



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

Processo nº 10909.000792/2005-65
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.676 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de agosto de 2011
Matéria ENQUADRAMENTO NO SIMPLES
Recorrente WELTMARKT COMERCIO EXTERIOR LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES - EXCLUSÃO - ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. PROCEDÊNCIA. SERVIÇOS DE DESPACHANTE. É vedada a opção ou permanência no regime do SIMPLES às pessoas jurídicas que prestem serviços de despachante.

EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES. CABIMENTO. INÍCIO DOS EFEITOS. Os efeitos da exclusão do regime simplificado, em razão de atividade econômica vedada, operam-se a partir do mês subsequente àquele em que for incorrida a situação excludente.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da 6ª Turma da DRJ/FNS que manteve a exclusão do contribuinte do Simples (ADE DRF/ITJ nº 462.616, de 7 de agosto de 2003 - fl. 08), com efeitos a desde de 01/02/2002, por incorrer em vedação prevista no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996; ou seja, por haver realizado atividade econômica vedada (6340-1/01 — atividades de despachantes aduaneiros).

A exclusão do Simples foi fundamentada nos arts. 9º, XIII, 12, 14, I, e 15, II, da Lei nº 9.317/1996, art. 73 da Medida Provisória nº 2.158-34/2001, e arts. 20, XII, 21, 23, I, e 24, II e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF nº 250/2002.

O contribuinte apresentou impugnação alegando, em síntese, que (i) jamais omitiu ou apresentou falsa informação sobre a sua situação e enquadramento; (ii) na época, seguiu todos os procedimentos para o enquadramento no sistema, sendo todas as informações prestadas e conferidas à Receita Federal; (iii) discorda do efeito retroativo do ato declaratório; (iv) questiona acerca do motivo da aceitação do pedido de inclusão no regime e do tempo que levou a Receita Federal para excluí-la; (v) colaciona ementa de acórdão do 3º Conselho de Contribuintes e, por fim, conclui afirmando que a melhor solução é a convalidação dos atos praticados pelo contribuinte de 02/2002 a 08/2003.

O acórdão recorrido mantém a exclusão do contribuinte do Simples, sob o argumento de que a interessada não contesta que seu objeto social englobe a atividade de despachante aduaneiro, contestando, apenas, o marco inicial dos efeitos do ADE.

Nesse ponto esclareceu que, por força do art. artigo 15, II, da Lei nº 9.317/96, o ADE produz efeitos a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente (atividade vedada).

Inconformado, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, repisando os argumentos de sua peça impugnatória e afirmando que:

1) Se a empresa já exercia atividade impeditiva à opção pelo SIMPLES, a hipótese não seria de exclusão e sim de indeferimento da opção. Se a opção foi admitida, tem-se ato administrativo revestido da presunção de legitimidade, que só pelos meios próprios poderá ser desconstituído.

Assim, a mudança de critério jurídico por parte da autoridade administrativa não tem o condão de ensejar a revisão do lançamento e, por conseguinte, produzir efeitos retroativos ao ato de exclusão (art. 146 do CTN).

2) Até a presente data não foi lavrado auto de infração para constituir o crédito tributário sobre o período que foi disposto no Ato Declaratório Executivo. Por isso, em vista do prazo decadencial do art. 150, 4º do CTN, perdeu o Fisco o direito de constituir suposto crédito tributário referente aquele período.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Pelá, Relator

O recurso atende a todos os pressupostos de admissibilidade. Deve, pois, ser conhecido.

De início, cumpre ressaltar que a Recorrente não nega o fato de que pratica atividade de despachante aduaneiro desde a data da abertura da empresa.

Nesse sentido, vejamos o que dispõe o contrato social da Recorrente (fl. 33):

Cláusula III - Objeto Social

A sociedade tem por objetivo social a exploração no ramo de: COMÉRCIO EXTERIOR; DESPACHO ADUANEIRO; FEIRAS INTERNACIONAIS E CONGRESSOS; INTERMEDIÇÃO NA COMPRA E VENDA DE BENS MOVÉIS EM GERAL e AGENCIAMENTO DE PASSAGENS E TURISMO.

Assim, resta saber se a atividade de despachante aduaneiro é realmente vedada e, em sendo, se é possível ao ADE retroagir à data da abertura da empresa - mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente (atividade vedada).

A Lei nº. 9.317/96, definiu as regras para fruição do regime tributário do Simples, estabelecendo, contudo, em seu art. 9º, exceções que vedam a opção pelo regime jurídico diferenciado pelas pessoas jurídicas ali especificadas.

Em seu art. 9º a citada Lei aponta a hipótese de exclusão que justificaria a exclusão do contribuinte, a saber:

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; (...).*

Nesse contexto, tenho dito que esse dispositivo é problemático, visto que algumas das hipóteses ali mencionadas trazem expressões muito abrangentes, e que, por isso, geram dúvidas no momento de sua aplicação aos casos concretos.

Sendo assim, tenho entendido que quando inciso XIII veda a prestação dos serviços profissionais que enumera, bem assim como de "qualquer outra profissão cujo

exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida", há de se entender que a pessoa jurídica não pode prestar serviços cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

Nesse contexto, verifique-se que o Simples Federal, aprovado pela Lei nº 9.317/96 e extinto em 1/7/2007 (conforme disposto no art. 89 da Lei Complementar nº 123/2006), listava no artigo em referência atividades denominadas como de profissão legalmente regulamentada.

Assim, muito embora as sociedades simples possam optar pela tributação pelo lucro real ou presumido, relativamente ao Simples Federal, instituído pela Lei nº 9.317/96, é clara a sua vedação para as sociedades aqui tratadas.

Isso porque, o legislador impediu a adesão ao Simples por pessoa jurídica que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, bem assim como qualquer tipo de intermediação de negócios.

Em suma, sempre que o exercício da profissão for legalmente regulamentado e, consoante esse regulamento, sua atividade dependa: (i) de curso superior completo na área; ou (ii) de diploma/certificado correspondente à habilitação profissional de 2º Grau (dentre outros atestados de capacitação profissional); ou, ainda, de (iii) registro específico em entidade de classe ou órgão; não poderá a pessoa jurídica optar pelo Simples.

Diante disso, tenho afastado a aplicação do dispositivo comentado quando resta comprovado que a atividade praticada pelo contribuinte não se enquadra como atividade exclusiva de tais profissões legalmente regulamentadas ou nos casos em que a própria norma regulamentadora da profissão não exija habilitação para aquele determinado ato.

Pois bem. A Classificação Brasileira de Ocupações, aprovada pela Portaria nº. 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego, assim descreve as atribuições dos despachantes aduaneiros:

3422-10 - Despachante aduaneiro

Despachante alfandegário

Descrição Sumária: Desembaraçam mercadorias e bagagens, requisitando vistoria aduaneira, formalizando desistência de vistoria aduaneira, pagando taxas e impostos e apresentando documentos à receita federal e demais órgãos pertinentes. Os despachantes aduaneiros classificam mercadorias, analisando amostras, verificando funções, uso e material constitutivo de mercadorias e enquadrando mercadorias em sistemas de classificação e tarifação, tais como: tec, nesh, naladi, icms e tipi. Operam sistema de comércio exterior, registrando informações da operação de importação e exportação de mercadorias, assessoram importadores e exportadores, elaboram documentos de importação e exportação e contratam serviços de terceiros.

Condições gerais de exercício

Trabalham prestando serviços de despacho aduaneiro a empresas agropecuárias, comerciais, industriais e de serviços,

inclusive empresas e órgãos estatais. Trabalham por conta própria, em equipe e sem supervisão, exceto o ajudante de despachante aduaneiro que pode trabalhar com supervisão ocasional. Tratam-se de ocupações regulamentadas, cujo exercício depende de licença para operar junto à receita federal. Atuam como pessoa física, ainda que possam trabalhar em empresas de despacho aduaneiro. Exercem suas funções em ambiente fechado e em horário diurno. Eventualmente, estão expostos ao estresse e pressão decorrentes de risco financeiro.

Formação e experiência

O exercício dessas ocupações requer ensino médio completo. O pleno desempenho das atividades ocorre após cinco anos de experiência (despachante aduaneiro) e de três a quatro anos (ajudante de despachante aduaneiro). A(s) ocupação(ões) elencada(s) nesta família ocupacional, demandam formação profissional para efeitos do cálculo do número de aprendizes a serem contratados pelos estabelecimentos, nos termos do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, exceto os casos previstos no art. 10 do decreto 5.598/2005.

Importa frisar que a norma regulamentadora da atividade há época, Decreto nº 646, de 9 de setembro de 1992, exigia registro específico na Receita Federal do Brasil, vejamos:

Art. 5º O exercício da profissão de despachante aduaneiro somente será permitido ao inscrito no Registro de Despachante Aduaneiros, mantido pelo Departamento da Receita Federal.

(...)

Art. 42 Ficam criados, em cada Região Fiscal, o Registro de Despachantes Aduaneiros e o Registro de Ajudantes de Despachante Aduaneiro.

Com efeito, o que se verifica é que o contribuinte desenvolve atividade referente à profissionais da categoria de despachante aduaneiro, cuja habilitação é imposta pela lei.

Vê-se que despachantes aduaneiros e seus ajudantes são regularmente inscritos em registros especiais existentes nas Superintendências Regionais da Receita Federal, identificados com número próprio e assim formalmente credenciados (Cartão de Identificação e Credenciamento), além de atuarem mediante procuração outorgada pelo interessado e habilitação prévia no Siscomex.

Assim, resta claro que a execução dos serviços de despachante exige profissional legalmente habilitado, ainda que essa habilitação seja conferida pela Receita Federal e não por uma entidade de classe, e ainda que essa habilitação não seja exigida de profissionais com curso superior, mas, sim, de profissionais de nível médio.

Ressalte-se, por fim, que a prestação de tais serviços exige o exercício de atividade intelectual complexa, envolvendo uma série de conhecimentos de natureza técnica,

tais como o pleno domínio da Tarifa Externa Comum (TEC) e suas Regras, das negociações tarifárias firmadas pelo Brasil (ALADI, MERCOSUL e GATT/OMC), dos regimes suspensivos e isençionais de tributação na área da importação e exportação, dentre tantas outras normas na área do direito marítimo, comercial, administrativo, etc.

Posto isso, entendo que não é possível ao contribuinte enquadrar-se no Simples, haja vista prestar serviços que constituem atividade vedada.

No que toca aos efeitos da exclusão, entendo acertada a decisão recorrida, já que a exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

Noutras palavras, conforme artigo 15, inc. II, da Lei nº 9.317/96, os efeitos da exclusão do regime simplificado, em razão de atividade econômica vedada, operam-se a partir do mês subsequente àquele em que for incorrida a situação excludente.

Nesse ponto, faço minhas as palavras do acórdão 1401-00.252:

Relativamente à questão, tenho conhecimento da existência de decisões judiciais entendendo pela inaplicabilidade da exclusão retroativa, conforme determina a legislação ordinária, em cumprimento à irretroatividade constitucional tributária.

Não obstante, a instância administrativa não é competente para apreciar arguição de inconstitucionalidade de lei formal vigente. Entendo que as leis nascem com a presunção de constitucionalidade que somente pode ser enfrentada em foro próprio, qual sejam na esfera judicial.

Ademais, o próprio Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) determina, em seu artigo 62, que "fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade."

Finalmente, uma vez que não existem valores lançados ou crédito tributário constituído nesse processo, descabem os argumentos da Recorrente no sentido de que (i) o ato de exclusão retroativa não possa ensejar revisão do lançamento e (ii) decaiu o direito da Fazenda Pública de lançar os valores recolhidos a menor.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá