



**Processo nº** 13804.003153/2006-07  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1401-004.578 – 1<sup>a</sup> Seção de Julgamento / 4<sup>a</sup> Câmara / 1<sup>a</sup> Turma Ordinária**  
**Sessão de** 11 de agosto de 2020  
**Recorrente** SPORT CENTER LANCHONETES E EMPREENDIMENTOS ESPORTIVOS LTDA-EPP  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Incumbe ao fisco demonstrar por prova direta que as atividades exercidas pela contribuinte impedem a sua opção pelo Simples.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A apreciação de argumentos de inconstitucionalidade resta prejudicada na esfera administrativa, conforme Súmula CARF nº 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o Ato Declaratório Executivo da Derat/SPO nº 485.305/2003 e reconhecer o direito da Recorrente em manter-se no regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Acórdão DRJ, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, para manter a exclusão do Simples Nacional, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002.

O Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 485.305 de 07 de agosto de 2003 (fl. 63) teve por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada, relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-99 (outras atividades desportivas relacionadas ao lazer).

A exclusão foi fundamentada nos art. 9º, VIII, 12, 14, I e 15, II e p. 3º. Da Lei 9317/96 e art. 73 da MP 2.158-34 de 27/07/01, art. 20, XII, 21, 23, I, 24, II e parágrafo único da IN SRF 250, de 26/11/2002.

Foi apresentada manifestação de inconformidade, na qual alegou a Recorrente que se dedica ao desenvolvimento de atividades de bar e lanchonete, locação de quadras esportivas e atividades relacionadas ao lazer, conforme consta no seu Contrato Social, cujo exercício não depende de habilitação profissional legalmente exigida, nos moldes do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, além de afronta ao princípio da isonomia.

Contudo, sua manifestação foi julgada improcedente, sob o argumento de que os documentos que instruíram manifestação de inconformidade foram insuficientes para demonstrar que o CNAE informado no CNPJ, no correspondia à atividade mencionada nos estatutos sociais, a qual indicava vedação ao Simples Nacional, não sendo conhecidas as questões de cunho constitucional.

Inconformada com o resultado do julgamento, interpôs Recurso Voluntário, pleiteando a nulidade do ADE, reiterando em síntese os argumentos já aduzidos por ocasião da manifestação de inconformidade.

É o Relatório.

## Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, por isso, dele tomo conhecimento.

Conforme decidido pelo acórdão de origem, o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 485.305 de 07 de agosto de 2003 (fl. 63) teve por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada, relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-99 (outras atividades desportivas relacionadas ao lazer).

Ao passo que por sua vez a Recorrente insiste no seu direito a manter-se como optante do Simples Nacional, alegando exercer atividade de bar e lanchonete, locação de quadras esportivas e atividades relacionadas ao lazer, conforme consta no seu Contrato Social, cujo exercício não depende de habilitação profissional legalmente exigida, nos moldes do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, utilizado como fundamento à sua Exclusão, cuja redação segue:

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;

Sustenta sua alegação com base no argumento de que o CNAE-Fiscal 9261-4-99 (outras atividades desportivas relacionadas ao lazer), lançado no cadastro de seu CNPJ é fruto de equívoco e que de fato não corresponde às atividades por ela desenvolvidas, que de acordo com o seu Contrato Social seriam:

### CLÁUSULA TERCEIRA

A sociedade tem como objetivo social: Locação de Quadras Esportivas , Bar e Lanchonete, Estacionamentos de Veículos, Atividades Desportivas Culturais e Educacionais, Promoção de Eventos Esportivos, Comercialização de Artigos Esportivos e Material congeneres, podendo ainda patrocinar outros eventos ..

Atividades estas que não são vedadas pelo Simples Nacional, pois não dependem de profissional habilitado para o seu exercício, ao contrário da vedação imposta pelo art. 9.º inciso XIII, da Lei 9.317/96.

No que diz respeito a comprovação da situação excludente, caracterizada pelo exercício de atividades vedadas que motivaram a edição do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 485.305 de 07 de agosto de 2003 (fl. 63), a autoridade fiscal limitou-se a mencionar que teve por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada, relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-99 (outras atividades desportivas relacionadas ao lazer), cujo exercício dependeria da presença de profissional legalmente habilitado, sem que fosse demonstrado em nenhum momento quais seriam as atividades efetivamente realizadas pela contribuinte e que deram causa a sua exclusão.

Destaco que tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A hipótese de indeferimento da opção da Recorrente pelo Simples, pressupõe a obtenção de receita proveniente da prestação de serviço profissional de atividades desportivas relacionadas ao lazer, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica, fato que deve estar provado nos autos.

Conforme manifestado pelo I. Conselheiro Irineu Bianch, no Acórdão CARF 1302-000.552:

Tenho manifestado de que a simples previsão de determinadas atividades no objeto social das empresas não são, por si só, suficientes à caracterização do exercício de fato e

de direito da atividade. O Contrato Social quer dizer previsão do exercício, mas não constituiu o fato gerador.

Digo de fato e de direito, pois, o exercício in concreto de uma das atividades previstas dentre os objetivos sociais depende de tradução em linguagem competente. Ou seja, a fiscalização deve apurar e trazer aos autos comprovação da prática da infração, in casu o exercício de atividade vedada pelo regime simplificado.

Não há óbice para as atividades da indústria e comércio na legislação do regime simplificado. Há restrição para serviços listados e assemelhados.

Desde já registro minha crítica sobre a impropriedade técnica da legislação tributária que não pode lançar mão de expressões dúbihas e/ou ambíguas — apesar de árduo trabalho, reconheço — sob pena de se verificarem zonas cinzentas como esta, seja para o contribuinte, seja para o aplicador da lei.

Assim, me inclino a entender que a subsunção dos eventos (fatos in concreto) aos conceitos hipotéticos, deve ser analisada com vistas também à larguezza do conceito que se impõe. Ora, a legislação que pretenda tributar os "assemelhados" a algo ou a alguém abre espaço para que as materialidades e as provas que as infirmam ou afirmam registrem a subsunção do fato ao conceito da lei.

Dessa maneira, assiste razão à Recorrente quando questiona à necessidade da contratação de profissional legalmente habilitado ao exercício das atividades por ela propostas de bar e lanchonete, locação de quadras esportivas e atividades relacionadas ao lazer, pois em matéria de empresas optantes pelo Regime SIMPLES deve ser verificada "*in concreto*" sob pena de impor penalidade a micro e pequenas empresas que desenvolvem seu objeto sem a necessidade efetiva de manutenção destes profissionais no quadro.

No presente caso, a prova da atividade fática é nenhuma, haja vista que a mera menção ao CNAE-Fiscal 9261-4-99 e a sua descrição genérica (outras atividades desportivas relacionadas ao lazer), Não são capazes de comprovar a efetiva atividade da interessada.

Portanto, não vejo nos autos a prova do exercício do fato impeditivo à opção pelo regime.

Razão pela qual, voto no sentido para manter a recorrente no sistema simplificado.

Quanto às alegações de ilegalidade/inconstitucionalidade e de se estar ferindo princípios constitucionais, em que pese o esforço de argumentação despendido pela requerente, seus protestos não se prestam para pautar a decisão deste colegiado, que tem sua atividade completamente vinculada à legislação vigente, que rege a matéria. Isto porque não compete à autoridade julgadora afastar o direito positivado sob pretexto de alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade na sua gênese.

Esse entendimento está consolidado pela Súmula CARF nº 2, in verbis:

Súmula CARF nº 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário e voto no sentido de DAR LHE PROVIMENTO para cancelar o Ato Declaratório Executivo da Derat/SPO n. 485.305/2003 e reconhecer o direito da Recorrente em manter-se no regime do Simples Nacional.

É o voto.

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.