



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

Processo n° 10845.000114/2005-94
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-00.397 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2011
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente M. J. GARCIA DE SOUZA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2002

EXCLUSÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA.

O exercício da atividade de reparo em embarcações, ainda que de pequeno porte, depende de habilitação profissional pelo órgão competente, exceto se presentes as condições previstas na Decisão Normativa Confea n° 43/92, o que, no caso, não se confirmou.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, João Bellini Júnior, Antônio Carlos Guidoni Filho e Regis Magalhães Soares Queiróz.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto n°

Assinado digitalmente em 03/02/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS, 03/02/2011 por MARCELO CUBA NETTO

Autenticado digitalmente em 03/02/2011 por MARCELO CUBA NETTO

Emitido em 16/02/2011 pelo Ministério da Fazenda

Conforme descrito no Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 562.247 (fl. 11), a contribuinte foi excluída do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002, em razão de exercer atividade vedada pelo art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, qual seja, o reparo de embarcações para uso comercial e para usos especiais, exceto de grande porte (CNAE-Fiscal nº 3511-4-03).

Inconformada com a exclusão, a interessada apresentou manifestação de inconformidade (fls. 1/2) pedindo ao final a sua manutenção no sistema simplificado, sob as seguintes alegações, em síntese:

a) houve de sua parte erro quanto à classificação da atividade da empresa no CNAE-Fiscal nº 3511-4-03, pois o correto seria o de nº 3512-2, que compreende o reparo de embarcações para esporte e recreio, atividade essa cujo exercício independe de habilitação profissional legalmente exigida;

b) o CREA/SP constatou que a contribuinte, justamente por realizar pequenos reparos, soldas e montagem e desmontagem de peças em embarcações de esporte e recreio de pequeno porte, efetivamente não necessitava da participação de engenheiros, técnicos ou quaisquer assemelhados cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

A DRJ de origem decidiu pela improcedência do pleito (fls. 45/51), afirmando que não há prova da manifestação do CREA/SP a respeito da situação da interessada, bem como por entender que mesmo a atividade de reparo em embarcações para esporte e recreio depende de habilitação profissional legalmente exigida.

Inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 55/63) reiterando o pedido de sua não exclusão do Simples, sob as seguintes alegações:

a) a atividade exercida pela empresa não depende habilitação profissional legalmente exigida, tanto que nunca sofreu qualquer poder de polícia do CREA e tampouco a ele recolhe valores a qualquer título;

b) nem se diga que a Resolução Confea nº 218/73 estabelece que a manutenção de equipamentos seja de sua alçada, já que se trata de mera resolução de entidade com personalidade jurídica própria, sem competência para legislar neste sentido, o que somente se poderia fazer por lei;

c) tal ilegalidade foi reconhecida pela Lei nº 10.964/2004, cujo art. 4º excluiu da exigência de habilitação profissional a prestação de serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados, atividades essas assemelhadas a exercida pela recorrente;

d) em razão do princípio constitucional da igualdade, deve o disposto no art. 4º da Lei nº 10.964/2004 ser estendido às demais pessoas jurídicas que se encontrem na mesma situação das mencionadas naquela norma;

e) incabível a retroação do efeitos do malsinado ADE, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade.

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator

Assinado digitalmente em 07/02/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS, 03/02/2011 por MARCELO CUBA NETTO

Autenticado digitalmente em 03/02/2011 por MARCELO CUBA NETTO

Emitido em 16/02/2011 pelo Ministério da Fazenda

1) Da Admissibilidade do Recurso

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

2) Da Alegada Violação ao Princípio da Igualdade

A alegação de que o disposto no art. 4º da Lei nº 10.964/2004 deve ser, por força do princípio da igualdade, estendido às demais pessoas que se encontrem na mesma situação jurídica dos contribuintes mencionados naquela norma pressupõe a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial relativa do legislador em face do estabelecido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Sobre tema, assinala Luis Roberto Barroso (*in* O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, pág. 30 e ss.):

Tal como no caso da inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três poderes.

(...)

A simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

(...)

A omissão parcial comporta a identificação de duas espécies: a chamada omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. Diz-se que a omissão é relativa quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrangida, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia.

(...)

Todavia, como é cediço, o exame da constitucionalidade de norma legal não pode ser levado a cabo por este Conselho, a teor do disposto na súmula nº 2, de observância obrigatória por parte de seus membros, por força do disposto no art. 72, *caput*, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009:

Súmula CARF nº 2 (D.O.U. de 22/12/2009, Seção 1)

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

3) Da Alegada Retroatividade do Ato de Exclusão do Simples

Sobre o assunto é de se dizer que a natureza do ato administrativo de exclusão do Simples é declaratória, daí porque não há que se falar propriamente em retroação

de seus efeitos. Em outras palavras, o ato de exclusão apenas declara que a opção da contribuinte pelo sistema simplificado não gera os efeitos que lhe são próprios, a partir de um determinado momento previsto em lei. Nesse sentido, a Lei nº 9.317/96 assim estabelece:

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;

(...)

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

(...)

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;

(...)

Esse é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como é possível observar na ementa ao REsp nº 1118186/SC, abaixo transcrita:

TRIBUTÁRIO. INGRESSO NO SIMPLES. ATIVIDADE INCLUÍDA ENTRE AS VEDADAS PELO ART. 9º, XIII, DA LEI 9.317/99. SÚMULA 7/STJ. EXCLUSÃO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

(...)

3. É assente nesta Corte a possibilidade de conferir efeitos retroativos ao ato de exclusão do regime tributário SIMPLES, na hipótese de a Administração constatar que a empresa não preenche os requisitos legais desde a época de adesão ao sistema. Precedentes.

Por fim deve-se ressaltar que o alegado princípio da irretroatividade é aplicável às leis e aos demais atos normativos, já que estes são, via de regra, prospectivos, além de gerais e abstratos. Não é aplicável, em geral, aos atos administrativos concretos sancionadores, tais como o lançamento tributário e o ato de exclusão do Simples.

4) Da Natureza da Atividade Exercida pela Contribuinte

Logo de início deve-se rechaçar a alegação de que art. 4º da Lei nº 10.964/2004 teria reconhecido que o exercício das atividades ali mencionadas independem de habilitação profissional no âmbito do CREA. Em verdade essa norma simplesmente autorizou as pessoas jurídicas que exerçam tais atividades a optarem pelo Simples, sem contudo dispensar, para fins do regular exercício profissional, a habilitação pelo órgão competente.

Também não assiste razão à interessada no que toca ao argumento de ilegalidade da Resolução Confea nº 218/73. Isso porque a Lei nº 5.194/66, que regula as profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, conferiu poder regulamentar àquele Conselho, *verbis*:

Art. 27. São atribuições do Conselho Federal:

(...)

f) baixar e fazer publicar as resoluções previstas para regulamentação e execução da presente lei, e, ouvidos os Conselhos Regionais, resolver os casos omissos;

(...)

No mérito, alega a interessada haver erroneamente indicado o CNAE-Fiscal relativo ao exercício da atividade de reparo em embarcações para uso comercial e para usos especiais, exceto de grande porte (3511-4-03), quando deveria ter apontado o referente ao reparo de embarcações para esporte e lazer (3512-2/02), atividade que efetivamente exerce.

Ocorre que ambas as atividades dependem, em princípio, de habilitação profissional perante o CREA, a teor do disposto na Decisão Normativa Confea nº 43/92, que assim estabelece:

1 - Toda pessoa jurídica que exercer atividade no ramo da Indústria Naval fica obrigada ao registro nos CREAs, conforme os critérios estabelecidos nesta decisão.

2 - A critério dos CREAs, poderão ser dispensados de registro os estaleiros, carreiras, diques ou oficinas de reparo em embarcações com arqueação de até 20 (vinte) AB.

2.1 - Para concessão de tal dispensa, deverá o CREA exigir da pessoa jurídica declaração limitando suas atividades às embarcações de arqueação até 20 AB.

(...)

No caso, não restou provado que o CREA-SP dispensou de registro as oficinas de reparo em embarcações de até 20 AB (arqueações brutas), nem que a interessada apresentou declaração àquele órgão limitando suas atividades em embarcações de até 20 AB.

5) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, e mesmo ciente de que este Conselho já decidiu em sentido contrário em outras oportunidades (vide Ac. 303-34.502 e Ac. 393.00.053), voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto