [...]

A atividade econômica atribuída à empresa (serviço de inspeção, manutenção, assistência técnica em equipamentos industriais metalúrgicos e siderúrgicos) pode ser tipificada, por semelhança, no inciso I supramencionado, sem maiores complicações.

Considerar a atividade desenvolvida pela Recorrente como sendo de Engenheiro Mecânico/Eletricista é atribuir aplicação extensiva à Lei do Simples, sem que haja situação fática compatível para esta interpretação. Aliás, ainda que precisasse realizar eventualmente algum serviço de maior complexidade e rigor técnico, próprio dos engenheiros, isso não poderia, por si só, ensejar a sua exclusão do SIMPLES. [...]

Diante do conteúdo dos autos, não conheço do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Sobre a situação de contradição, restou comprovado que está apontada objetivamente. No interior da própria decisão restou caracterizado esse vício, ou seja, ficou evidenciada a desconformidade interna da decisão jurisdicional, conforme comprova-se pelos excertos do voto condutor do acórdão embargado:

Assim sendo, o Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional preenche os requisitos legais de admissibilidade merecendo ser conhecido pela turma julgadora. [...]

Diante do conteúdo dos autos, não conheço do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Atinente a situação de omissão, ficou evidenciado que está apontada objetivamente. Verifica-se que não houve expressa manifestação do julgador sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir, qual seja, "que a decisão aplicou RETROATIVAMENTE a Lei Complementar nº 123/2006".

Por todo o exposto, **ADMITO** os embargos de declaração interpostos."

Conclui-se, com o isso, o relatório,

Voto

Os embargos de declaração opostos pela PFN cumprem o requisito da tempestividade e preenchem os demais requisitos de admissibilidade exigidos. Por isso, os conheço. No entanto, como são alegadas inexactidões materiais em face de *lapso manifesto* ou mesmo *erros de escrita*, o art. 66 do RICARF determina que estes sejam, em parte, recebidos como *embargos inominados* para correção.

A análise do acórdão embargado demonstra que:

- embora o acórdão embargado tenha demonstrado o cumprimento dos requisitos de admissibilidade do recurso especial então interposto pela PFN, inclusive com a análise dos acórdãos paradigmas acostados;
- embora o correspondente acórdão embargado tenha enfrentado o mérito da questão, decidindo, por maioria de votos (vencido o i. Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão), negar provimento ao recurso especial da Fazenda;
- consta a seguinte frase, na parte dispositiva do acórdão embargado: "Diante do conteúdo dos autos, não conheço do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional." **(grifos acrescidos ao original)**

A contradição suscitada - ou melhor, *lapso manifesto* ou *erro de escrita* - também contaminou a ementa do julgamento, na qual consta "Recurso Especial do Procurador Não Conhecido", e a proclamação de seu resultado, na qual consta "Acordam os membros do colegiado, por maioria dos votos, recurso da Fazenda não conhecido".

Desse modo, voto no sentido de dar **provimento** aos embargos de declaração opostos pelo Fazenda, ora recebidos como *embargos inominados* com fulcro

no art. 66 do RICARF, a fim de sanar a demonstrada contradição, *lapso manifesto* ou *erro de escrita* - existente no acórdão embargado, verificada especialmente em seu último parágrafo e com reflexos na proclamação do resultado de julgamento e em sua respectiva ementa. Proponho, assim, que o último parágrafo do voto do relator, que integra o acórdão de julgamento do recurso especial, passe a constar com a seguinte redação:

Diante do conteúdo dos autos, **conheço** do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, mas **nego-lhe provimento**.

Por sua vez, os embargos de declaração da Fazenda Nacional também suscitam uma **outra questão**. Haveria um ponto ao qual o acórdão embargado teria deixado de se manifestar, o que supostamente redundaria no não cumprimento da Súmula n. 81 do CARF, a qual enuncia:

“É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.”

Nesse ponto, embora conheça dos embargos para verificar a existência da alegada omissão, **voto por negar provimento aos embargos de declaração opostos pela PFN**, pois a Súmula 81 sequer seria aplicável à situação enfrentada no acórdão embargado.

Como se observa dos acórdãos que ensejaram a enunciação da Súmula n. 81, esta se volta a casos em que legislação (pretérita) vede a adesão ao SIMPLES e, em razão de lei superveniente, tal vedação venha a ser revogada. Determina a Súmula, nesse caso, que não sejam atribuídos efeitos retroativos à nova lei, de modo que as relações jurídicas que lhe sejam anteriores permaneçam tuteladas pela norma vigente à época dos fatos.

Apenas a título ilustrativo, vale observar o que restou consignado no acórdão 9101-000.809, de 21.02.2011, o qual está entre os precedentes que ensejaram a enunciação da Súmula 81 do CARF:

"Em outras palavras, a decisão hostilizada acatou como fato incontroverso que a interessada exerce atividade incluída pela Lei nº 9.317/96 no rol das vedações à opção pelo SIMPLES.

O que está em discussão é o alcance da Lei Complementar nº 123/2006 que teria excluído a atividade da pessoa jurídica da vedação supra mencionada."

De modo diverso, a decisão embargada decidiu que a legislação vigente nos exercícios em que a opção pelo SIMPLES foi realizada já autorizaria a adesão do contribuinte a esse regime. Não seria o caso de vedação à atividade prescrita pela lei vigente à época dos fatos e de posterior autorização por lei superveniente. Decidiu o acórdão embargado que, como a contribuinte não exerceria "profissão cujo exercício

dependa de habilitação profissional legalmente exigida", então nenhuma vedação existiria para a opção ao SIMPLES sob a égide da própria Lei n. 9.317/96.

Ou seja, a possibilidade da contribuinte embargada optar pelo SIMPLES não decorreria da superveniente Lei Complementar n. 123, mas da própria Lei 9.317/96 que, bem analisada, não traria vedação à atividade em questão.

O seguinte trecho, colhido do acórdão embargado coloca às claras essa questão:

"Pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à exclusão da contribuinte do SIMPLES, com fundamento no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, que veda esta opção à pessoa jurídica que:

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, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

(...)

É fora de dúvida, que o serviço de engenheiro habilitado seja exigível a atividades de projeto de máquinas, ou até de supervisionar certos serviços de instalação e manutenção de equipamentos específicos. Mas, é fora de dúvida igualmente que as cidades estão cheias de pequenas empresas que consertam e reparam máquinas e equipamentos, ou auxiliam a instalação do equipamento que vendem, sendo serviços que, em geral, absolutamente dispensam a participação de engenheiro ou qualquer outra profissão com habilitação legalmente exigida, requerendo mão de obra não especializada de um prático, que a realidade do nosso país, em geral, muitas vezes não chegou nem a completar o segundo grau escolar. Esse tipo de atividade evidentemente não está vedado ao SIMPLES, e qualquer interpretação que pretenda equiparar o serviço prestado por um simples instalador, ou consertador de máquinas e equipamentos usados, com mera substituição de peças nos casos corriqueiros, ao serviço de engenheiro, tem de ser vista com desconfiança."

Nesse seguir, voto por conhecer os embargos opostos pela PFN, para dar-lhes parcial provimento, apenas para correção de *lapso manifesto* ou *erros de escrita* constantes no acórdão embargado.

É como voto.

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator.

Processo nº 10840.002725/2004-36
Acórdão n.º **9101-002.169**

CSRF-T1
Fl. 1004

(assinado digitalmente)

CÓPIA