



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

Processo n° 13819.000233/2004-71
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.260 – 1ª Turma
Sessão de 05 de dezembro de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado HRISTOV ELETROMECAÂNICA EIRELI

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. VEDAÇÃO INEXISTENTE NA LEI COMPLEMENTAR 123/06. IRRELEVÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LC

Embora a Lei Complementar n° 123/2006 tenha autorizado a inclusão de pessoa jurídica que preste “*serviço de instalação, de reparos e de manutenção em geral*” no Simples Nacional, não há retroatividade da norma, nos termos da Súmula CARF n° 81. Recurso especial parcialmente provido, reconhecendo a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006.

SIMPLES. MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS. MATÉRIA NÃO JULGADA PELA TURMA *A QUO*. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

O recurso especial não é conhecido quanto a tema não julgado pela Turma *a quo*, pois inviável a demonstração da divergência na interpretação da lei tributária que teria sido interpretada (art. 9º, XIII, da Lei n° 9.317/1996), requisito essencial para conhecimento.

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 parcial, apenas quanto à retroatividade da Lei Complementar n° 123/06, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões constantes do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas -Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício). Ausentes, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rego.

Relatório

Trata-se de processo originado pedido de inclusão no Simples Federal, apresentado em 10/02/2004 (fls. 2), O requerimento foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal em São Bernardo do Campo, pelas razões seguintes (fls. 24/25):

Entretanto, ao analisar a documentação apresentada pela empresa foi verificado no Contrato Social, fls. 06 a 09, que objetivo social da empresa é COMÉRCIO E MANUTENÇÃO DE MOTORES E EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS EM GERAL.

Verificou-se, ainda, que existem decisões de Processos de Consulta proferidas pelas Regiões Fiscais vedando a opção pelo Simples a empresas cuja atividade seja:

Nº 192/00 – 7ª RF – Instalação e manutenção de equipamentos elétricos, eletrônicos e de telefonia;

Nº 375/99 – 8ª RF – Montagem e construção eletromecânica de subestação e manutenção de equipamentos Elétricos. (...)

Face o exposto acima, proponho o indeferimento do processo, tendo em vista que o contribuinte se enquadra em uma das hipóteses de Vedação à Opção.

Após requerimento do contribuinte para reforma desta decisão (fls. 30), a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas manteve o indeferimento à adesão ao Simples, conforme acórdão ementado da forma seguinte (fls 40):

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

Ano-calendário: 2004

CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVAS DE INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES.

O exercício de atividade que pressupõe o domínio de conhecimento técnico-científico próprio de profissional de engenharia é circunstância que impede o ingresso ou a permanência no Simples.

Solicitação indeferida.

A Turma *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir (fls. 57/60):

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

Ano-calendário: 2004

A atividade da Recorrente está enquadrada na Lei Complementar nº 128/2008 em seu art. 3º que deu nova redação ao artigo 18, §5º B inciso IX da Lei Complementar nº 123. Aplica-se ao caso a retroatividade benigna.

Recurso voluntário provido.

Os autos foram remetidos à Procuradoria em 25/05/2010 (fls. 62), que interpôs recurso especial em 10/06/2010, sustentando divergência (fls. 63/81):

(i) sobre a retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006 para legitimar a permanência da contribuinte no Simples Federal, com os paradigmas nº:

(i.1) 303-35326, nos seguintes termos: *"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."*

(i.2) 302-36070, decisão proferida nos seguintes termos: *"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 redação dada pelo art. 24 da Lei nº 10.684/2003)"*

(ii) sobre a interpretação a respeito do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996, apontando como paradigmas os acórdãos nº:

(ii.1) 202-13444, constando desta decisão: *"Conforme dispõe o item XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96 não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviços na área de instalação e manutenção de máquinas e equipamentos elétricos, eletrônicos e mecânicos profissionais, por constituírem atividades típicas e inseridas no campo das atribuições do profissional de engenharia, de acordo com a legislação que regula o exercício desta profissão "*

(ii.2) 302-36.709, do qual se extrai: "*Não pode optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que presta serviços elétricos de manutenção, projetos, assistência técnica, montagens e venda de materiais elétricos, por serem equiparados a serviços profissionais de engenharia (art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96*".

O recurso especial foi admitido, conforme razões a seguir reproduzidas pelo então Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção (fls. 99)

Demonstra a recorrente que o acórdão combatido aplicou retroativamente norma que admitiu a atividade econômica exercida pela contribuinte para fins de opção pelo SIMPLES, diversamente do entendimento fixado nos acórdãos paradigma, que, embora em relação a outras hipóteses fáticas, negou esta retroatividade.

Em acréscimo reporta-se aos Acórdãos nº 202-13.444 e 302-36.709, que firmaram entendimento de que atividades semelhantes às exercidas pela contribuinte estão inseridas no campo das vedações previstas pela Lei nº 9.317/96.

Constato, assim, que o recurso é tempestivo e que a recorrente identifica a divergência. Portanto, satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade DOU SEGUIMENTO ao recurso especial.

O contribuinte foi intimado em 10/08/2012 (fls. 103), sem que tenha apresentado contrarrazões ao recurso especial.

Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

O recurso especial trata de dois temas: (i) retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006 e (ii) interpretação do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Diante da tempestividade do recurso especial, passo à análise destes temas de forma separada:

Retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006

Reconheço a tempestividade do recurso especial e a demonstração da divergência na interpretação da lei tributária com relação ao primeiro tema (retroatividade da LC 123/06), adotando a decisão do Presidente de Câmara para conhecer o recurso neste ponto.

A Turma *a quo* deu provimento ao recurso voluntário unicamente por entender pela aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006, como se verifica do voto condutor, integralmente colacionado a seguir:

(...) Conheço do Recurso Voluntário presente, por tempestivo e por apresentar todas as condições de admissibilidade.

Observa-se que o objeto da lide versa sobre o indeferimento de sua inclusão no SIMPLES pelo motivo que consta como objeto do seu contrato social, entre outros, a prestação de "SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE MOTORES E EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS EM GERAL" incidindo na hipótese de vedação prevista no inciso XIII, do art.9º da Lei nº9.317/96.

Da análise do Contrato Social da Recorrente, fls. 06 observa-se que o seu objetivo social é do ramo de "COMERCIO E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE MOTORES E EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS EM GERAL"

Consultando a legislação atual que trata do Simples Nacional, ou seja, a Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, em seu artigo 3º, que deu nova redação ao artigo 18 § 5º-B inciso IX da Lei Complementar nº 123 (instituidora do Simples Nacional), onde podemos observar que a atividade de.

"Serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usina gem, solda, tratamento e revestimento em metais",

Está incluída entre as atividades permitidas a optarem pelo regime simplificado de apuração de tributos na forma do SIMPLES NACIONAL.

Assim, não obstante, as razões de recurso, e os fundamentos da decisão de primeira instância recorrida, o serviço prestado pela Recorrente dentro da exegese do novo manto legal, vale dizer, LC 123 de 14/12/2006 com a redação dada pela LC 128, não está mais vedada à opção pelo SIMPLES NACIONAL.

Contudo, impõe-se ao caso a retroatividade da lei superveniente acima citada, como atividade econômica beneficiada pelo recolhimento de impostos e contribuições na forma simplificada, fato com repercussão pretérita por força do princípio da retroatividade benigna previsto no Código Tributário Nacional.

Diante do exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário da Recorrente, com a determinação da INCLUSÃO RETROATIVA NO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES) desde janeiro de 2004, observada as condições do Ato Declaratório Interpretativo da Receita Federal SRF 16/2002.

Com efeito, a Lei Complementar nº 123/2006, com redação alterada pela Lei Complementar nº 128/2008, autorizou a inclusão no Simples Nacional das prestadoras dos seguintes serviços:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será

determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º. (...)

§ 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: (...)

IX - serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais;

No entendimento da Turma prolatora do acórdão recorrido, a Lei Complementar nº 123/2006 poderia ser aplicada retroativamente, justificando a inclusão do contribuinte no Simples Federal.

Entendo equivocada a decisão recorrida neste ponto, afinal, não há fundamento legal para retroatividade da legislação que trata do regime simplificado (Simples Nacional) - estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006 -, para assegurar a opção quanto ao Simples Federal - que tem regramento próprio, em especial a Lei nº 9.317/1996.

O artigo 106, I, do Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a retroatividade, limita-se à hipótese de norma interpretativa, que exclua a aplicação de **penalidade**, hipótese distinta do caso dos autos. É o teor do artigo 106:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Nesse sentido, destaco o Enunciado da Súmula do CARF impedindo a retroatividade em casos de atividade anteriormente vedada, *verbis*:

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

Em julgamento realizado em 13 de março de 2017, esta Turma da CSRF decidiu pela impossibilidade de aplicação da Lei Complementar nº 123 de forma retroativa, conforme acórdão 9101-002.574 do qual se transcreve ementa a seguir:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. LEI 9.317/1996. ACADEMIA DE GINÁSTICA. ATIVIDADE VEDADA.

As academias de ginástica exercem atividades assemelhadas às de fisicultor, sendo vedada a opção pelo Simples Federal, nos termos do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

SIMPLES. VEDAÇÃO INEXISTENTE NA LEI COMPLEMENTAR 123/06. IRRELEVÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DESTA LC

Embora a Lei Complementar nº 123/2006 tenha autorizado a inclusão de academias de ginástica no Simples Nacional, não há retroatividade da norma, nos termos da Súmula CARF nº 81.

Por tais razões, voto por **dar parcial provimento ao recurso especial quanto ao primeiro tema** (retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006).

Esclareço que, em seu recurso especial, a Procuradoria pleitea seja mantida a “*exclusão do interessado do Simples*”, pedido que não é integralmente acolhido pelo presente voto. Isto porque a Turma *a quo* não analisou de forma suficiente a matéria que lhe foi devolvida pela interposição de recurso voluntário – notadamente o cerne da discussão no processo administrativo relacionado à interpretação do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Diante disso, proponho a **baixa dos autos para complemento ao julgamento pela Turma a quo** e, assim, **voto pelo provimento parcial ao recurso especial** quanto ao primeiro tema.

Assim, resta analisar se a atividade do contribuinte seria efetivamente vedada no regime da Lei nº 9.317/1996, segundo tema do recurso especial, devidamente admitido pelo Presidente de Câmara.

Interpretação do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996

A Procuradoria recorrente sustenta a existência de divergência na interpretação da lei tributária a respeito do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996, tendo indicado dois acórdãos como paradigmas.

Ocorre que a matéria não foi analisada pelo acórdão recorrido, que se limitou a autorizar a inclusão retroativa no Simples Federal, no entendimento dos Conselheiros julgadores pela retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006.

Diante disso, não há como se vislumbrar a divergência na interpretação da lei tributária – requisito inafastável para conhecimento do recurso especial - quanto ao segundo tema do recurso especial.

Afinal, não se pode inferir qual a interpretação que a Turma *a quo* adotaria a respeito do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Assim, voto por não conhecer do recurso especial quanto ao segunda tema (art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996). E, nesse contexto, reafirmo o voto pela baixa dos autos à Turma *a quo*, para análise das razões do recurso voluntário, que tratou deste tema (fls. 49/53)

Conclusões

Por tais razões, voto por **conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial** da Procuradoria quanto à retroatividade da Lei Complementar nº 123/06 (primeiro tema), determinando a baixa dos autos para pronunciamento da Turma quanto ao artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa