



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13820.000234/2006-49
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-004.283 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 11 de julho de 2019
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PRODENGE INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA

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

Ano-calendário: 2002

RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE SÚMULA. DEVOLUÇÃO DE MATÉRIA NÃO ESTRITAMENTE DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA ADMISSIBILIDADE. EXAME DO MÉRITO.

Situação no qual, para se verificar a aplicabilidade de súmula, cabe adentrar no exame de mérito da matéria, vez que o ponto devolvido não é estritamente de direito, implica em superar o exame de admissibilidade, desde que atendidos os demais requisitos previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF para, em seguida, se for o caso, valer-se da súmula para resolver o litígio.

SIMPLES FEDERAL. VEDAÇÃO À OPÇÃO. SERVIÇOS DE MONTAGENS E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS. ATIVIDADE QUE, A PRINCÍPIO, NÃO EXIGE PROFISSIONAL HABILITADO. COMPLEXIDADE DOS SERVIÇOS E EFETIVO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE POR ENGENHEIRO NÃO COMPROVADOS.

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

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.

No caso de atividade, a princípio, não exige profissional legalmente habilitado, o ônus da prova da atuação de tal profissional, ou da complexidade dos serviços de forma a exigir profissional habilitado, é da autoridade fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial, vencidas as conselheiras Livia De Carli Germano (relatora), Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa e Amélia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada), que não conheceram do

recurso. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em negar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Amelia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela Fazenda nacional (fls. 93-106) em face do acórdão n.º 1202-00.263 (fls. 83-89), da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção proferido na sessão de 6 de abril de 2010, que deu provimento ao recurso voluntário, tendo recebido as seguintes ementa e decisão:

Acórdão recorrido: 1202-00.263, de 6 de abril de 2010

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES. ATIVIDADES DE MONTAGENS E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS.

Não comprovada a necessidade de profissional legalmente habilitado (engenheiro) para a execução das atividades de montagens e instalações elétricas, a pessoa jurídica pode optar pelo sistema SIMPLES de recolhimento de impostos e contribuições federais.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Os autos foram movimentados para a PGFN em 24 de setembro de 2010 e efetivamente entregues em 28 de setembro de 2010, conforme Relação de Movimentação - RM recepcionada nesta data (fl. 92). O recurso especial data de 1º de outubro de 2010 (fl. 93), com RM de 5 de outubro de 2010 (fl. 92).

A Recorrente alega divergência jurisprudencial em relação ao conteúdo dos acórdãos abaixo citados, com relação a três matérias, indicando, para cada uma, um paradigma, conforme segue:

1 – Montagem e instalação elétrica. Assemelhada à de Engenheiro. Vedação à opção pelo SIMPLES

Acórdão paradigma: 302-38.388

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

Exercício: 1999

Ementa: EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA. Não pode optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que presta serviços elétricos de instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive elevadores, escadas, esteiras rolantes e antenas, por serem equiparados a serviços profissionais de engenharia (art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96) RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

2 – A previsão no contrato social de atividade vedada à opção pelo simples é suficiente para exclusão do contribuinte do SIMPLES

Acórdão paradigma: 202-12.781:

SIMPLES EXCLUSÃO ENGENHARIA

Não foi feita qualquer prova acerca da real atividade do contribuinte, o que faz prevalecer o constante no Contrato Social e no cadastro junto à Receita Federal (CNAE). Recurso negado.

3 – Impossibilidade de aplicação da LC 123/2006 retroativamente

Acórdão paradigma: 303-35.326:

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).

O despacho de admissibilidade n. 1200-00.043 (e-fls. 1-3 e e-fls. 126-128), de 18 de janeiro de 2011, proferido pelo Presidente da Segunda Câmara da Primeira Seção, deu seguimento ao recurso especial, observando, *in verbis*:

O voto do relator do acórdão recorrido conclui que a atividade de montagens e instalações elétricas não é equiparada a engenharia, sendo permitida a permanência no

Simples. Aduz que é ônus da Fazenda a demonstração das atividades do contribuinte, bem como que referida atividade não é mais vedada pela LC 123/2006.

Em sentido inverso é o entendimento dos acórdãos paradigmas. O acórdão n.º 302-38.388 prescreve que não pode optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que presta serviços de instalação e manutenção elétrica em edificações. O acórdão n.º 202-12.781 conclui que não fazendo prova o contribuinte de sua real atividade, prevalece a constante no Contrato Social. O acórdão n.º 303-35.326 aduz pela impossibilidade de aplicação da LC 123/2006 retroativamente.

O contribuinte apresentou contrarrazões em 14 de abril de 2011 (fls. 132-137), aduzindo exclusivamente questões de mérito.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

O recurso especial é tempestivo, todavia compreendo que não pode ser conhecido.

Isso porque, nos termos do artigo 67, § 3º, do Anexo II do atual Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, 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.

No caso, conforme observou o despacho de admissibilidade, o voto condutor do acórdão recorrido concluiu que a atividade de montagens e instalações elétricas não seria equiparada a engenharia, sendo permitida a permanência no Simples. Aduz, de forma subsidiária, que mesmo que assim não fosse, seria ônus da Fazenda a demonstração das atividades do contribuinte, bem como que referida atividade não seria mais vedada pela LC 123/2006.

Quanto à matéria principal decidida pelo acórdão recorrido, este CARF aprovou, posteriormente a tal despacho de admissibilidade, o enunciado da Súmula CARF n. 57 (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277/2018), que é contrário ao posicionamento do precedente indicado como paradigma para esse tema (acórdão 302-38.388). Veja-se:

Súmula CARF n.º 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.

Diante disso, compreendo que o presente recurso especial não pode ser conhecido quanto à matéria *1 – Montagem e instalação elétrica. Assemelhada à de Engenheiro. Vedação à opção pelo SIMPLES*, eis que o precedente indicado como paradigma contraria o enunciado da Súmula CARF n. 57.

As demais matérias aventadas no recurso especial são argumentos subsidiários trazidos pelo acórdão recorrido, e eventual provimento do recurso quanto a tais temas não seria suficiente para alterar a conclusão a que chegou o colegiado *a quo*. Não há, portanto, interesse recursal (binômio necessidade/utilidade) da Fazenda Nacional quanto a tais temas.

Neste sentido, considerando o não seguimento do recurso quanto à matéria principal decidida pelo acórdão recorrido, considero que há insuficiência recursal quanto às matérias "*2 – A previsão no contrato social de atividade vedada à opção pelo simples é suficiente para exclusão do contribuinte do SIMPLES*" e "*3 – Impossibilidade de aplicação da LC 123/2006 retroativamente*", razão porque também não conheço do recurso especial quanto a estes temas.

Ante o exposto, oriento meu voto por não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional.

Mérito

Como restei vencida quanto ao conhecimento do presente recurso, passo a analisar o mérito.

As questões a serem definidas quanto ao mérito do presente recurso consistem em definir (i) se a contribuinte em questão desempenhava atividade cuja opção pelo SIMPLES federal estava vedada, (ii) se previsão no contrato social de atividade vedada à opção pelo SIMPLES é suficiente para exclusão do contribuinte deste regime de tributação, e (iii) 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.

Quanto à aplicação retroativa, 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 consolidou 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.

De qualquer forma, 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 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 legalmente habilitado, que não é o caso da contribuinte dos autos.

De fato, no caso dos autos, a exclusão ocorreu porque a contribuinte se dedicaria à atividade descrita no CNAE 4541-1/00: *"Instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive elevadores, escadas, esteiras rolantes e antenas."*

O acórdão recorrido, analisando a Resolução CONFEA 218/1973, concluiu que *"não há exigência ou pré-requisito legal algum para que sejam executados os serviços que vêm sendo exercidos pela recorrente"* (fl. 88), e que *"As atividades de 'montagens e instalações elétricas', estão dentre aquelas descritas nos itens 15 a 17 do art. 1º da Resolução referida e podem ser exercidas por profissional Técnico de Nível Médio, consoante art. 24 da mesma Resolução, sem a necessidade de profissional de Engenharia como defendeu o acórdão recorrido."*

A situação se amolda 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.

Neste sentido, o acórdão recorrido pontuou que o quadro societário da recorrente, à época da edição do ato declaratório de exclusão do SIMPLES, era composto por uma comerciante e uma aposentada, o que, no entender daquele voto condutor, reforçaria a tese de que se trata de empresa que presta serviços de baixo grau de complexidade, prescindindo de profissional legalmente habilitado.

Ponderou, ademais, que a expedição do Ato Declaratório de exclusão se baseou unicamente no código da atividade econômica descrita no comprovante de inscrição do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, sem maiores aprofundamentos quanto à verdadeira situação fática do contribuinte, sendo que seria *"de se esperar, por prudência, que a repartição de origem, para*

descaracterizar uma situação jurídica existente, aprofundasse o seu trabalho de análise antes de proceder a exclusão da empresa do SIMPLES, e que, pelo menos, verificasse principalmente no Livro de Prestação de Serviços, nas Notas Fiscais, com diligência ao local da prestação do serviço, qual de fato é a natureza das atividades realizadas para, se for o caso, poder comprovar a prática de serviços de assessoria, consultoria, projetos de equipamentos, algo que pudesse caracterizá-la como empresa que pratique serviço de engenharia, arquitetura ou assemelhado, e não como neste caso no qual parece apenas agir com base em suposições." (fl. 88).

Compreendo que assiste razão ao acórdão recorrido quando conclui que, no caso de atividade que, a princípio, não exige profissional legalmente habilitado, o ônus da prova da atuação de tal profissional, ou da complexidade dos serviços de forma a exigir profissional habilitado, é do Fisco.

Em situação análoga, este CARF vem decidindo que a simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao SIMPLES não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a sua efetiva execução. Neste sentido, os seguintes precedentes:

Acórdão 1802-001.099

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

Ano-calendário: 2002

SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO, REPARO, SUBSTITUIÇÃO DE PEÇAS E MATERIAIS ELÉTRICOS. NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9317/96. ÔNUS DA PROVA DO FISCO. EXCLUSÃO DO SIMPLES AFASTADA.

Não se admite a exclusão do Simples baseada em mera interpretação de cláusula de contrato social ou em dados cadastrais – CNAE-fiscal. Imperativa a prova de que o contribuinte exerce atividade impeditiva para justificar a exclusão. Não há, no caso, margem à inversão do ônus da prova, porque equivale a exigir-se prova negativa.

Não demonstrado nos autos que a empresa exerce atividade que requer habilitação de profissão regulamentada, inaplicável a vedação legal para opção ao regime Simplificado.

Acórdão 9101-003.387, de 5 de fevereiro de 2018

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATIVIDADE VEDADA. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/1996. PROVA.

Não há fundamento para a exclusão da pessoa jurídica do regime do SIMPLES por desrespeito ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, se não restar provada a efetiva prestação de serviços constante da acusação, que se baseara apenas na previsão do contrato social.

Acórdão 9101-003.487, de 30 de abril de 2018

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

Exercício: 2002

Ementa: SIMPLES — EXCLUSÃO — REPRESENTAÇÃO COMERCIAL — ATIVIDADE REGULADA PELA LEI Nr. 4.886/1965 — SITUAÇÃO EXCLUDENTE NÃO CONFIGURADA — INAPLICABILIDADE DO ART. 9º., INCISO XIII, DA LEI Nr. 9.317/1996. Para o exercício da representação comercial autônoma é obrigatório o registro nos Conselhos Regionais, nos termos da Lei nr. 4.886, de 09/12/1965, que prevê também, as repartições federais, estaduais e municipais, ao receberem tributos relativos à atividade do representante comercial, pessoa física ou jurídica, deverão exigir prova do respectivo registro. Por absoluta falta de comprovação da situação excludente, inaplicável o art. 9º., inciso XIII, da Lei nr. 9.317, de 1996.

Citem-se ainda os seguintes precedentes desta turma da CSRF: 9101-002.576, de 12.04.2017; 9101-002.041, de 23.01.2015; 9101-003.383, de 05.02.2018; 9101-003.267, de 25.01.2018; 9101-003.266, de 17.01.2018.

Portanto, em síntese, a vedação prevista no artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/1996 não é aplicável ao contribuinte em questão, seja porque a atividade por ele exercida não é, a princípio, desenvolvida por profissional legalmente habilitado (engenheiro), seja porque não há provas nos autos que infirmem tal circunstância.

Portanto, é de se manter a contribuinte no SIMPLES, nos termos da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional e, caso vencida, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura – Redator Designado

Não obstante o substancioso voto da i. Relatora, apresentei divergência em relação ao exame de admissibilidade.

Isso porque se estabeleceu discussão no Colegiado diante do momento em que se deveria aplicar o entendimento sumular: se no exame de admissibilidade (o que implicaria no não conhecimento do recurso especial) ou no exame de mérito (o que resultaria no não provimento do recurso especial).

Entendo que a avaliação do momento de se aplicar a súmula depende do caso concreto.

Quando a devolução da matéria envolver discussão estritamente de direito, sem necessidade de adentrar em outros aspectos (como de ordem fática), não há óbices para se aplicar a súmula imediatamente no exame de admissibilidade e, por consequência, não conhecer do recurso especial.

Contudo, quando o exame da matéria devolvida não envolver questão pura de direito, como no caso concreto, que demandou o exame das atividades desenvolvidas pela Contribuinte e do contrato social para verificar se caberia enquadramento na hipótese prevista pela súmula (o que poderia ensejar diferentes interpretações por parte dos membros do Colegiado), o exame deve ser efetuado em sede de mérito.

Assim sendo, considerando que, no caso em tela, foram preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF, cabe o conhecimento do recurso especial.

E, no mérito, acompanhei a i. Relatora, que demonstrou, com precisão, mediante apreciação que envolveu questões além da de direito, a adequação dos entendimentos sumulares.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura