



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16151.000243/2006-58
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.438 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente ARTSPORTCENTER S/C LTDA ME
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. IMPRECISÃO 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, 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 16-27.170 da 1ª Turma da DRJ/SP1, de 20 de outubro de 2010 (fls. 74 a 83):

Trata o presente processo, formalizado em 18/04/2006, de exclusão do Simples, em razão da emissão, em 07/08/2003, do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO no 479.624 (fl. 5), tendo por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada (evento 306 do CNPJ) relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-04 (Ensino de esportes), com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 e data de ocorrência em 07/08/1999 (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 no 9.317, de 05/12/1996; art. 73 da Medida Provisória nº 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 nº 250, de 26/11/2002.

3. Cientificada do ADE em 26/08/2003 (fl. 6), inicialmente a interessada apresentou, em 25/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS - fls. 1 a 3), declarando que desenvolve desde a sua constituição as atividades de dança, esporte, ginástica e afins, mas que não deve ser enquadrada no CNAE 9261-4-04 tendo em vista que a atividade de ensino de esportes não é preponderante entre suas atividades.

4. A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 23/02/2006, nos seguintes e exatos termos:

ADE N.º 479.624 (IS) — 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 à atividade mencionada nos estatutos sociais/exercida, atividade esta que indica vedação à opção pelo Simples.

5. Cientificada do resultado da SRS (Aviso de Recebimento à fl. 4), a recorrente apresentou manifestação de inconformidade ao despacho denegatório em 04/04/2006 (razões às fls. 15 e 16 e anexos às fls. 17 a 60). Alega, em síntese, que:

5.1. Preliminarmente, há de se suscitar que esta requerente, com base em sentença judicial publicada em 01/10/2001, e sentença de Embargos de Declaração publicada em 18/10/2001, decisões proferidas pelo ilustre Juiz da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.57140-1, impetrado pela Federação de Serviços do Estado de São Paulo, em trâmite perante a 6ª Turma do Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região, está amparada por ser filiada ao Sindicato, e conseqüentemente à Federação, podendo inscrever-se ou continuar inscrita no Simples, nos termos da Lei nº 9.317/1996 (acostou documentos às fls. 18 a 60).

5.2. "Não se contém este contribuinte em saber do indeferimento de sua defesa postulada e conseqüente exclusão como Microempresa por ser sua atividade vedada."

5.3. "Objetivamente, a Lei exclui algumas atividades, dentre aquelas que são constituídas por profissionais liberais. Ora uma empresa poderá ser constituída juridicamente por pessoas físicas e/ou jurídicas, não necessariamente por profissionais liberais."

5.4. "Queremos crer ser esta empresa constituída por pessoas físicas, contratando se necessário, pessoas habilitadas para ministrar aulas, como: canto, jazz, ballet, samba e etc."

5.5. "Como podemos atentar à Lei 9.317/96, as sociedades nem sempre são constituídas por profissionais liberais, podendo serem constituídas por pessoas físicas capazes nos

termos da Lei Civil, não podendo assim serem cerceadas em seus direitos na constituição de uma sociedade."

5.6. "Em sendo assim, o enquadramento no "SIMPLES" se faz evidente, para que não haja desigualdade nos termos do artigo 150, inciso II, da Carta Magna, acatando a presente impugnação pela total improcedência da exclusão que lhe é imputada."

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 n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, por exercer atividade econômica vedada (fls. 79 e 104):

[...] 17. O Contrato Social da interessada consigna que o objetivo social da empresa consiste em prestação de serviços na área de propagação, desenvolvimento e ensino de artes e esportes relacionados com o aperfeiçoamento físico do corpo humano, tais como natação, ballet, Judô, ginástica, tênis, futebol, mediante a locação de espaço próprio à sua prática e/ou fornecimento de instrutores/professores especializados (fls. 8 a 10).

[...] 18. Quando da apresentação da SRS a recorrente afirmou que desenvolve desde a sua constituição as atividades de dança, esporte, ginástica e afins.

[...] 23. 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.

[...] 36. Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

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. 88 a 89), 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. 90 a 93).

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

Fl. 4 do Acórdão n.º 1002-001.438 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 16151.000243/2006-58

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 n.º 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 13 de janeiro de 2011, vide termo de recebimento da RFB, fl. 88, face ao recebimento da intimação datada de 14 de dezembro de 2010, fl. 87), 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 479.624, de 07 de agosto de 2003, face os artigos 9º, XIII; 12; 14, I; e 15, II da Lei nº 9.317 de 1996; artigo 73 da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho 2001; e artigos 20, XII; 21; 23, I; 24, II; c/c parágrafo único da Instrução Normativa SRF nº 250, de 26 de novembro de 2002, por exercer atividade econômica vedada:

Nome: ARTSPORT CENTER S/C LTDA ME
CNPJ: 49.084.452/0001-98 Data da opção pelo Simples: 01/01/1997
Situação excludente (evento 306):
- Descrição: atividade econômica vedada: 9261-4/04 Ensino de esportes
- Data da ocorrência: 07/08/1999
- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII; art.12; art.14, I; art.15, II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001: art.73. Instrução Normativa SRF nº 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 nº 479.624 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 inuvidosa 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 n.º 479.624, de 07 de agosto de 2003.

Dispositivo

Considerando-se, portanto, os fatos e provas apresentados aos autos, alinhados aos entendimentos desse Conselho, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pela contribuinte, declarando-se nulo o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO n.º 479.624, 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

Fl. 7 do Acórdão n.º 1002-001.438 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 16151.000243/2006-58