



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10945.001938/2001-20
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.155 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 7 de novembro de 2019
Recorrente J P FABRI TURISMO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

FALTA DE INTIMAÇÃO PARA CONHECIMENTO DE REPRESENTAÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CABIMENTO

A Representação Fiscal, por ser ato administrativo vinculado, previsto em lei, e sem previsão legal para que a interessada se manifeste, não há que se falar em cerceamento de defesa.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA SE PRONUNCIAR NO PROCESSO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há previsão legal para que antes da exclusão do Simples o contribuinte seja intimado para exercer o contraditório. A Recorrente teve o direito de exercer sua defesa e o exerceu na impugnação encaminhada à delegacia de julgamento, bem como no recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, manifestando-se ampla e plenamente com todas as provas em direito admitidas. Portanto também não cabe a arguição de nulidade do ato de exclusão.

EXCLUSÃO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA.

A atividade de representação comercial, no qual se inclui a intermediação de venda de passagens era vedada para optantes do Simples, de acordo com o art. 9º, Inc XIII da Lei. nº 9.317/96. Assim, considerando que a interessada não conseguiu afastar a acusação fiscal de que exercia intermediação na venda de passagens aéreas, há que se manter a exclusão da empresa do Simples no ano-calendário 2002.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada no recurso, e no mérito em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Cármem Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

O presente processo teve início com uma representação fiscal do INSS ao Delegado da Receita Federal em Foz do Iguaçu contra a contribuinte, por ter sido constatado por auditor fiscal da previdência, no curso do seu procedimento de fiscalização, que a contribuinte exercia atividades vedadas a optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

No âmbito da então Secretaria da Receita Federal, para fins de análise da representação fiscal, a autoridade administrativa intimou a contribuinte a apresentar os seguintes documentos do período de 1997 em diante:

- 1) Contrato Social e Alterações;
- 2) Bloco de Notas Fiscais;
- 3) Livros Diário e Razão, ou Livro Caixa;
- 4) Livro Registro de Saídas;

5) Informar a data de filiação à Associação Brasileira dos Agentes de Viagem do Paraná - ABAV

Após o exame dos documentos apresentados pela contribuinte, conclui a autoridade fiscal pela procedência da representação do INSS, tendo sido declarado a sua exclusão do sistema através do Ato Declaratório Executivo juntado à e-fl. 66, pelo fato da contribuinte exercer atividade não permitida para optantes do Simples, sendo-lhe facultado prazo de 30 dias para recorrer da decisão à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba.

A contribuinte tomou ciência da decisão administrativa em 07/02/2002 e irredignada apresentou manifestação de inconformidade, onde alegou em síntese:

(i) a nulidade do ato de exclusão, por ferir o seu direito de ampla defesa e ao contraditório pois, segundo a interessada, não fora intimada a se pronunciar sobre a representação fiscal do INSS;

(ii) que também seria nulo o ato porque também não teria sido intimada para se pronunciar sobre o processo aberto na Receita Federal, o qual culminou com sua exclusão do Simples.

(iii) que a atividade da empresa é agência de viagens e turismo, sem qualquer vínculo com a venda de passagens, portanto, estaria autorizada a optar pelo Simples, conforme orientação da própria Receita Federal.

A 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba indeferiu a impugnação, em acórdão prolatado sob nº 1.697, em julgamento realizado em 01 de agosto de 2002. A ementa do acórdão, abaixo transcrita, sintetiza a decisão daquela turma julgadora

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples.

Ano-calendário: 2002

Ementa: FALTA DE INTIMAÇÃO ANTES DA EXCLUSÃO DO SIMPLES CERCEAMENTO DE DEFESA E INOBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE.

Os procedimentos administrativos praticados no âmbito do INSS e da SRF, antes da lavratura do ato declaratório de exclusão do Simples, não geram efeito jurídico e, por isso, a falta de conhecimento deles, pelo contribuinte, não constitui desrespeito ao direito de defesa e ao contraditório assegurados pela Constituição Federal

AGÊNCIA DE VIAGEM OPÇÃO PELO SIMPLES VEDAÇÃO.

A prática de atividade remunerada pelo recebimento de comissões, como ocorre com a intermediação na venda de passagens aéreas pelas agências de viagem, impede a opção pelo Simples ou a sua continuidade no sistema.

Solicitação Indeferida"

Inconformada com o r. acórdão, a Recorrente apresentou recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

No recurso voluntário a Recorrente ratificou as alegações apresentadas na impugnação, e acrescentou que exerce atividades auxiliares ao turismo na cidade de Foz do Iguaçu, tais como traslado e transporte de turistas, e que pela dificuldade de emissão de uma nota fiscal para cada turista, a Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu autorizava sua emissão de forma consolidada; ou seja, uma nota fiscal para todos os turistas que passearam nos veículos da recorrente, motivo pelo qual as notas fiscais estavam descritas como "movimentação do período", e/ou "movimentação do dia".

Alegou também que reservar passagens aéreas aos clientes não é impedimento à opção pelo Simples, e que, por fim, em declaração emitida na data de 06/03/2002, a própria Vasp informou não possuir a Recorrente qualquer vínculo com a referida companhia aérea.

Em julgamento realizado em 25 de agosto de 2006, a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso voluntário da Recorrente, conforme Acórdão nº 302-37.976 cuja ementa foi a seguinte:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

Ementa SIMPLES EXCLUSÃO. ATIVIDADE NÃO VEDADA.

A atividade de AGENCIA DE TURISMO não é impeditiva para optar pelo Simples.

Aplicação da MP nº 66 de 29/02/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002, nas condições estabelecidas pela Lei nº 9.317, de 05/12/1996

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Contra o r. acórdão a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, que foi acolhido. A Alegação da Procuradoria foi que a Lei nº 10.637/2002, publicada em 30/12/2002, foi expressa no art. 68, quanto à produção dos seus efeitos, de modo que o dispositivo que se refere às agências de turismo, o art. 26, e não havendo regra especial para sua vigência, produz efeitos a partir da publicação (de acordo com o inciso IV do art. 68), que se deu em 30/12/2002; acrescentou ainda que mesmo que se considerasse a edição da Medida Provisória nº 66/2002, nem assim estaria "viciado" o ato de exclusão, na medida em que o ato é de 25/01/2002 e a MP de 29/02/2002.

Em julgamento realizado em 28 de junho de 2011 a 1ª Turma da CSRF - Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, reconhecendo que as disposições da MP nº 66 de 29/02/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002, quanto as atividades que podem optar pelo SIMPLES não é interpretativa e não tem efeito retroativo.

Entendeu também a 1ª Turma da CSRF que a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes deixou de analisar a atividade de fato exercida pela Recorrida – se haveria intermediação de passagens aéreas e hotéis ou, se a atividade era de mero auxílio na reserva e efetuando passeios e traslado de turistas em veículos próprios da Recorrente, bem como também deixou de analisar as nulidades arguidas desde a impugnação, pelo fato de terem considerado que a Recorrente teria direito a optar (ou permanecer) no Simples, com a edição da Medida Provisória nº 66, de 29/02/2002, nas condições estabelecidas pela Lei nº 9.317, de 05/12/96, pelo fato de se dedicar, segundo ela, exclusivamente às atividades de agência de viagem e turismo (artigo 26 da referida lei).

E por fim a 1ª Turma da CSRF determinou o retorno dos autos à Câmara *a quo* para análise das preliminares de nulidades e da matéria fática, referente às atividades efetivamente exercidas pela Recorrida.

Considerando que foi extinta a Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, o processo foi redistribuído para a 1ª Seção do CARF.

Por sorteio coube a este Julgador a continuidade do julgamento.

É o Relatório,

Fl. 5 do Acórdão n.º 1003-001.155 - 1ª Seju/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 10945.001938/2001-20

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

A Recorrente requereu que as intimações e notificações referentes ao presente processo fossem enviadas para o endereço do procurador do contribuinte, descrito na folha inicial, sob pena de nulidade do ato.

A previsão legal é de que o sujeito passivo seja intimado validamente no domicílio tributário por ele eleito (incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 127 do Código Tributário Nacional e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Nesse sentido determina a Súmula CARF nº 110, que é de aplicação obrigatória (art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF determina que *"no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo"*). Logo, a solicitação da Recorrente fica indeferida.

A 1ª Turma da CSRF deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, reconhecendo que as disposições da MP nº 66 de 29/02/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002, quanto as atividades que podem optar pelo SIMPLES não é interpretativa e não tem efeito retroativo.

Com efeito, caso a Recorrente tenha exercido a atividade de intermediação na venda de passagens aéreas, em período anterior à vigência da MP nº 66 de 29/02/2002, estaria excluída do Simples, por vedação expressa contida no inc. XIII do art.9º da Lei nº 9.317, de 05/09/1966, abaixo transcrita:

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. (grifei)

Assim, para a solução do litígio, conforme encaminhamento da CSRF, há que se analisar as preliminares de nulidade arguidas pela Recorrente e as atividades por ela exercida no período abrangido pela fiscalização para decidir-se quanto a sua exclusão do Simples.

Há que se consignar que a Recorrente arguira anteriormente, na impugnação dirigida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba, preliminares de nulidade idênticas às apresentadas em sede de recurso ao Conselho de Contribuintes. Naquela oportunidade as preliminares de nulidade foram rejeitadas.

No recurso voluntário, a Recorrente manteve as alegações de nulidade apresentadas na impugnação, que resumidamente seriam pelos seguintes motivos:

(i) por ferir o seu direito de ampla defesa e ao contraditório pois, segundo a interessada, não fora intimada a se pronunciar sobre a representação fiscal do INSS;

(ii) que também seria nulo o ato porque também não teria sido intimada para se pronunciar sobre o processo aberto na Receita Federal, o qual culminou com sua exclusão do Simples.

Ora, a representação decorreu da constatação pelo servidor do INSS, que no curso de suas atribuições, ao constatar uma suposta irregularidade, representou contra a Recorrente, conforme seu dever de ofício previsto no art. 116, VI, XII e parágrafo único da Lei nº 8.112/90.

No presente caso, constatou aquela autoridade administrativa do INSS, no exercício de sua atividade fiscalizadora, que a Recorrente exercia atividade vedada para optantes pelo Simples, conforme consta na Representação Fiscal, acostada à e-fl. 6, e obedecendo ao disposto no §4º do art. 15 da lei 9.317, vigente à época, encaminhou representação à então Secretaria da Receita Federal.

A representação foi dirigida à autoridade competente para decidir sobre a exclusão da empresa do Simples, no caso o Delegado da Receita Federal de jurisdição da contribuinte.

Tratou-se portanto de ato administrativo vinculado, previsto em lei, e pelo fato de depender de apreciação da autoridade competente para tomar a decisão de exclusão, não tem previsão para que a interessada se manifestasse. Portanto não há que se falar de afronta ao direito de defesa por não ter tido ciência da representação fiscal.

Quanto ao argumento da Recorrente de que teria havido nulidade do ato de exclusão, por não ter sido intimada previamente e assim não ter tido a oportunidade de participar e defender-se no processo, entendo que também não assiste razão à Recorrente, pelos motivos claramente expostos no voto condutor do acórdão da DRJ no excerto abaixo transcrito, no qual o julgador de 1ª instância comenta sobre a lei nº 9.317, de 05 de 12/1996:

[...]

O artigo 14, retro, como se vê, conferiu à autoridade fiscal competência para excluir de ofício o contribuinte que, obrigado a requerer a sua exclusão do sistema pelo fato de não reunir condições de nele permanecer não o fizer, e o § 3º do artigo 15 garantiu o direito à ampla defesa. Não há, portanto, previsão na lei de que antes da exclusão do Simples o contribuinte deve ser intimado para exercer, se quiser, direito de defesa. E me parece que nem poderia ser diferente, pois a Constituição Federal garante direito de ampla defesa no processo administrativo, porém este somente se instaura depois da edição de determinado ato com efeitos jurídicos, no caso, a edição do ato declaratório que excluiu a contribuinte do Simples e, por consequência, a obrigou a se submeter a nova regra de tributação.

Ademais, como provam os autos, a Recorrente teve o direito e o exerceu na impugnação encaminhada à delegacia de julgamento, bem como no recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, manifestando-se ampla e plenamente com todas as provas em direito admitidas. Portanto também não cabe a arguição de nulidade do ato de exclusão.

Quanto ao mérito, há que se consignar, pelo consta na Representação Fiscal, que a contribuinte encontrava-se sob ação fiscal previdenciária, donde decorreu a constatação, por aquela autoridade fiscal, que a contribuinte estava exercendo atividade vedada a optantes do Simples. Veja-se o excerto da Representação:

O Auditor-Fiscal da Previdência Social MARCELO ROSS, matrícula SIAPE 0148411-7, em ação fiscal desenvolvida junto à empresa DANYTUR TURISMO LTDA, CNPJ 00.691.639/0001-60, CNAE 63304, situada na Av. Brasil, 509 - centro, Foz do Iguaçu CEP 85851-000, tendo constatado as situações de vedação/exclusão à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES relacionadas abaixo, formaliza a presente REPRESENTAÇÃO FISCAL, com base no art. 15 parágrafo 4º da Lei nº 9.317, de 05 de Dezembro de 1996, na redação da Lei nº 9.732, de 11 de Dezembro de 1998.

Recebida a representação fiscal, a autoridade fazendária competente para apreciar a representação, no caso, o Auditor Fiscal da Receita Federal, intimou a Recorrente a apresentar documentos, conforme consta na Intimação SEFIS 400/2001, acostado à e-fl. 23.

Após a apreciação dos documentos apresentados pela Recorrente, a autoridade fiscal responsável elaborou a Informação Fiscal SECAT DRF/FOZ nº 003/2002 (e-fl. 61-65) do qual extraí os excertos abaixo, concluindo que os documentos apresentados comprovariam que a Recorrente exercia a intermediação na venda de passagens aéreas, atividade essa vedada para optantes do Simples:

4. Pela análise dos documentos constantes dos autos do processo e principalmente da Informação Fiscal (fl. 55), realizada pelo SEFIS ficou constatado através das notas fiscais juntadas ao processo (fls. 11113 e 30/51), que a empresa em questão se dedica à atividade de agência de viagens. executando a venda de passagens aéreas. (grifei)

5. Ficou comprovada que a atividade efetivamente exercida pela empresa é a de Agência de Viagens a qual é considerada assemelhada à atividade de representação comercial, que esta vedada a opção pelo SIMPLES, corno preconiza o inciso XIII, do art. 9º da Lei nº9317, 05/12/96:

[...]

Assim sendo, e considerando que a documentação acostada aos autos comprova o exercício de atividade vedada ao SIMPLES pela contribuinte, proponho que seja elaborado Ato Declaratório para que DANYTUR TURISMO LTDA CNPJ 00.691.63910001-60, seja excluída, de ofício, desse Sistema, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002, bem como que seja aplicada a multa devida pela falta de comunicação obrigatória, prevista no art. 21 da Lei nº9317/06. (grifei)

A autoridade competente para decisão quanto a exclusão da empresa do Simples, no caso o Delegado Substituto da Delegacia da Receita Federal em Foz do Iguaçu, decidiu pela exclusão de ofícios da contribuinte do Simples e emitiu o Ato Declaratório acostado à e-fl. 66, declarando que os efeitos da exclusão vigorassem a partir de 1º de janeiro de 2002.

Além disso, foi facultado à contribuinte recorrer da decisão à Delegacia da Receita Federal de Julgamento no prazo de 30 dias da ciência da decisão.

A Recorrente tomou ciência da decisão bem como da Informação Fiscal SECAT/DRF/FOZ nº 003/2002 em 07/02/2002 (e-fl.68), conhecendo todos os fatos que levaram a decisão de excluí-la do Simples.

Em 07/03/2002 a Recorrente apresentou impugnação contra a decisão de excluí-la do Simples às e-fls 72- 88.

A 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Curitiba manteve a decisão da autoridade administrativa, com base principalmente no seguinte argumento extraído do voto condutor do acórdão:

[...]

Em diligência fiscal (fis. 55), a autoridade fiscal não logrou provar que a contribuinte auferiu outras receitas vedadas ao Simples além daquelas mencionadas acima. Isso, entretanto, não é prova cabal de que a mesma atividade vedada não foi praticada outras vezes ou que outras atividades vedadas não foram praticadas, pois descrições genéricas da espécie "*movimentação do período*" e "*movimentação do dia*", adotadas pela contribuinte em sua escrituração, com certeza não contribuíram para a melhor conclusão da diligência fiscal.

De qualquer forma, não me parece que o resultado da diligência fiscal era decisivo para a exclusão do Simples, pois, tendo a contribuinte realizado atividade vedada, que ela admite ter praticado, cabia-lhe por expressa disposição legal comunicar o fato à repartição fiscal e solicitar a sua exclusão do sistema. E como a contribuinte não fez o que lhe competia fazer, a autoridade fiscal o fez de ofício, como lhe impunha a lei.

De fato, compulsando os autos, verifica-se que a Recorrente exercia atividade de intermediação de venda de passagens aérea, mesmo que de forma esporádica, conforme ela mesmo alega. Senão vejamos, conforme consta no recurso voluntário à e-fl. 126:

14. As notas fiscais nºs 292, 282 e 272 não descrevem a atividade exercida pela empresa, pois conforme já informado em sua impugnação, as mesmas foram emitidas por solicitação e orientação da Vasp, por reservar passagens aéreas aos clientes da empresa.

15. Entendemos que o fato de reservar passagens aéreas aos clientes não é impedimento à opção pelo Simples.

16. Os valores recebidos nas referidas notas fiscais, foram pagos por mera liberalidade da Vasp, e emitidas conforme orientação da mesma.

Ora, a descrição dos serviços prestados nas notas 292, 282 e 272 (e-fls. 16-18) indicam precisamente que as notas fiscais foram decorrentes de "comissão s/passagem".

O argumento da Recorrente foi que reservava passagens aéreas a seus clientes, e que essa atividade não seria impeditivo à opção pelo Simples. E que os valores indicados nas notas fiscais foram pagos por mera liberalidade da VASP.

Então o argumento da Recorrente é que não fazia a intermediação na venda de passagens aéreas, somente reserva, e que os valores pagos pela VASP eram mera liberalidade e equivocadamente, por orientação daquela empresa, emitiu aquelas notas fiscais, e que a comprovação de que não exercia venda de passagens pode ser comprovada com declaração da empresa aérea de que não havia nenhum vínculo da mesma com a Recorrente. Francamente, não há plausibilidade na justificativa da Recorrente!

Inclino-me a reconhecer que no período em análise a Recorrente exercia sim a venda de passagens aéreas, eis os motivos:

(i) autoridade fiscal, no caso auditor fiscal da previdência, no exercício de atividade de fiscalização, constatou presencialmente que a Recorrente exercia atividades que eram vedadas a optantes do Simples e a representou à Secretaria da Receita Federal;

(ii) autoridade fiscal competente para apreciar a representação encaminhada pelo INSS, constatou em diligência que a Recorrente se exercia a atividade de agência de viagens. executando a venda de passagens aéreas;

(iii) a própria Recorrente afirma que fazia reserva de passagens aérea para seus clientes, mas que não se tratava de venda. E que as notas fiscais acostadas aos autos (292, 282 e 272), que indicavam que se tratavam de comissão sobre essa reserva de passagens, e que o pagamento realizado pela empresa aérea tratou-se de mera liberalidade, E que emitiu as notas fiscais equivocadamente, por orientação da empresa aérea. Com toda vênia, não há como acreditar nessa afirmação, pois não se coaduna com a lógica do mundo dos negócios;

Assim, como a Recorrente, no meu entendimento, não conseguiu afastar a acusação fiscal de que exercia atividade vedada para optantes do Simples não cabe a reforma da decisão mantendo-se sua exclusão do Simples.

Por todo o exposto, afasto as arguições de nulidade apresentadas pela Recorrente e no mérito voto em NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama