



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10384.723438/2016-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.142 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2021
Recorrente UPJ PRODUCOES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO POR INICIATIVA DO CONTRIBUINTE. ERRO DE FATO COMPROVADO.

É perfeitamente possível que o contribuinte se insurja contra a exclusão do SIMPLES Nacional motivada por comunicação obrigatória, na forma do art. 30, II, da LC 123/06, por ele mesmo encaminhada, desde que comprovado o erro de fato e a não materialização da situação excludente prescrita pela Lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andreia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Cuida de processo em que se discute a exclusão da ora recorrente do SIMPLES Nacional ante a ocorrência de ato equiparado à comunicação obrigatória, na forma do art. 30, § 3º, da Lei Complementar de nº 123/06.

In casu, a interessada teria promovido uma alteração contratual e, por conseguinte, cadastral para incluir dentre as atividade econômicas a serem desenvolvidas, a

locação de imóveis próprios – CNAE 6810-2/02, atividade que, nos termos do art. 17, XV, via de regra, seria vedada pela legislação que trata do SIMPLES Nacional.

Em sua defesa, juntada à e-fls. 2/22, a contribuinte sustentou ter ocorrido um erro material quanto a inclusão do aludido CNAE, não obstante afirmar que, efetivamente, alugava um imóvel que, afirma, se tratava de auditório. Esclarece, assim, que a sua atividade principal sempre foi a organização de eventos e que, no curso deste objeto, alugava, também, aos seus clientes, os espaços necessários à realização destes mesmos eventos. Como o imóvel locado era composto, segundo afirma, por auditórios, a sua atividade também se enquadrava nos serviços descritos no item 3.03 da Lista Anexa à Lei Complementar de nº 116/03, sujeitando-se, nesta esteira, ao ISSQN – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Neste hipótese, ainda que o CNAE 6810-2/02, em princípio, impusesse a sua exclusão do regime em testilha, a particularidade acima exposta (sujeição da locação do aludido imóvel à exigência do ISSQN) fazia com que a situação descortinada por semelhante nuance tipificasse a exceção contida na parte final do inciso XV do art. 17 da preta LC 123/03, que autoriza a manutenção da empresa no SIMPLES, quando a atividade de locação se sujeitar ao imposto municipal retro referido.

Com a sua defesa, trouxe documentos que, sob sua ótica, dariam lastro a sua pretensão e requereu a sua manutenção no regime regra pela LC 123/06

Instada a se pronunciar sobre o caso, a DRF após proceder à intimação do contribuinte para apresentar esclarecimentos quanto a propriedade e finalidade do imóvel apontado na defesa supra (termos de intimação de nºs 128 e 130, e-fls. 31 e 35/36, respectivamente), entendeu, por meio do Despacho Decisório de e-fls. 218/221, que a defesa deveria ser julgada improcedente porque, pelos elementos coletados (em respostas às intimações anteriormente mencionadas – certidão de matrícula), ficara evidenciado que o imóvel, objeto da querela, pertenceria, em verdade, aos sócios da contribuinte, não se tratando, destarte, de “imóvel próprio”.

Contra este despacho, a empresa opôs a sua manifestação de inconformidade em que, de forma mais detida, reprise a alegação de que a locação do aludido bem estava sujeita ao ISSQN. Mais que isso, entretanto, afirma que a receita oriunda desta atividade era irrelevante e, outrossim, que o fato do imóvel pertencer aos sócios (e não à impugnante), era irrelevante porque, neste caso, semelhante situação deixaria evidente a não tipificação da hipótese de exclusão prevista pelo já referido art. 17, XV, da LC 123/03 (que veda a atividade de locação de imóvel “próprio”).

Juntou à sua manifestação os documentos de e-fls. 104/195, dos quais destacam-se as notas fiscais emitidas para acobertar os serviços de “*realização de evento em auditório*” (duas notas) e de “*locação de salas*” (uma nota), bem como o respectivo contrato de locação firmado com a Prefeitura de Terezina.

A DRJ do Rio de Janeiro, ao analisar o caso, terminou por encampar, integralmente, as conclusões adotadas pela DRF e decidiu por julgar improcedente a manifestação de inconformidade oposta. Este acórdão recebeu a seguinte ementa:

CÓDIGO CNAE. ATIVIDADE VEDADA. ALTERAÇÃO CNPJ. COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA. ERRO MATERIAL. ÔNUS DA PROVA. EXCLUSÃO.

A alteração de dados no CNPJ, decorrente da informação de CNAE correspondente a atividade vedada equivale à comunicação obrigatória da exclusão do

Simples Nacional, cabendo ao contribuinte o ônus da prova quanto a eventual erro de fato.

A contribuinte foi cientificada, pessoalmente, do resultado do julgamento acima em 23/01/2018 (e-fl. 268), tendo interposto o seu recurso voluntário em 19/02/2018 (carimbo apostado na folha de rosto do apelo – e-fl. 273) em que, basicamente, reitera os termos de sua manifestação de inconformidade.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche todos os demais pressupostos de cabimento, pelo que, dele, tomo conhecimento.

Me permitam ser objetivo e me utilizar, *venia concessa*, um pouco de acidez, porque as conclusões contidas no Despacho Decisório e no acórdão recorrido padecem de inegável sofisma.

Vejam que a empresa foi excluída do SIMPLES Nacional por incluir, em seu ato constitutivo e, por conseguinte, no seu CNPJ, a atividade de Locação de Imóveis próprios. Após a oposição da “contestação” ao ato de exclusão, a Unidade de Origem, com base em certidão de matrícula, cravou que “*imóvel pertence aos sócios e que, sendo a Sociedade constituída sob a forma de sociedade limitada, o patrimônio dos sócios não se confunde com o da sociedade*”. E partindo desta premissa, aparentemente (porque não está claro no citado D.D), concluiu, quase que paranormalmente, que semelhante atividade não se sujeitaria ao ISSQN, de sorte que a atividade da empresa não se enquadraria na exceção descrita pelo art. 17, XV, da LC 123/06.

E DRJ de forma açodada se apreça em incorrer em erro, *venia concessa*, ainda mais preocupante. Isto porque aquele Colegiado, após fazer uma construção argumentativa baseada em nada mais que a sua própria criatividade, afirmou que a exceção alhures referida pressuporia a comprovação da propriedade do imóvel empregado nas atividades do contribuinte. De outro turno, para que o interessado pudesse permanecer no SIMPLES, mesmo não comprovando a propriedade do citado bem, a turma *a quo* afirmou que a empresa teria que inserir, em seus atos constitutivos, a atividade de administração de imóveis de terceiros?!? Ora bolas, de onde a DRJ retirou tais premissas?

De início, o sofisma alardeado anteriormente tem esteio no fato de tanto a Unidade de Origem, como a DRJ, concordarem que o imóvel não pertence à recorrente e, contraditoriamente, afirmarem e reafirmarem que a situação aclarada pelos elementos apontados no próprio D.D., tipificam a hipótese de vedação contida no art. 17, XV, da LC 123/06, cujo teor transcreve-se a seguir:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

XV - que realize atividade de locação de imóveis **próprios**, exceto quando se referir a prestação de serviços tributados pelo ISS.

A conclusão que se extrai da constatação de que o imóvel em testilha pertencia, em verdade, aos sócios da recorrente e não a ela, propriamente, é de que ela não desenvolve a atividade de locação de imóveis **PRÓPRIOS**! Por conseguinte, e contrariamente ao exposto inclusive na ementa do acórdão recorrido, partindo-se da premissa da DRF e da DRJ, ficou, inadvertidamente demonstrado que a empresa incorrera, sim, em erro material ao inserir o CNAE 6810-2/02 porque, simplesmente, o imóvel não lhe pertence.

E, neste passo, a segunda afirmativa da DRJ aparenta impropriedade ainda mais evidente. Em linhas gerais o que afirmou aquele Colegiado foi que, se o imóvel não pertence à recorrente, então ela desenvolve a atividade de administração de bens de terceiros. Como, todavia, semelhante atividade não está descrita em seu contrato social ou mesmo no seu Cadastro (CNPJ), então ela realmente deve ser excluída por exercer atividade de locação de imóveis próprios!

Ora Vamos! Poder-se-ia cogitar, aqui, da ocorrência de algum outro fato impeditivo ou determinante para a exclusão da empresa do SIMPLES (o que, entretanto, pressuporia um outro procedimento que não ora examinado), mas, jamais, afirmar que a hipótese prevista pelo art. 17, XV, ainda seria tipificável, mesmo após a exibição da prova coletada pelo próprio fisco de que o citado imóvel não lhe pertencia. A contradição entre a premissa adotada pela DRJ e as suas conclusões é irrefutável.

Mas o sofisma incorrido pelos órgãos julgadores que nos precederam não param por aí! Se, por um arroubo de preciosismo se quisesse afirmar que o imóvel teria sido mantido no patrimônio dos sócios para evitar a tributação, v.g., pelo IBTI e, assim, revelasse-se, na espécie, um pretenso planejamento abusivo (inexistente, diga-se, mas que se admite, apenas, para argumentar), poder-se-ia considerar que o imóvel, de fato, pertence à recorrente.

A interessada, mormente após o D.D., não refutou a constatação de que o imóvel pertencia a seus sócios. Mas sempre deixou claro, e comprovou por meio das notas fiscais e do contrato mencionado no relatório que precede este voto, que desenvolvia a atividade de realização de eventos e de locação dos auditórios, que comporiam o seu imóvel. E a natureza e uso deste bem nunca foi objeto de questionamento pelo Fisco, que sequer juntou ao feito as respostas apresentadas aos termos de intimação mencionados no relatório supra (incluindo-se, aí, a matrícula mencionada no despacho decisório). Assim, deve se tomar por verdadeiras as assertivas do contribuinte neste sentido (de que o imóvel era composto por auditórios explorados pela empresa para realização de eventos), na forma do art. 374, II, do CPC.

Agora, é suficientemente claro que a atividade de exploração de auditórios conforma a hipótese de incidência do ISSQN, pertençam estes bens ou não ao contribuinte deste imposto municipal, como se depreende da descrição contida no item 3.03 da Lista Anexa à Lei Complementar 123/06 (citada insistentemente pela recorrente):

3.03 – Exploração de salões de festas, centro de convenções, escritórios virtuais, **stands**, quadras esportivas, estádios, ginásios, **auditórios**, casas de espetáculos, parques de diversões, canchas e congêneres, **para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza.**

Note-se que o legislador empregou a palavra “exploração” e não “locação” propositadamente porque, conforme já havia, há muito, se pronunciado o Supremo Tribunal

Federal – STF -, o negócio “locação” revolve uma obrigação de “dar” e não de “fazer”, não materializando, assim, o fato-tipo, prestação de serviços (aspecto material do ISSQN).

Se o bem é, ou não, de propriedade da recorrente, semelhante fato é absolutamente irrelevante, porque ficou demonstrado que os citados auditórios são “*explorados*” pela contribuinte “*para a realização de eventos ou negócios de qualquer natureza*”.

E, resumo, considerando que o imóvel realmente não pertence à interessada, evidencia-se, assim, a não tipificação da hipótese de vedação prevista pelo art. 17, XV, da LC 123/06. Noutro giro, se se fincar o pé a se afirmar que o imóvel é “materialmente” da interessada, fica ainda mais claro o seu enquadramento na exceção preconizada pelo aludido art. 17, XV.

Sob qualquer prisma que se queira analisar o caso, as contradições, e portanto os equívocos incorridos pela Unidade de Origem e pela DRJ tonam-se patentes.

Ou de fato a empresa incorreu em erro material ao inserir o CNAE 6810-2/02 no cadastro, ou, por outro lado, a sua inserção não caracteriza qualquer atividade vedada pela LC 123/03, já que o imóvel em questão é, sim, explorado “*para a realização de eventos ou negócios de qualquer natureza*”, concretizando a hipótese de incidência do ISSQN (o que, diga-se, é comprovado inclusive pelas notas fiscais e contrato apresentados pela insurgente).

Em qualquer situação, a empresa ora recorrente jamais poderia ter sido excluída do SIMPLES Nacional.

A luz do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso para considerar insubsistente a exclusão da recorrente do SIMPLES Nacional, intentada na forma do art. 30, § 3º, da LC 123/06.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca