



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

Processo nº 10886.000121/2010-77
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1002-000.382 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 12 de setembro de 2018
Matéria IRPJ. EXCLUSÃO DO SIMPLES. INFRAÇÃO LEGAL
Recorrente PEGASE HOTEL E RESTAURANTE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. INDEFERIMENTO.
EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA NÃO
COMPROVADA

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á apenas quando restar configurado o enquadramento às vedações descritas em lei.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (presidente da Turma), Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Ângelo Abrantes Nunes.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 43 à 48) interposto contra o Acórdão nº 12-29.900, proferido pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ1 (e-fls. 32 à 38), que, por maioria de votos, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo ora Recorrente.

O âmago da irresignação consiste em contestar o Termo de Indeferimento (e-fl. 16), o qual obistou o ingresso do Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES Nacional), em virtude de exercício de atividade impeditiva (CNAE 9319-1/99), conforme fundamento do art. 17, XI, da Lei Complementar nº 123/2006.

O Acórdão nº 12-29.900, proferido pela DRJ/RJ1, expôs a celeuma casuística que envolve o presente caso, eis que o Contribuinte sustenta não ter exercido atividade impeditiva, tampouco foram reunidas provas aptas a sustentar o Termo de Indeferimento. Noutro giro, o Recorrente alega que suas atividades não estão entre aquelas vedadas pela sistemática do SIMPLES. Assim restou sumariada a decisão de piso:

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os membros da 7ª -Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro -I (RJ), nos termos do relatório e votos:

1). Pelo voto de qualidade, rejeitar a nulidade suscitada de ofício pelo julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro, acompanhada pelo Relator Original.

2) Por maioria de votos, INDEFERIR A solicitação INTERESSADA, mantendo o Termo de Indeferimento da Opção Simples Nacional de fls. 14.

Vencido o Relator Original que defere a solicitação, nos termos de seu voto.

Declarou o voto o julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro.

Designada para redigir o voto vencedor a julgadora Maria Lúcia Miceli.

À DRF/NITERÓI, para ciência à interessada do presente Acórdão e demais providências necessárias ao seu cumprimento, com a ressalva de que cabe interposição recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no prazo de 30 dias, conforme artigo 33 do D/creto nº 70.23 1972, alterado pela Lei nº 8.748, de 1993.

Os argumentos outrora apresentados na Manifestação de Inconformidade são reiterados em sede de Recurso Voluntário, a saber: a ausência de provas de exercício de prática vedada, e que sua atividade encontra-se permitida nos termos da lei do SIMPLES, o que seria perceptível quando da análise do contrato social e das demais provas acostadas aos autos (a exemplo das fichas de registro de empregados).

Os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído para este relator.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário apresenta-se tempestivo, tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017. Isto porque, trata de exclusão do Simples, desvinculado do crédito tributário. Eventual crédito tributário não é exigido nestes autos, bem como não visualizo qualquer critério que justifique a vinculação destes autos a eventual processo de exigibilidade do crédito tributário, não verificando a aplicação de quaisquer das formas de vinculação constantes do art. 6º, § 1º, do Anexo II, do RICARF.

Sendo assim, a competência é desta Colenda Turma Extraordinária por cuidar os autos de exclusão do Simples, desvinculado de exigência de crédito tributário, a indicar a aplicação do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017.

Portanto, dele conheço.

Mérito

1. Do efetivo exercício da atividade vedada

Por primeiro, impende destacar que o Código CNAE 9319-1/99, o qual serviu de lastro para o indeferimento da opção pelo SIMPLES, refere-se a "Outras Atividades Esportivas Não Especificadas Anteriormente". Em contraponto, o Recorrente alega exercer atividades que não se encontram no rol de vedações do SIMPLES Nacional. Para tanto, junta inúmeros documentos atestando sua atuação no ramo de hotelaria e transcreve o objeto de seu contrato social (e-fl. 5):

A sociedade terá por objetivo social a PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE: HOTEL; RESTAURANTE; BAR; LOCAÇÃO DE LANCHAS; CABELEIREIRO; MANICURE E PEDICURE; MASSAGENS; ATIVIDADE DE EXIBIÇÃO CINEMATOGRAFICA; BEM COMO O COMÉRCIO VAREJISTA DE: MÓVEIS; ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO; TECIDOS; ARTIGOS DE CAMA, MESA E BANHO; ARTIGOS DE TAPEÇARIA. CORTINAS E/PERSIANAS; LIVROS; ARTIGOS DE PAPELARIA; TABACARIA; DISCOS, CDs, DVDs E FITAS; BRINQUEDOS A ARTIGOS RECREATIVOS; ARTIGOS ESPORTIVOS; COSMÉTICOS E PRODUTOS DE PERFUMARIA E DE HIGIENE PESSOAL; ARTIGOS DE, RELOJOARIA; ANTIGUIDADES; SOUVENIRES, BIJUTERIAS E ARTESANATOS; OBJETOS DE ARTE; ARTIGOS DO VESTUÁRIO E ACESSÓRIOS; CALÇADOS; ARTIGOS DE VIAGEM; ARTIGOS DE JOALHERIA; VASOS PLANTAS E

ARTIGOS DE DECORAÇÃO, podendo a sociedade se estender ou modificar por deliberação dos sócios.

Tais informações são complementadas pelo comprovante de inscrição e de situação cadastral (e-fl. 15):

Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral

Contribuinte,

Confira os dados de Identificação da Pessoa Jurídica e, se houver qualquer divergência, providencie junto à RFB a sua atualização cadastral.

 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA			
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 11.264.916/0001-75 MATRIZ		COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	
		DATA DE ABERTURA 28/10/2009	
NOME EMPRESARIAL PEGASE HOTEL E RESTAURANTE LTDA EPP			
NOME DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) PEGASE BEACH LOUNGE			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 55.10-5-01 - Hotéis			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDARIAS 56.11-2-01 - Restaurantes e similares 56.11-2-02 - Bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas 96.02-5-01 - Cabeleireiros 96.02-5-02 - Outras atividades de tratamento de beleza 59.14-6-00 - Atividades de exibição cinematográfica 47.54-7-01 - Comércio varejista de móveis 47.55-5-03 - Comércio varejista de artigos de cama, mesa e banho 47.55-8-01 - Comércio varejista de artigos de tapeçaria, cortinas e persianas 47.81-4-00 - Comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios 47.89-0-01 - Comércio varejista de souvenirs, bijuterias e artesanatos			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 206-2 - SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA			
LOGRADOURO R E-I		NÚMERO SN	COMPLEMENTO QUADRAE-1 LOTE 01 E 02
CEP 28.950-000	BAIRRO/DISTRITO FERRADURA	MUNICÍPIO ARMACAO DE BUZIOS	UF RJ
SITUAÇÃO CADASTRAL ATIVA		DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 28/10/2009	
MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL			
SITUAÇÃO ESPECIAL *****		DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL *****	
Aprovado pela Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007. Emitido no dia 04/01/2010 às 10:13:09 (data e hora de Brasília).			

Em que pese um objeto social assaz amplo e diverso, isso por si só não torna apto o indeferimento pelo SIMPLES, caso não se identifique de forma cabal o exercício de atividades vedadas pela coletânea legislativa. Daí o motivo de buscar a verdade real (material) no curso da fiscalização, a qual deve ser conjugada com os elementos probatórios intrínsecos às informações fiscais. Nessa trilha, o Recorrente cumpriu com seu mister de apontar a efetiva prática de serviço de hotelaria, conforme se extrai das fichas de registro de seus funcionários (e-fls. 108 à 145), a qual não produz dúvidas sobre a real atividade do Contribuinte. Repiso, aqui, o teor do art. 17, XI, da LC 123/2006, que fundamentou o indigitado Termo de Indeferimento:

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

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços

de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios. "

Portanto, não identifiquei nos autos do processo quaisquer atividades que porventura se encaixem nos ditames da vedação legal.

Outrossim, vejo como complementares as argumentações e fundamentos expostos tanto no voto vencido como na declaração de voto, exaradas pelos i. Julgadores de Primeira Instância. Por assim ser, peço vênias para, com base no §1º do art. 50, da Lei nº 9.784/1999, e no §3º do artigo 57 do Anexo II do RICARF, extrair trechos daquela decisão onde estão consignados os fundamentos para indeferimento do pleito da recorrente e adotá-los, desde logo, como complemento das razões de decidir:

a. Voto Vencido - Relator:

Em sua manifestação de inconformidade o contribuinte alega que a atividade vedada correspondente ao CNAE 9319-1/99 - outras atividades esportivas não especificadas não consta do seu contrato social (fl. 04) nem do seu cadastro CNPJ (fl. 13). E, de fato, as provas apresentadas favorecem o seu argumento, já que nelas não se encontra referida a citada atividade impeditiva.

Acrescente-se que segundo o comprovante de inscrição e de situação cadastral no CNPJ (fl. 13), o código da atividade preponderante da empresa é 55-10-8-01 - Hotéis, a qual não veda a adesão ao SIMPLES NACIONAL.

Em favor do contribuinte também labora o fato de que as atividades descritas no contrato social (fl. 04) e no seu cadastro CNPJ (fl. 13) não estão entre as indicadas na cópia do Anexo I, da Resolução CGSN nº 6, de 08/07/2007, juntado pelo contribuinte, que relaciona os códigos CNAE impeditivos de adesão ao SIMPLES NACIONAL.

Comprovado que a empresa não pratica a atividade correspondente ao impedimento inserto no inciso XI, do art. 17º da Lei Complementar nº 123, de 2006, que constitui o fundamento legal apontado no combatido Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional, a razão da negativa não subsiste.

Em face do exposto, VOTO por julgar procedente o pedido, para que se promova a regularização da contribuinte como optante pelo SIMPLES NACIONAL, ressalvado o direito da Fazenda Nacional de promover sua exclusão, caso constatada a ocorrência de qualquer das hipóteses impeditivas à opção pelo sistema contidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que não tenham sido objeto do presente julgamento.

b. Declaração de Voto:

Analizando os autos, entendo, data venia, que não está cabalmente comprovado que a empresa não pratica a atividade correspondente ao impedimento inserto no inciso XI, do art. 17,

da Lei Complementar nº 123/2006 e no CNAE nº 9319-1/99 (“Outras atividades esportivas”). O próprio contrato social, na cláusula terceira (fl. 04), ao contrário do que alega o interessado, faz menção a artigos recreativos e esportivos.

Por outro lado, o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional (fl. 14) faz referência a um código de CNAE que não consta dentre os elencados no cartão CNPJ do interessado (fl. 13). Ademais, não consta nos autos de onde surgiu o código CNAE (9319-1/99) que foi determinante no indeferimento do pleito, o que demonstra flagrantemente a falta de clareza na motivação e cerceia o direito de defesa do interessado.

No processo administrativo, a elucidação das questões de fato e de direito é um norte a ser seguido e do qual não pode a Administração se afastar. Em outras palavras, a Administração tem o ônus de demonstrar, claramente, de onde se originou código CNAE (9319-1/99) contido no Termo de Indeferimento (fl. 14), permitindo, assim, a ampla defesa do interessado, o que não ocorreu no presente caso. A falta de clareza da motivação enseja a nulidade do ato.

Nota-se que as fundamentações expostas acima avaliaram com lisura e imparcialidade o acervo probatório dos autos, e buscaram a verdade material. Contudo, quanto aos consectários finais, filio-me à vertente do Voto do Relator (Voto Vencido), onde se dá provimento ao pleito do Contribuinte. Isso porque entendo ser esta a melhor providência ao caso, haja vista a ausência de elementos aptos a obstar o enquadramento do Recorrente ao SIMPLES Nacional.

Dispositivo

Com tudo o que foi exposto nos tópicos anteriores, resta claro que os argumentos esposados pela Recorrente merecem ser acolhidos. Portanto, VOTO por CONHECER do Recurso Voluntário, e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator