



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

Processo nº 10909.001638/2005-19
Recurso nº
Resolução nº **1802-00.017 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 15 de dezembro de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ESTALEIRO KALMAR LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente acima qualificado contra decisão proferida pela 6ª Turma da DRJ de Florianópolis/SC.

Trata o presente processo da exclusão da ora recorrente do SIMPLES, aperfeiçoada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/ITJ nº 553.891 (fl. 20), de 02 de agosto de 2004, expedido pela Delegacia da Receita Federal de Itajaí/SC, por exercício de atividade econômica vedada para o citado regime tributário, consistente na construção de embarcações para esporte e lazer, com produção dos efeitos a partir de 01/02/2002.

Devidamente cientificada da exclusão, a recorrente apresenta manifestação de inconformidade, alegando em síntese, que a autoridade que julgou a Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples (SRS) não seguiu os preceitos atinentes ao exercício de sua função, visto que não se manifestou sobre qualquer fundamento aduzido, o que a torna nula de pleno direito, não podendo produzir o efeito desejado.

Assentou-se ainda, que a justificativa para o não atendimento da Solicitação de Revisão, bem como a fundamentação do próprio Ato Declaratório Executivo baseou-se no fato de o código CNAE Fiscal que indicam as atividades de construção e reparação de embarcações para esporte e lazer, mas ao seu juízo a mera classificação de uma atividade não teria o condão de forçar a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, porquanto o rol de atividades vedadas seria taxativo e privativo de lei, não cabendo à Administração Pública, com suporte em interpretação analógica ou extratextual ampliá-lo.

Nesse passo, ressaltou supostos vícios que puniram de ilegalidade e inconstitucionalidade o ADE de exclusão já que a atividade de construção de embarcações para esporte e lazer não figura no rol taxativo de atividades vedadas, bem como a faculdade regulamentar serve para ressaltar conceitos menos claros contidos na lei, mas não para agregar-lhes novos componentes ou para defini-los do nada e a administração empreendeu interpretação extensiva, em desobediência aos princípios da legalidade e tipicidade cerrada; (d) a atividade desempenhada pelo fiscalizado não é privativa de engenheiro, bem como não se

enquadra em nenhuma das hipóteses contidas no inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96, visto que sua atividade econômica principal é voltada para serviços de marcenaria para embarcações.

A 6ª Turma da DRJ de Florianópolis/SC (fls. 155 a 157) indeferiu a solicitação, assentando estar encartado aos autos comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (fl. 31), apontando como atividade principal da recorrente a construção de embarcações para esporte e lazer, o que é ratificado pelo contrato social e a alteração contratual, registros de empregados, indicando que a recorrente possui em seu quadro funcional profissionais de marcenaria e notas fiscais emitidas pela Kalmar, que descrevem principalmente serviços realizados nessa área.

Entendeu-se relevante assinalar que o contrato social (fl. 32), em seu art. 3º, § único, assevera que responderá tecnicamente pelo exercício dos serviços constantes no objeto social, engenheiro devidamente habilitado. Bem como em consulta realizada no site do CREA-SC, confirmou-se que a Estaleiro Kalmar Ltda. estava registrado no referido Conselho, possuindo como engenheiro responsável o Sr. Lars Kreuger (fls. 153 e 154).

Assim sendo, com base nesses elementos, entendeu a decisão recorrida estar comprovado que, efetivamente, a empresa excluída do Simples exerce atividade atinente à profissão de engenheiro, e em razão disso, seria procedente o Ato Declaratório Executivo, com fulcro no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96.

Devidamente cientificada (fl. 159), a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 160 – 179), alegando em síntese que desde 01 de janeiro de 1997, é optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), que à época dos fatos, era disciplinado pela Lei nº 9.317/96. Ocorrendo que a decisão recorrida, fundou-se na vedação de opção ao SIMPLES pela, em detrimento da persecução das atividades econômicas secundárias vinculadas ao CNAE Fiscal nº 35122/01 ("*construção de embarcações para esporte e lazer*") e 3512-2/02 ("*manutenção e reparação de embarcações para esporte e lazer*"), retratadas em seu CNPJ.

Diante disso, asseverou que jamais existiu qualquer disposição legal que impedisse a opção pelo SIMPLES das empresas que se dedicam à construção, reparo e manutenção de embarcações para esporte e lazer, muito menos a uma empresa dedicada preponderantemente à exploração da atividade de "marcenaria para embarcações, revestimento/mobília interna de embarcações, a exemplo da recorrente.

Nesse passo, salientou que a Administração se encontra subordinada aos ditames da lei, não podendo suprir, com juízo pessoal ou interpretação analógica e extensiva, qualquer tipo de indeterminação normativa (inteligência do art. 108, § 1º do CTN), encontrando-se igualmente proibida de ampliar normas restritivas de direito, como era a regra do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96.

Teceu outras tantas considerações e pugnou por provimento.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Apresenta-se para julgamento situação em que o contribuinte optante pelo SIMPLES é excluído do dito sistema por meio de Ato Declaratório no qual se constata a prática de atividade vedada ainda na vigência da Lei nº 9.317/96 (revogada pelo artigo 89 da Lei Complementar nº 123/2006).

A recorrente desde os primitivos arrazoados que apresentou, tem sustentado que não exercia atividade típica de engenheiro, eis que suas atividades seriam de construção e reparos de pequenas embarcações de esporte e lazer, consistente em típico trabalho de marcenaria.

Da análise dos autos e em cotejo da legislação vigente à época, reproduzida em termos coincidentes na superveniente Lei Complementar, observa-se que o Recurso Voluntário merece ser provido, porquanto sabidamente o rol do inciso XIII do artigo 9º da revogada Lei 9.317/96, dizia respeito a profissões regulamentadas, em que a sociedade estivesse voltada à prestação de serviços para contratação em razão da qualificação técnica do profissional ou do seu especial talento. Indiscutivelmente esse é o desiderato da impossibilidade de opção pelo regime em comento, reprimada no artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06.

Assim o fez o legislador, por entender que os profissionais liberais possuem qualificação especial, não estando sujeitos ao impacto do domínio de mercado das grandes empresas, nem constituiriam, em satisfatória escala, uma grande fonte de geração de empregos, enfim, suas atividades não se equiparam com as de uma microempresa, ainda que muito se assemelhem.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643/DF, antes da revogação pela lei complementar, reconheceu a constitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, dando-lhe interpretação conforme a Constituição, compatibilizando-o com o princípio da isonomia tributária. Transcrevo, por oportuno, trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Maurício Correa, que esclarece o critério de adotado pelo referido dispositivo legal para discriminar entre os prestadores de serviços e os profissionais liberais, para efeito de enquadramento no SIMPLES, *litteris*:

(...)

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 a 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 – e 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 do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 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.

(...)

(meus os grifos e as supressões)

Assim, a razoabilidade da lei, consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida, 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, tudo visando favorecer a empregabilidade e extirpar a informalidade das micro e pequenas empresas.

Necessário, portanto, deixar assentado que o fato de a lei não incluir no regime de tributação nominado SIMPLES os profissionais elencados no inciso XIII, do artigo 9º é por entender que estes, dado a sua especialidade técnica e atividade genuinamente própria, não contribuiriam para aumentar os empregos formais, tampouco, necessitariam de estímulo do estado. Divergências ideológicas a parte, essa a sistemática da lei em trato.

Na hipótese em exame, o contrato social da recorrente, mais precisamente a parte contida na página 35, demonstra, por seu turno, que sua atividade consiste em:

CLÁUSULA PRIMEIRA

A sociedade terá como objetivo social o ramo de construção, reparos e consertos de embarcações de esporte e recreio, e a indústria e comércio de móveis; (...)

Pelo que se verifica dos autos e como já afirmado acima a exclusão da do SIMPLES, fundamentou-se no inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, como se a recorrente praticasse atividade de engenheiro.

No entanto, para que se possa decidir com segurança se a atividade desenvolvida pela recorrente não pode ser equiparada à atividade de engenheiro, faz-se necessária uma diligência para verificar se realmente a empresa somente se dedica a atividade de construção, reparo e manutenção de embarcações de pequeno porte, na qual não é necessariamente desenvolvida por profissional que dependa de habilitação profissional específica, considerando precedentes deste Conselho.

SIMPLES. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO. REPARO E CONSTRUÇÃO DE EMBARCAÇÕES.

As atividades de construção, reparo e manutenção de embarcações de pequeno porte não são necessariamente desenvolvidas por profissionais que dependam de habilitação profissional específica. Recurso voluntário provido.

(3º CC-3a Câmara; Recurso nº 133227; Acórdão nº 303-33786, de 09/11/2006; Rel. Cons. Nanci Gama)

Pelo exposto, voto no sentido de CONVERTER O JULGAMENTO em diligência para que a autoridade verifique se realmente a empresa somente se dedica a atividade de construção, reparo e manutenção de embarcações de pequeno porte.

Sala das Sessões, em 15 de dezembro de 2010.

(assinado digitalmente)

EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR – Relator

(assinado digitalmente)

ESTER MARQUES LINS DE SOUSA