



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.679.548 - RS (2017/0144385-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : REFRICOP EQUIPAMENTOS PARA REFRIGERACAO LTDA - EPP - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : RENAN LEMOS VILLELA - RS052572

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. EXCLUSÃO. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/1996. INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO OU MONTAGEM DE APARELHOS DE REFRIGERAÇÃO OU VENTILAÇÃO. ÓBICE INEXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem, que assegurou a inclusão da autora no regime tributário do Simples em 2007, reconhecendo que a atividade exercida pela autora é compatível com o Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições - SIMPLES.

2. Verifica-se, destarte, que o art. 9º, XIII, da Lei 9.317/1996, veda a opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que prestar serviços de arquitetura e engenharia ou assemelhados, ou de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. Nada obstante, a União pretende realizar interpretação extensiva, aplicando analogicamente a norma que impede à atividade de engenharia ser incluída no SIMPLES. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da aplicação do disposto no retromencionado dispositivo, ressaltando a vedação da analogia *in malam partem* (STJ, Resp 789.648, Rel Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1.2.2006)

3. Ademais, *in casu*, o Tribunal local analisou a questão *sub examine* - equiparação do serviço de instalação e manutenção elétrica e hidráulica, prestado pela recorrida, aos de engenheiros - à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado.

4. Assim, forçoso concluir que infirmar a decisão do Tribunal *a quo* demanda o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, inquestionável em Recurso Especial, devido ao óbice contido na Súmula 7/STJ. No mesmo sentido, o precedente constante do AgRg no REsp 1.141.278/RS. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. DJe 19/2/2010.

5. Recurso Especial de que não se conhece.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 22 de agosto de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.679.548 - RS (2017/0144385-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

**RECORRIDO : REFRICOP EQUIPAMENTOS PARA REFRIGERACAO LTDA -
EPP - EMPRESA DE PEQUENO PORTE**

ADVOGADO : RENAN LEMOS VILLELA - RS052572

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. LEI 9.317/96. EXCLUSÃO. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/96. INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO OU MONTAGEM DE APARELHOS DE REFRIGERAÇÃO OU VENTILAÇÃO. ÓBICE INEXISTENTE.

1. O inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96 impede que optem pelo Simples Nacional as pessoas jurídicas que prestem serviços especializados de cunho intelectual e tenham como instrumento precípuo, senão único, o conhecimento ou o talento de quem os realiza, essencialmente profissionais liberais, não afastando do ingresso aqueles empresários individuais ou sociedades empresárias que tenham como cerne da sua atividade econômica a produção de bens de consumo e como seu fundamento a utilização de meios de produção, tais como máquinas, ferramentas, instalações, matérias-primas, bem assim a contratação de mão-de-obra.

2. A manutenção e instalação de equipamentos hidráulicos e elétricos não se trata, a toda evidência, da atividade intelectual a que se refere o dispositivo, porquanto, não obstante o seu exercício necessite de algum conhecimento por parte dos trabalhadores, como, aliás, ocorre em qualquer atividade, este conhecimento não é o elemento central da empresa.

3. As atividades apontadas como objeto da sociedade não exigem desempenho por engenheiros ou profissão que dependa de habilitação profissional legalmente prevista e, portanto, não se enquadram nas vedações do art. 9º, XIII da Lei 9.317/96. O desempenho das atividades, que fazem parte do objeto social da empresa, requer, antes, apenas trabalhadores com formação básica, qualificada pela realização de cursos extracurriculares de capacitação.

4. Ademais, tais atividades ligam-se estreitamente aos meios de produção, não podendo ser realizadas senão mediante a utilização de máquinas, ferramentas, instalações e matérias-primas.

5. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da aplicação do disposto no art. 9º, XIII, ressaltando a vedação da analogia in malam partem. A expressão em questão na presente lide trata de vedação à participação em sistema de tributação mais benéfico para o contribuinte. A legislação que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exclui garantias deve ser interpretada restritivamente, sobretudo quando se firma em preceito constitucional, como é o caso.

6. As atividades não se enquadram, assim, na hipótese de vedação do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, mostrando-se ilegítima a exclusão da empresa do SIMPLES.

Os Embargos de Declaração, originariamente, não foram acolhidos.

Naquela ocasião foi interposto Recurso Especial da retromencionada decisão, sobrevindo decisão deste Relator, pelo seu parcial provimento, para fins de retorno dos autos ao Tribunal de origem, para novo julgamento dos Embargos de Declaração, às fls. 190-192.

Seguiu-se novo julgamento pelo Tribunal de origem dos Embargos de Declaração, que foram acolhidos em parte, meramente para a atribuição de efeitos integrativos ao julgado. Destaque-se sua ementa:

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. LEI 9.317/96. EXCLUSÃO. ATIVIDADES ASSEMELHADAS ÀS DE ENGENHEIRO. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA.

1. O exercício de atividade assemelhada às elencadas no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, impede a participação da pessoa jurídica no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

2. A atividade de manutenção e instalação de equipamentos hidráulicos e elétricos não pode ser equiparada ao ofício de engenheiros, não se exigindo habilitação técnica para sua prestação, tampouco inscrição no CREA.

3. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da aplicação do disposto no art. 9º, XIII, ressaltando a vedação da analogia in malam partem.

Da supracitada decisão foi interposto o Recurso Especial, ora em análise, onde a parte recorrente, em suas razões, sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/1996, sob o argumento de que a retromencionada norma não determina que os serviços sejam prestados por profissionais com curso superior, mas apenas exige que decorra de atividade intelectual, de natureza científica e que o entendimento esposado pelo *decisum* vergastado não se coaduna com a legislação que rege a matéria. Afirma que as atividades empreendidas pela autora - fabricação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação para uso industrial e comercial, peças e acessórios - são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades típicas da profissão de engenheiros e tecnólogos, expressamente vedadas à opção pelo Simples.

Contrarrazões não apresentadas.

Decisão de admissibilidade do Recurso Especial à fl. 243.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.679.548 - RS (2017/0144385-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 30.6.2017.

Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem, que assegurou a inclusão da autora no regime tributário do Simples em 2007, reconhecendo que a atividade exercida pela autora é compatível com o Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições - SIMPLES.

A irrisignação não merece prosperar.

Com efeito, a Lei 9.317/1996, em consonância com o art. 179 da CF/1988, teve como escopo incentivar as pessoas jurídicas mencionadas em seus incisos com a previsão de carga tributária mais adequada, simplificação dos procedimentos burocráticos, protegendo as microempresas e retirando-as do mercado informal. Daí as ressalvas do inciso XIII do art. 9º do mencionado diploma, cuja constitucionalidade foi assentada na ADIn 1.643/DF, excludentes dos profissionais liberais e das empresas prestadoras dos serviços correspectivos e que, pelo cenário atual, dispensam essa tutela especial do Estado.

O art. 9º, inciso XIII, do referido diploma legal, dispõe, *litteris*:

"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 depende de habilitação profissional legalmente exigida;"

Verifica-se, destarte, que o dispositivo legal supratranscrito veda a opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que prestar serviços de arquitetura e engenharia ou assemelhados, ou de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nada obstante, a União pretende realizar interpretação extensiva, aplicando analogicamente a norma que impede à atividade de engenharia ser incluída no SIMPLES. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da aplicação do disposto no art. 9º, XIII, ressaltando a vedação da analogia *in malam partem*:

TRIBUTÁRIO. OPÇÃO SIMPLES. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO ELÉTRICA. VEDAÇÃO DO ART. 9º, § 4º DA LEI 9.317/96. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os serviços gerais de reparação, manutenção e instalações elétricas prestados pela recorrida não estão abrangidos pela vedação de acesso ao SIMPLES encartada no art. 9º, inciso V e § 4º, da Lei n.º 9.317/96.

2. É princípio elementar do Direito Tributário que somente a lei pode determinar a imposição de ônus tributário (art. 150, inciso I, da CF/88), não se admitindo a oneração do contribuinte pelo emprego da analogia (art. 108, § 1º, do CTN).

3. Equiparar os serviços comuns de reparação, manutenção e instalações elétricas aos de construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo implica analogia *in malam partem*, que impede o contribuinte de optar pelo SIMPLES quando a lei não o proíbe. Precedentes da Primeira Turma.

4. Recurso especial improvido.

(STJ, Resp 789.648, Rel Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1.2.2006)

TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES (SIMPLES). MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIAS DOS CORREIOS. CONTRATO DE FRANQUIA. DIREITO DE OPÇÃO PELO SIMPLES.

(...) 4. Vedação de analogia *in malam partem*, máxime porque o sistema tributário admite interpretação benéfica.

5. Recurso Especial não conhecido (Súmulas n.ºs 05 e 07, do STJ).

(STJ, REsp 443.957, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 16.12.2002)

Ademais, *in casu*, o Tribunal local analisou a questão *sub examine* - equiparação do serviço de instalação e manutenção elétrica e hidráulica, prestado pela recorrida, aos de engenheiros - à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado, *verbis*:

O bojo da discussão consiste em determinar se a atividade desempenhada pela embargada caracteriza prestação de serviços de engenharia ou de qualquer outra profissão legalmente regulamentada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifico que a manutenção e instalação de equipamentos hidráulicos e elétricos não se enquadra naquelas atividades prestadas privativamente por engenheiros, não sendo exigida habilitação técnica nem mesmo inscrição no CREA para sua realização.

(...)

A respeito da norma contida no inciso XIII, do citado artigo, denota-se que resta inviabilizada a opção pelo regime apenas às pessoas jurídicas que tenham por objeto a prestação de atividades intelectuais, sejam elas de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural.

Assim, independentemente da área de atuação da empresa, o relevante para o seu enquadramento ou não é o fato de exercer atividades baseadas essencialmente no intelecto das pessoas que ali prestam serviços.

A exclusão não se dá sobre empresas que tenham como cerne da sua atividade econômica a produção de bens de consumo ou como seu fundamento a utilização de meios de produção, tais como máquinas, ferramentas, instalações e matérias-primas, bem assim a contratação de mão-de-obra. Dá-se, antes, sobre aquelas pessoas jurídicas que somente prestam serviços e, ainda assim, serviços especializados, tendo como instrumento precípua, senão único, o conhecimento ou o talento de quem os realiza.

Cumprir referir a interpretação teleológica que lhe foi dada pelo STF, no julgamento da ADI nº 1.643/DF, no qual a Corte reconheceu a constitucionalidade do preceito e deu-lhe interpretação conforme a Constituição. Oportuno transcrever excerto do voto proferido pelo Ministro Maurício Correa, sobremaneira esclarecedor:

Com efeito, especificamente quanto ao inciso XIII do citado art. 9º, não resta dúvida que sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissões legalmente regulamentada não sofrem impacto do domínio de mercado pelas grandes empresas; não se encontram, de modo substancial, inseridas no contexto da economia informal; em razão do preparo científico, técnico e profissional dos seus sócios, estão em condições de disputar o mercado de trabalho, sem assistência do Estado; não constituiriam, em satisfatória escala, fonte de geração de empregos se lhes fosse permitido optar pelo 'Sistema Simples'.

Conseqüentemente, a exclusão do 'Simples', da abrangência dessas sociedades civis, não caracteriza discriminação arbitrária, porque obedece critérios razoáveis adotados com o propósito de compatibilizá-los com o enunciado constitucional.

Não há falar-se, pois, em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária - esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.

A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e aos profissionais liberais.

Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor de mais fraco, de modo a atender também à norma contida no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 1º do art. 145 da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Consoante se extrai do trecho, o critério paradigmático para aferir a impossibilidade da inclusão da empresa no SIMPLES, em todas as hipóteses do inciso XIII do art. 9º e inclusive no que toca aos serviços assemelhados aos expressamente referidos no preceito, diz respeito ao fato de a pessoa jurídica se dedicar à prestação de serviços profissionais especializados e regulamentados, para cujo desempenho a lei exija habilitação profissional. Refere-se, assim, ao fato de a empresa ter como objeto a prestação de serviços que demandam, sobretudo, o preparo científico e técnico dos profissionais envolvidos e, por essa razão, prescindem de vultosos investimentos para a sua realização, restringindo-se estes, em geral, aos custos da manutenção de um escritório.

Eis a ratio legis do preceito, que se dirige, em geral, a sociedades civis formadas por profissionais liberais, reunidos para prestar serviços estreitamente vinculados a seus ofícios, e não para fornecer mercadorias ou oferecer infra-estrutura por meio da contratação de terceiros. Atinge, dessarte, sociedades tais como a de médicos, de advogados, de arquitetos, de engenheiros e outras de análoga natureza.

Dessa maneira, a lei previu exceções ao regime do SIMPLES de forma razoável, preservando a sua capacidade regulatória do dispositivo constitucional sem ofensa ao princípio da igualdade tributária.

Fincadas tais premissas, tenho que, no caso dos autos, não se está diante de situação que atraia a norma restritiva constante no art. 9.º, XIII da Lei 9.317/96.

Com efeito, no contrato social da empresa autora (origem, evento 1, CONTRSOCIAL6, p. 2), consta como objetivo social a 'indústria e comércio de máquinas e equipamentos para refrigeração comercial e industrial, balcões, vitrines e expositores para instalações comerciais e industriais e peças de reposição'. Outrossim, pelo que se extrai da cópia do PA (origem, evento 21, PROCADM2), a atividade da autora estava cadastrada no código CNAE 2823-2/00 (fabricação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação para uso industrial e comercial, peças e acessórios), cuja classe também compreende as atividades de instalação, manutenção e reparação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação de usos industrial e comercial, quando executadas pelo fabricante.

Não se trata, a toda evidência, das atividades intelectuais a que se refere o dispositivo, porquanto, não obstante o seu exercício necessite de algum conhecimento por parte dos trabalhadores, como, aliás, ocorre em qualquer atividade, este conhecimento não é o elemento central da empresa.

As atividades apontadas como objeto da sociedade não exigem desempenho por engenheiros ou profissão que dependa de habilitação profissional legalmente prevista. O desempenho das atividades, que fazem parte do objeto social da empresa, requer, antes, apenas trabalhadores com formação básica, qualificada pela realização de cursos extracurriculares de capacitação. Por vezes, os conhecimentos necessários para a prestação dos aludidos serviços são adquiridos de forma empírica e pelos próprios trabalhadores, sem auxílio profissional, a exemplo do que ocorre com mecânicos e pedreiros.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, tais atividades ligam-se estreitamente aos meios de produção, não podendo ser realizadas senão mediante a utilização de máquinas, ferramentas, instalações e matérias-primas. (...)

A expressão em questão na presente lide trata de vedação à participação em sistema de tributação mais benéfico para o contribuinte. A legislação que exclui garantias deve ser interpretada restritivamente, sobretudo quando se firma em preceito constitucional, como é o caso.

Corolário da argumentação supra é o equívoco na exclusão do SIMPLES procedida pela Receita Federal.

Em sendo assim, inaplicável o art. 9.º, XIII da Lei 9.317/96, devendo a sentença ser mantida, reconhecendo a nulidade do ato que excluiu a autora do Simples Nacional, tendo sua reinclusão efeitos retroativos à data da exclusão.

Assim, forçoso concluir que infirmar a decisão do Tribunal *a quo* demanda o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, inquestionável em Recurso Especial, devido ao óbice contido na Súmula 7/STJ. No mesmo sentido, o precedente constante do AgRg no REsp 1.141.278 / RS. Ministro LUIZ FUX. PRIMEIRA TURMA. DJe 19/2/2010.

Ao lume do exposto, **não se conhece do Recurso Especial.**

É o **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0144385-1

REsp 1.679.548 / RS

Número Origem: 50336569420134047100

PAUTA: 22/08/2017

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : REFRICOP EQUIPAMENTOS PARA REFRIGERACAO LTDA - EPP -
EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADO : RENAN LEMOS VILLELA - RS052572

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Regimes Especiais de Tributação - SIMPLES

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.