



Processo nº 13804.003154/2006-43
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.440 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Turma Extraordinária**
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente PLAYBALL EMPREENDIMENTOS ESPORTIVOS 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

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. ATIVIDADE VEDADA. ÔNUS DA PROVA.

A mera descrição de atividade vedada no contrato social ou a simples menção de que a empresa exerce atividade impeditiva ao regime do SIMPLES é insuficiente para a sua exclusão sendo da Administração Tributária o ônus de demonstrar por outros meios de prova o efetivo exercício de atividade vedada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário. Votou pelas conclusões o conselheiro Aílton Neves da Silva.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 16-26.230 da 1^a Turma da DRJ/SP1, de 05 de agosto de 2010 (fls. 76 a 86):

Trata o presente processo, formalizado em 07/08/2006, de exclusão do Simples, em razão da emissão, em 07/08/2003, do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO n.º 476.491 (fl. 71), tendo por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada (evento 306 do CNPJ), relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-99 (Outras atividades desportivas), com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 e data de ocorrência em 08/12/1998 (a interessada optou pelo regime simplificado em 01/01/1999).

2. A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, inciso XIII, 12, 14, inciso I, e 15, inciso II e § 3º, da Lei n.º 9.317, de 05/12/1996; art. 73 da Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27/07/01; artigos 20, inciso X11, 21, 23, inciso I, 24, inciso II e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF n.º 250, de 26/11/2002.

Cientificada do ADE em 26/08/2003 (fl. 36), inicialmente a interessada apresentou, em 18/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS - fls. 33 e 34), declarando que “no presente caso não existe qualquer profissional envolvido que dependa de habilitação, pois os usuários apenas se utilizam das quadras para seu lazer”.

4. A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 27/06/2006, nos seguintes e exatos termos:

ADE N.º 476.491 (24) - EXCLUSÃO MANTIDA por seus fundamentos legais. Nenhum erro de fato foi detectado. Os documentos que instruíram esta solicitação são incapazes de demonstrar que a CNAE informada no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica não correspondia à atividade mencionada nos estatutos sociais/exercida, atividade esta que indicava vedação à opção pelo Simples.

5. Cientificada do resultado da SRS em 28/07/2006 (fl. 61 - verso), a recorrente, representada por procurador (fls. 26 e 66), apresentou manifestação de inconformidade ao despacho denegatório em 07/08/2006 (razões às fls. 1 a 14 e anexos às fls. 15 a 31). Alega, em síntese, que:

5.1. A recorrente se dedica à locação de quadras esportivas, atividades de bar e lanchonete, comercialização de artigos esportivos e materiais congêneres, estacionamento de veículos, atividades desportivas, promoção de eventos esportivos, lavagem, lubrificação e limpeza de veículos, conforme se verifica em seu Contrato Social.

5.2. Com fulcro no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, a RFB excluiu a defendant do regime simplificado sob a alegação de que o dispositivo legal veda ao Simples a atividade de organização e exploração de atividades desportivas (transcreve o dispositivo legal à fl. 4, com destaque para a prestação de serviços profissionais de ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida).

5.3. Resta evidente pelas disposições contidas no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, mencionado pela própria RFB, que inexistente qualquer vedação à atividade exercida pela contribuinte, qual seja, locação de área destinada ao esporte, conforme pretende argumentar a RFB no resultado da análise da SRS.

5.4. A própria RFB já se pronunciou por meio da Solução de Consulta n.º 178/2002, no sentido de que a empresa que faz locação de campos de esporte e comércio de lanchonete pode optar pela sistemática simplificada (transcreve a ementa da referida Solução de Consulta à fl. 5).

5.5. Não é diferente o entendimento exarado na Solução de Consulta n.º 22/2000, que expressamente dispõe que empresa que explora quadra de futebol, sem haver a efetiva entrega do imóvel, pode optar pelo Simples (transcreve a ementa da referida Solução de Consulta às fls. 5 e 6).

5.6. Recente Decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas reconheceu que a atividade de locação de campo de esporte não encontra óbice à opção pelo Simples (transcreve a ementa de Acórdão proferido pela referida DRJ à fl. 6).

5.7. Como visto, inexiste dúvida de que a atividade exercida pela empresa, locação de quadras esportivas, não está vedada ao regime simplificado, razão pela qual deve ser imediatamente afastada sua exclusão.

5.8. Nem se alegue que a interessada exerce outras atividades que sejam vedadas, pois além de não exercer qualquer atividade impeditiva ao Simples, a exclusão ocorreu exclusivamente sob o argumento de que a locação de área destinada ao esporte é atividade vedada à sistemática simplificada.

5.9. Frise-se que a requerente não exerce e nunca exerceu quaisquer das atividades profissionais elencadas no artigo 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, tampouco quaisquer atividades assemelhadas.

5.10. A contribuinte não exerce e nunca exerceu as atividades de professor, fisicultor ou assemelhados; ao contrário dedica-se exclusivamente à locação de quadras esportivas, bar e lanchonete, estacionamento de veículos, atividades desportivas, promoção de eventos esportivos, comercialização de artigos esportivos e materiais congêneres, atividades não vedadas ao Simples.

5.11. Cabe salientar que embora esteja incluído no objeto social da empresa a atividade de Promoção de Eventos Esportivos, deve ficar consignado nesta defesa que a interessada nunca exerceu tal atividade, além do que esta não é a atividade que motivou a exclusão da recorrente, de forma que não há que se sustentar a exclusão por essa razão.

5.12. Além de tratar-se de atividade que não é objeto da exclusão, e que não é exercida pela requerente, cabe salientar que referida atividade é permitida pela legislação do Simples, conforme se comprova pelas recentes Soluções de Consulta (transcreve Soluções de Consulta em apoio à sua tese às fls. 7 e 8).

5.13. A Constituição Federal, em seu artigo 179, delegou ao Legislador Ordinário a definição de empresas de pequeno porte e microempresas, bem como a criação de instrumentos visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (transcreve o dispositivo constitucional à fl. 8).

5.14. Em atendimento ao artigo 179 da Constituição Federal o Legislador Ordinário, ao definir as microempresas e empresas de pequeno porte, adotou o critério quantitativo, ou seja, por meio do artigo 2º da Lei n.º 9.317/1996, posteriormente alterado pela Lei n.º 11.196/2005, estipulou como condição para o enquadramento nessas categorias o montante da receita bruta auferida pelas pessoas jurídicas no ano-calendário (transcreve o dispositivo legal à fl. 9).

5.15. Verifica-se que o critério quantitativo (receita bruta no ano-calendário) foi o único critério adotado pelo Legislador, pois o artigo 3º da Lei 9.317/1996 dispôs expressamente que as microempresas e empresas de pequeno porte, qualificadas na

forma do artigo 2º da mesma lei, podem optar pelo Simples (transcreve o dispositivo legal à fl. 10).

5.16. Apesar disso, o artigo 9º da Lei nº 9.317/1996 estabeleceu vedações para opção ao Simples de forma a afrontar expressamente o artigo 150, inciso 11, da Constituição Federal/ 1988 (transcreve o dispositivo legal à fl. 10).

5.17. A Constituição Federal/ 1988 de forma expressa veda qualquer forma de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, impedindo qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função exercida.

5.18. Mesmo assim, o artigo 9º da Lei nº 9.317/1996 vedou, em determinados casos, a adesão ao regime simplificado de acordo com a atividade econômica do contribuinte, de forma que instituiu tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, afrontando expressamente o artigo 150, inciso 11, da Constituição Federal/ 1988.

5.19. Se uma empresa se qualifica como microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do artigo 2º da Lei nº 9.317/1996 (com nova redação dada pela Lei nº 11.196/2005), tem o direito de aderir ao Simples, conforme previsto no artigo 179 da Constituição Federal/ 1988 e nos próprios dispositivos da Lei nº 9.317/1996 ou, caso contrário, estará sendo afrontado o princípio constitucional da isonomia previsto no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal/1988.

5.20. Se o artigo 179 da Constituição Federal/1988 impõe tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, atribuindo à lei a responsabilidade pela qualificação destas, e se a Lei nº 9.317/1996 adotou critério quantitativo (receita bruta auferida no ano-calendário) para efetuar esta qualificação, não pode a mesma lei ou outra qualquer criar vedações, pois nesse caso estará afrontando os artigos 179 e 150, inciso 11, da Constituição Federal/1988.

5.21. Nesse sentido manifestou a Douta Procuradora da República Dra. Lisiâne Cristina Braecker, nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.004616-1, em trâmite na 6ª Vara Federal de São Paulo (transcreve a referida manifestação às fls. 11 e 12).

5.22. No mesmo sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Transcreve julgado à fl. 12).

5.23. Ainda que a RFB decida pela não manutenção da empresa na sistemática simplificada, faz-se necessário salientar que seria considerado um abuso a cobrança retroativa de tributos federais, pois fere o princípio da irretroatividade constante no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal/ 1988. (transcreve o dispositivo legal à fl. 13).

5.24. A exclusão com efeitos retroativos deveria ocorrer, “ao máximo, até a data da definitiva exclusão da impugnante do SIMPLES.”

A DRJ/SP1 julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade. O contribuinte acima identificado foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, por supostamente exercer atividades vedadas, prestação de serviços de academia de esportes (fls. 82 a 86):

[...] 14. No caso dos autos a prestação de serviços de academia de esportes encontra vedação inserida no comando legal do art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, por tratar-se de prestação de serviços profissionais de professor, fisicultor ou assemelhados.

[...] 15. Registre-se que a vedação é para “a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de”, devendo-se assentar o fato de que basta o exercício da prestação dos serviços assemelhados ao de professor e fisicultor, com ou sem supervisão, assinatura ou execução por profissional regulamentado, para que a opção pelo Simples seja vedada. Diante disso, mesmo que os serviços sejam prestados por outro tipo de profissional ou pessoa não qualificada, a pessoa jurídica não poderá permanecer no regime simplificado, porquanto se trata do exercício de atividades assemelhadas à profissão de professor e fisicultor.

[...] 21. O ADE que se examina exclui a requerente do Simples pela prestação de serviços profissionais de professor, fisicultor ou assemelhados (CNAE 9261-4-99 (Outras atividades desportivas)), que em nada se relaciona com a atividade de locação de área destinada ao esporte.

[...] 33. Portanto, resta devidamente esclarecido o fundamento legal que amparou a exclusão da interessada do Simples com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002.

Dessa forma, a 1^a Turma da DRJ/SP1 decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo a decisão de Unidade de Origem.

Face ao referido Acórdão da DRJ/SP1, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 95 a 115), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do SIMPLES levada a efeito pela autoridade fiscal.

A contribuinte apresenta, ainda, documento de identificação e procuraçāo (fls. 91, 93 e 116).

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 1^a Turma da DRJ/SP1, requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF n.º 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF n.º 329/2017, considerando-se tratar

de exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES, desvinculados de exigência de crédito tributário, ano-calendário 2002.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (protocolado em 18 de maio de 2012, fl. 95, face ao recebimento da intimação datada de 02 de maio de 2012, fl. 90), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 476.451, de 07 de agosto de 2003 (fl. 39), em razão do exercício de atividades vedadas, no caso, atividades desportivas, de acordo com a seguinte fundamentação legal:

- Lei nº 9.317 de 1996: art. 9º, XIII; art. 12; art. 14, I; art. 15, II.
- Medida Provisória nº 2.158-34 de 2001: art. 73.
- Instrução Normativa SRF nº 250 de 2002: art. 20, XII; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

Isso se deu pelo fato de constar em seu contrato social (fl. 49), como objetivo da sociedade, “*exploração de academia de esportes, empreendimentos esportivos e educacionais, promoção de competições esportivas e, locação de quadras esportivas, bem como, o comércio artigos congêneres*”, CNAE-Fiscal nº 9261-4/99, não permitido para o Simples (fl. 74).

Não obstante as decisões administrativas, a contribuinte é categórica ao afirmar que exerce apenas locação de quadras esportivas, bar e lanchonete, estacionamentos de veículos, atividades desportivas, promoção de eventos esportivos, comercialização de artigos esportivos e materiais congêneres, atividades que não dependem de qualquer profissional legalmente habilitado.

Ainda, menciona que a Administração Tributária não logrou êxito em comprovar suas alegações para a exclusão em comento, inexistindo nos autos documentos ou evidências de que a contribuinte não preenche os requisitos de inscrição no Regime de tributação pelo SIMPLES.

Diante dos argumentos e informações apresentados nos autos, importante mencionar a Súmula nº 134 desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que assim dispõe:

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

(grifos nossos)

Dessa forma, seria ônus da Administração Tributária trazer elementos que indicassem que a empresa prestava serviços de atividades desportivas, e não efetuar a exclusão baseando-se apenas no argumento de que, em tese, estaria a Pessoa Jurídica PLAYBALL EMPREENDIMENTOS ESPORTIVOS exercendo esta atividade vedada aos optantes do SIMPLES.

O fato de a opção pelo SIMPLES ser um regime fiscal especial não permite que a autoridade exclua a pessoa jurídica do sistema com argumentos frágeis e que se transfira ao contribuinte o ônus de produzir prova de seu direito, em especial quando nada dele se exigiu de forma específica.

Analizando atentamente os autos, verifica-se que a autoridade tributária se baseou apenas nos objetivos descritos no Contrato Social (fls. 48 a 55), desconsiderando ainda sua alteração, em claro desrespeito à Súmula CARF nº 134.

Nota-se a fragilidade dos argumentos do Fisco, na medida em que tal meio de prova se demonstra incapaz de confirmar a execução de atividade econômica vedada ao Regime Tributário do Simples, qual seja, atividades desportivas.

Acerca do argumento da vedação da contribuinte de optar pelo SIMPLES, disposto no artigo 9º, XIII, por exercer atividade econômica vedada ao Regime do Simples não merece prosperar.

Nesses termos, diante de todo o exposto, a nulidade do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 476.451, de 07 de agosto de 2003, é medida que se impõe, a fim de se afastar a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES.

Dispositivo

Posto isso, não restando comprovada a execução de atividade econômica vedada ao Regime Tributário do Simples, qual seja, atividades desportivas, pela empresa contribuinte, tornam-se inviáveis seus reconhecimentos, havendo motivos para a reforma do Acórdão da DRJ.

Considerando-se, portanto, os fatos e provas apresentados aos autos, alinhados aos entendimentos desse Conselho, conforme Súmula CARF nº 134, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pela contribuinte, declarando-se nulo o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 476.451, de 07 de agosto de 2003, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram, afastando-se a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros