



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10855.000242/2005-19
Recurso nº 136.982 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.165 – 1ª Turma Especial
Sessão de 15 de junho de 2009
Matéria Simples - Exclusão
Recorrente EDYMAC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - ME
Recorrida DRJ-Ribeirão Preto/SP

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA. É vedada a opção pelo Simples e pelo Simples Nacional de pessoa jurídica que preste serviços profissionais de engenharia ou assemelhados, nos termos do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96 e no inciso XI do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006. Somente a partir da vigência da Lei Complementar nº 128/2008, que alterou a Lei Complementar nº 123/2006, é que o contribuinte não se encontraria impedido, em face de seu objeto social, de optar pelo Simples Nacional.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES - Presidente


HÉLCIO LAFETÁ REIS - Relator

EDITADO EM: 10/09/2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Alex Oliveira Rodrigues de Lima e Hécio Lafetá Reis.

Relatório

Em 27 de janeiro de 2005, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 1 a 2) contra decisão da Delegacia da Receita Federal em Sorocaba/SP (fl. 4) que indeferiu sua Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS (fl. 3), em face do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SOR nº 580.724, de 2 de agosto de 2004 (fl. 35), que excluiu a sociedade do Simples por exercer atividade econômica vedada: “Instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos em geral”.

Em sua impugnação, juntou cópias do Contrato de Constituição da sociedade e da 1ª alteração contratual (fls. 7 a 17), cópias de notas fiscais (fls. 18 a 33) e requereu o cancelamento da exclusão do Simples, alegando que, não obstante constar de seu contrato social, jamais exerceu a atividade que deu suporte ao ADE, tendo sido providenciada a alteração do objeto social, retirando-se a atividade que a impedia de optar pelo Simples.

A DRJ Ribeirão Preto/SP indeferiu a solicitação (fls. 38 a 40), considerando que a atividade desempenhada pelo contribuinte é própria de engenheiro ou assemelhado, situação essa que vedaria a opção pelo Simples.

Em Recurso tempestivo (fls. 49 a 51), o contribuinte alega que não depende de (...) prévio registro no órgão do Ministério do Trabalho (sic), responsável pela fiscalização do exercício profissional de atividade regulamentada (fl. 51).

Alega, ainda, que não depende de inscrição no Crea e que não prestou nenhuma atividade que dela dependesse, tendo comprovado, documentalmente, que apenas exerceria atividade mercantil.

Por fim, solicita a declaração de insubsistência e de invalidade do ato declaratório de exclusão do Simples.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro HÉLCIO LAFETÁ REIS, Relator

O recurso é tempestivo e reúne as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

A defesa da Recorrente em face da exclusão do Simples se baseia no fato de que a atividade que constava de seu contrato social e que vedaria sua permanência no Simples nunca fora por ela exercida, tendo sido providenciada a alteração do seu objeto social.

Conforme se verifica do Contrato Social da Recorrente (fls. 7 a 11), seu objeto social era definido como serviços de manutenção e instalação industrial e usinagem em geral.

Pela 1ª alteração contratual (fls. 12 a 17), referido objeto social passou a ser: Indústria e comércio de peças, usinagem em geral e serviços.

As cópias de notas fiscais de sua emissão (fls. 18 a 24), não-sequenciais, identificam as atividades da sociedade como “Serviços de Manutenção, Instalação Industrial e Usinagem”, informação essa que contraria as alegações da Recorrente de que o seu objeto social originalmente previsto no Contrato Social seria mais amplo que suas reais atividades.

Com base nessas constatações, passa-se à análise do mérito, ressaltando-se que, quer se baseie no Contrato Social ou em sua alteração ou, ainda, nas notas fiscais de sua emissão, todas as identificações do objeto social da Recorrente presentes nos autos apontam para o exercício de serviço intelectual de natureza profissional, qual seja, manutenção industrial e/ou usinagem.

I. Vedação do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996

O inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 assim dispõe:

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, 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; (grifei)*



Do disposto no dispositivo legal acima reproduzido, é possível aferir que a vedação do inciso XIII do art. 9º direcionou-se a profissionais em cuja atividade predominam os serviços intelectuais de natureza profissional.

Não se restringe a atividades de nível superior – exemplificativamente, o corretor e o despachante não necessitam de graduação universitária –, mas alcança os serviços que, por sua natureza, revelam-se inerentes ao exercício de qualquer profissão, regulamentada ou não (PN CST nº 8/1996).

Com base na Resolução nº 218/1973 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea –, que designa as atividades próprias desses profissionais sujeitas à fiscalização daquela autarquia, constata-se que os serviços prestados pela Recorrente encontram-se inseridos dentre aqueles previstos no referido ato normativo, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 218, DE 29 DE JUNHO DE 1973

Discrimina atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia,

Arquitetura e Agronomia.

O CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA, usando das atribuições que lhe conferem as letras "d" e "f", parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 5.194, de 24 DEZ 1966, CONSIDERANDO que o Art. 7º da Lei nº 5.194/66 refere-se às atividades profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro agrônomo, em termos genéricos;

CONSIDERANDO a necessidade de discriminar atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, para fins da fiscalização de seu exercício profissional, e atendendo ao disposto na alínea "b" do artigo 6º e parágrafo único do artigo 84 da Lei nº 5.194, de 24 DEZ 1966,

RESOLVE:

Art. 1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:

Atividade 01 - Supervisão, coordenação e orientação técnica;

Atividade 02 - Estudo, planejamento, projeto e especificação;

Atividade 03 - Estudo de viabilidade técnico-econômica;

Atividade 04 - Assistência, assessoria e consultoria;

Atividade 05 - Direção de obra e serviço técnico;



Atividade 06 - Vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico;

Atividade 07 - Desempenho de cargo e função técnica;

Atividade 08 - Ensino, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica; extensão;

Atividade 09 - Elaboração de orçamento;

Atividade 10 - Padronização, mensuração e controle de qualidade;

Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico;

Atividade 12 - Fiscalização de obra e serviço técnico;

Atividade 13 - Produção técnica e especializada;

Atividade 14 - Condução de trabalho técnico;

Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção;

Atividade 16 - Execução de instalação, montagem e reparo;

Atividade 17 - Operação e manutenção de equipamento e instalação;

Atividade 18 - Execução de desenho técnico. (grifei)

Com base nessa resolução e tendo em vista a manifestação de vontade exarada nos atos constitutivos da sociedade empresária ao definir seu objeto social, quer seja no Contrato Social ou em sua Alteração (fls. 7 a 17), bem como nas atividades expressamente identificadas nas notas fiscais de sua emissão (fls. 18 a 24), tem-se que as atividades da Recorrente se incluem dentre aquelas próprias do profissional de engenharia.

As Leis nº 10.964 e 11.051, ambas de 2004, excetuaram alguns serviços da restrição contida no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, com efeitos retroativos à data da opção pelo Simples, contudo, dentre esses serviços, não consta aquele desempenhado pela Recorrente.

Ressalte-se que, uma vez ter havido a necessidade de excetuar expressamente determinados serviços assemelhados àqueles arrolados no citado inciso XIII – como, por exemplo, serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos –, não restam dúvidas de que o rol abrange atividades técnicas similares independentemente de habilitação profissional.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento de matéria similar à presente, já decidiu nesse sentido ao apreciar o REsp nº 760.496, julgado em 18/12/2007, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO.
OPÇÃO PELO SIMPLES. EMPRESA QUE PRESTA
SERVICOS REFERENTES À ASSISTÊNCIA TÉCNICA EM



EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. RESTRIÇÃO CONTIDA NA LEI 9.317/96.

1. O TRF da 4ª Região entendeu que a recorrente, ao prestar serviços "de assistência técnica em equipamentos de informática e equipamentos de escritório, exerce atividade 'assemelhada' à de engenheiro" (fl. 123-verso). Esse entendimento coaduna-se com o disposto no art. 9º, I, da Resolução 218/73 (que regulamentou a Lei 5.194/66), segundo o qual "**compete ao Engenheiro Eletrônico ou ao Engenheiro Eletricista, Modalidade Eletrônica ou ao Engenheiro de Comunicação**" a assistência técnica e consultoria em relação "**a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistema de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos**". Considerando que os equipamentos de informática enquadram-se no conceito de equipamentos eletrônicos, é imperioso concluir que a vedação contida no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, atinge as empresas que prestam assistência técnica e consultoria em relação a tais equipamentos.

2. É certo que a restrição em comento foi afastada pelo art. 4º da Lei 10.964/2004 (com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004). Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. Recurso especial desprovido. (grifei)

Logo, em razão da prestação de serviços profissionais de engenheiro ou assemelhado, a Recorrente encontrava-se, no período sob exame, impossibilitado de optar pelo Simples.

II. A Lei Complementar nº 123/2006 - Irretroatividade

A Lei complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, definiu, em seu art. 17, as pessoas jurídicas que estariam impossibilitadas de optar pelo "Simples Nacional". O inciso XI desse artigo traz dispositivo semelhante ao do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, *in verbis*:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios; (grifei)



Verifica-se que a Lei Complementar explicitou que tais atividades vedadas poderiam se referir ou não a profissão regulamentada.

Contudo, essa mesma lei complementar, com redação dada pela Lei Complementar nº 128/2008, em seu art. 18, § 5º-B, assim prevê:

§ 5º-B. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços: (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

(...)

IX – serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

Constata-se que a atual redação do dispositivo acima reproduzido é bastante abrangente, abarcando os serviços de manutenção de forma genérica, o que possibilitaria, a partir da vigência da Lei Complementar nº 128/2008, a adesão da Recorrente ao Simples Nacional, observada a ressalva do citado Anexo III do mesmo diploma legal.

Contudo, pela natureza da norma superveniente, não se vislumbra a possibilidade de retroatividade de seu comando a situações ou a atos praticados em momento anterior à sua vigência, não se lhe aplicando o contido no art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), por não se referir à imposição de multas em face do cometimento de infrações à legislação tributária e nem se tratar de lei expressamente interpretativa (retroatividade benigna).

O art. 106, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c”, ao prever a retroatividade benigna, está a se referir às infrações tributárias e às penalidades advindas de seu cometimento, sendo esse o entendimento exarado pelo professor Alexandre Rossato da Silva Ávila que assim se pronunciou:

Na hipótese do inciso II do art. 106 do CTN, a lei tributária posterior à ocorrência da infração que for mais benéfica ao contribuinte deverá ser aplicada retroativamente. A lei do presente, por ser mais benigna em relação à vigente por ocasião das infrações pretéritas, produzirá os seus efeitos no passado. O dispositivo refere-se exclusivamente às penalidades impostas por infração à legislação tributária. Ou seja, diz respeito apenas às multas, sejam moratórias ou punitivas. O princípio a ser aplicado é o mesmo do direito penal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Podemos dizer, a lei tributária não retroagirá, salvo, em matéria de penalidades, para beneficiar o contribuinte. A retroatividade benigna não abrange o tributo, os juros ou a correção monetária. O tributo deverá ser apurado de acordo com a lei vigente no momento do fato gerador, não podendo ser invocada a aplicação retroativa quando a norma posterior reduzir a carga tributária (ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. Curso de direito tributário. Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2008, p. 197). Grifei.



O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, conhecido simplesmente como Simples, consiste em uma sistemática de apuração de tributos, cuja concretização deve se dar em conformidade com a legislação tributária, precipuamente com as normas gerais definidoras da obrigação tributária, do lançamento e do crédito tributário.

A Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela atual Constituição Federal com status de lei complementar, informa que o tributo, que não se constitui sanção de ato ilícito (penalidade), deve ser apurado em conformidade com a lei vigente à época do fato gerador.

Ora, a sistemática de apuração do Simples não pode fugir à regra do Código Tributário Nacional, devendo o lançamento respectivo se reportar ao momento do nascimento da obrigação tributária, observando-se a legislação tributária vigente.

Alterações posteriores na forma de apuração do tributo somente serão aplicáveis para as situações futuras, salvo quando se referir à imposição de multas ou for expressamente interpretativa, que, nesses casos, poderão retroagir nos termos do art. 106 do CTN (retroatividade benigna).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também decidiu nesse sentido ao apreciar o REsp nº 760.496, julgado em 18/12/2007, julgado esse que também serviu de referência à matéria tratada no item I deste voto, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS REFERENTES À ASSISTÊNCIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. RESTRIÇÃO CONTIDA NA LEI 9.317/96.

1. O TRF da 4ª Região entendeu que a recorrente, ao prestar serviços "de assistência técnica em equipamentos de informática e equipamentos de escritório, exerce atividade 'assemelhada' à de engenheiro" (fl. 123-verso). Esse entendimento coaduna-se com o disposto no art. 9º, I, da Resolução 218/73 (que regulamentou a Lei 5.194/66), segundo o qual "compete ao Engenheiro Eletrônico ou ao Engenheiro Eletricista, Modalidade Eletrônica ou ao Engenheiro de Comunicação" a assistência técnica e consultoria em relação "a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistema de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos". Considerando que os equipamentos de informática enquadram-se no conceito de equipamentos eletrônicos, é imperioso concluir que a vedação contida no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, atinge as empresas que prestam assistência técnica e consultoria em relação a tais equipamentos.

2. É certo que a restrição em comento foi afastada pelo art. 4º da Lei 10.964/2004 (com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004). Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na



legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. *Recurso especial desprovido.*

Tais entendimentos encontram-se conforme o comando constitucional que restringe a retroatividade da lei àquelas de natureza penal, ou seja, que cuida das infrações e das penalidades, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Não há, portanto, suporte legal para a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 128/2008, ao presente caso.

III. Conclusão

Em face do exposto, encontrando-se a sociedade empresária impedida de optar pelo Simples e pelo Simples Nacional até a vigência da Lei Complementar nº 128/2008, que alterou a Lei Complementar nº 123/2006, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, em razão do exercício, pela Recorrente, de atividades vedadas pelo art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996 e pelo art. 17, XI, da Lei Complementar nº 123/2006 em sua redação original.



HÉLCIO LAFETÁ REIS

