



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13807.004253/2006-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.439 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente COMPANY CENTER ACADEMIA 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. NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DO ENQUADRAMENTO LEGAL.

Em garantia aos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa, do Contraditório bem como do Devido Processo Legal no âmbito do processo administrativo tributário, a Autoridade Tributária tem o dever de fundamentar a lavratura do Ato Declaratório de Executivo de forma clara e objetiva pra que o contribuinte possa exercer o direito de se defender por todos os meios legais que lhe sejam inerentes.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA

De acordo com a Súmula CARF nº 02, não tem este Conselho competência para pronunciar-se sobre arguições de inconstitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário, vencido o conselheiro Aílton Neves da Silva, que lhe negou provimento.

(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 16-26.063 da 1ª Turma da DRJ/SP1, de 21 de julho de 2010 (fls. 40 a 46):

Trata o presente processo, formalizado em 01/08/2006, de exclusão do Simples, em razão da emissão, em 07/08/2003, do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO n.º 480.334 (fl. 9), tendo por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada (evento 306 do CNPJ), relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-05 (Atividades de condicionamento físico), com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 e data de ocorrência em 17/08/1999 (a interessada optou pelo regime simplificado em 01/01/1997).

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 XII, 21, 23, inciso I, 24, inciso II e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF n.º 250, de 26/11/2002.

3. Cientificada do ADE em 26/08/2003 (fl. 10), inicialmente a interessada apresentou, em 24/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS - fls. 8 a 18), com a alegação de que a empresa não têm condições de arcar com os custos de outro regime de tributação (fls. 12 e 13).

4. A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 12/07/2006, nos seguintes e exatos termos:

ADE N.º 480.334 (25) - 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 corresponde a atividade mencionada nos estatutos sociais/exercida, atividade esta que indica vedação à opção pelo Simples.

5. Cientificada do resultado da SRS em 25/07/2006 (fl. 20), a requerente apresentou manifestação de inconformidade ao despacho denegatório em 01/08/2006 (razões à fl. 1 e anexos às fls. 2 a 7).

6. O Serviço de Controle de Julgamento da DRJ-SPO-I registrou despacho à fl. 22, consignando que o Contrato Social da contribuinte, em sua cláusula 5a (fl. 3), determina que a gerência da sociedade deve ser exercida pelos sócios com assinatura em conjunto, como condição de validade e eficácia.

7. Tendo em vista que o contraditório apresentado descumpre o preconizado no documento constitutivo da empresa, os autos foram remetidos ao órgão de competência originária em 23/02/2007, que intimou a recorrente a regularizar a defesa apresentada (fl. 23), o que foi concretizado em 22/03/2007 com a juntada da manifestação de inconformidade em 22/03/2007 (razões às fls. 24 e 25 e anexo à fl. 26). Alega, em síntese, que:

7.1. A empresa se mantém em razão do enquadramento no Simples, que foi aceito e mantido pela RFB. Nada foi feito para camuflar a atividade da empresa, prática realizada pela maioria da concorrência.

7.2. "Quando falamos em ajuda, não queremos ser exceção em nada pois as regras devem ser cumpridas por todos, mas justiça seja feita, não podemos ser penalizados por

praticar nossa atividade tantos anos amparados pela lei do simples, sem que a Receita Federal, não tivesse impedido essa prática já no enquadramento."

7.3. "Hoje após tantos anos, não temos condições de suportar os custos que deverão ser pagos pelos anos passados onde nos beneficiamos com redução de carga tributária."

7.4. Caso a exclusão seja mantida requer "que seja no exercício em curso e não com data retroativa".

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 exercer atividade econômica vedada (fl. 43):

[...] 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 nº 9.317/1996, por tratar-se de prestação de serviços profissionais de professor, fisicultor ou assemelhados.

[...] 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.

Dessa forma, a 1ª 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. 51 a 61), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do Simples, realizada pela autoridade fiscal.

A contribuinte apresenta, ainda, documentos que julga comprovar os argumentos por ela aludidos (fls. 62 a 80).

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 1ª 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 nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão e inclusão do Simples e do Simples Nacional, desvinculados de exigência de crédito tributário, ano-calendário 2002.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 24 de maio de 2012, vide termo de recebimento da RFB, fl. 51, face ao recebimento da intimação datada de 02 de maio de 2012, fl. 50), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Preliminar

Alega a empresa contribuinte que houve afronta ao Princípio da Irretroatividade insculpido na alínea "a". do inciso III, do artigo 150, da Constituição Federal.

A alegação de violação a dispositivos constitucionais levantada pelo Recorrente não pode ser analisada, eis que a súmula CARF nº 02 não reconhece competência a este Conselho para pronunciamento sobre o tema:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Dada a impossibilidade de análise do argumento, rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 480.334, de 07 de agosto de 2003, por exercer atividade econômica vedada, de acordo com a seguinte fundamentação legal:

- Le nº 9.317 de 1996: art. 9º, XIII; art. 12; art. 14, I; art. 15, II;

- Medida Provisória n.º 2.158-34 de 2001: art. 73;
- Instrução Normativa SRF n.º 250 de 2002: art. 20, XII; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

Art. 1.º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 01/01/2002 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Nome: COMPANY CENTER ACADEMIA LTDA

CNPJ: 67.638.155/0001-29

Data da opção pelo Simples: 01/01/1997

Situação excludente (evento 306):

- Descrição: atividade econômica vedada: 9261-4/05 Atividades de condicionamento físico.

- Data da ocorrência: 17/08/1999

- Fundamentação legal: Lei n.º 9.317, de 05/12/1996: art. 9.º, XIII; art. 12; art. 14, I; art. 15, II. Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27/07/2001: art. 73. Instrução Normativa SRF n.º 250, de 26/11/2002: art. 20, XII; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

Ocorre que a descrição do enquadramento legal contido no art. 1º do ADE n.º 480.334 de 2003, que culminou com a exclusão da empresa do Simples Federal, está carente de objetividade e precisão da tipificação legal que motiva a exclusão da recorrente, ou seja, os “fatos e atos violados devem estar devidamente identificados, sob pena de nulidade, conforme entendimento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. É o que se extrai da ementa abaixo transcrita (grifos nossos):

Acórdão CARF n.º 101-94.471

Número do Processo: 10768.025009/98-19

Data de Publicação: 20/03/2004

Contribuinte: DELBA COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Relator(a): CELSO ALVES FEITOSA

Ementa: **Acusação Imprecisa – Para garantir o exercício do amplo direito de defesa e devido processo legal, os fatos e o direito violado devem estar devidamente identificados, sob pena de nulidade da acusação.** Assentos em livros fiscais – Os registros constantes dos livros fiscais, para serem abandonados, necessitam de fundamento relevante. Redução de custo – Não se constitui a subavaliação de estoque de mercadorias compradas da matriz, mas sim redução de custo, com aumento do valor tributável.

Como fundamentação principal o Fisco fincou a autuação do ADE no inc. XIII do art. 9º da Lei 9.317 de 1996, que veda a opção pelo Simples Federal a pessoa jurídica 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”.

Acontece que no mencionado inciso existem inúmeras situações que vedariam a manutenção de qualquer empresa no programa do Simples Federal.

Sem indicar com clareza em qual situação se encaixa a contribuinte, torna-se nulo o deficiente Ato Declaratório Executivo, pois impossibilita a defesa da contribuinte, em evidente afronta aos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal.

No caso em tela, para que se verifique a indispensável subsunção do fato à norma legal, necessário que o caso concreto se enquadre de forma incontestável à hipótese descrita em lei, mormente quando se trata de norma de natureza punitiva.

Sobre a subsunção do fato à norma, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre Paulo de Barros Carvalho que preconiza, *in verbis*:

“Veiculada a lei, necessária se faz a exata adequação do fato à norma. Por isso mesmo, o surgimento da obrigação está condicionado ao evento da subsunção, que é a plena correspondência entre o fato e a hipótese de incidência, fazendo surgir a obrigação. Não se verificando o perfeito enquadramento do fato à norma, inexistirá obrigação tributária. (...) em síntese: i) sem lei anterior que descreva o fato, não nasce a obrigação; (ii) sem subsunção do evento descrito à hipótese normativa, também não; e iii) havendo previsão legal e a correspondente subsunção do fato à norma, os elementos do liame jurídico irradiado equivaler àqueles prescritos na lei. São condições necessárias para a regular constituição do vínculo obrigacional” (CARVALO, Paulo de Barros. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; CARVALO, Paulo de Barros. Guerra fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. São Paulo: Noeses, 2012, p. 34) (grifo nosso)

Nessa mesma linha de raciocínio, à luz do Princípio da Tipicidade Cerrada quanto a imposição da penalidade (corolário do Princípio da Legalidade Tributária – art. 97, V do Código Tributário Nacional), é imprescindível que seja aplicada a sanção nos estritos moldes decorrentes do fato típico infracional.

Destarte, não se verifica *in casu* a indispensável subsunção do fato à norma legal, motivo pelo qual, à luz do exposto acima, conclui-se que é nulo o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 480.334, de 07 de agosto de 2003.

Dispositivo

Considerando-se, portanto, os fatos e provas apresentados aos autos, alinhados aos entendimentos desse Conselho, voto por rejeitar a preliminar suscitada e no mérito, **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pela contribuinte, declarando-se nulo o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 480.334, 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 Federal.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros