



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10070.001085/2006-77
Recurso nº 143.559 Voluntário
Acórdão nº **1802-000.878 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 24 de maio de 2011
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO RETROATIVA
Recorrente ESPAÇO AQUÁTIVO DO FLAMENGO ATIVIDADES FÍSICAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA COMPATÍVEL.

É cabível a inclusão de pessoa jurídica, retroativamente, no SIMPLES, a partir do ano da Alteração Contratual cujo objeto social e receita receita bruta auferida da atividade econômica, devidamente comprovados nos autos, passaram a ser compatíveis com o regime de tributação do SIMPLES.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), André Almeida Blanco, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Marcelo de Assis Guerra e Marco Antonio Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 91/96 interposto contra decisão da 4ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I (fls. 82/88) que indeferiu a solicitação de inclusão retroativa no SIMPLES.

A decisão recorrida tem a seguinte ementa (fl. 82):

(...)

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

Ano-calendário: 2006

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. FILIAÇÃO AO SINDELIVRE. QUESTÃO ULTRAPASSADA.

ATIVIDADES DE FISIOTERAPIA. NUTRIÇÃO E MEDICINA ESPORTIVA. VEDAÇÃO.

A administração tributária, ao ultrapassar a questão da ausência do trânsito em julgado dos efeitos da sentença prolatada, cujo objetivo é a adesão pelos filiados do Sindelivre à sistemática simplificada, restringe a lide apenas à análise da atividade econômica descrita pelo interessado como seu objeto social.

As atividades objeto do indeferimento (fisioterapia, nutrição e medicina esportiva), se não forem contrapostas pela interessada com a apresentação de documentação probante que denote que a mesma apenas exerce atividades permitidas para aderir ao regime simplificado, faz cair por terra sua pretensão de enquadramento no Simples.

Solicitação Indeferida

(...)

Quanto aos fatos, e razões da manifestação de inconformidade, transcrevo o relatório da decisão recorrida que apresenta, em síntese, os aspectos principais da lide (fl. 84), *in verbis*:

(...)

Trata-se de pedido de enquadramento na sistemática do Simples apresentado pela interessada (fls. 01/06), este indeferido pela Autoridade Tributária (fls. 48), pelo fato de exercer atividade de fisioterapia, nutrição e medicina esportiva, então vedadas pela Lei nº 9.317/1996.

Devidamente cientificada (fls. 52, verso), em 25/09/2007, apresentou a interessada manifestação de inconformidade em 19/10/2007 (fls. 53/58), aduzindo que a medida judicial deferida

foi no sentido de permitir que todos os filiados ao Sindelivre aderissem ao Simples sem restrições.

(...).

Não obstante, a decisão *a quo*, como já dito acima, denegou a solicitação de inclusão retroativa no SIMPLES, com base no voto condutor cujos fundamentos (os principais) transcrevo a seguir (fls. 85/88):

(...)

É bem verdade que a questão dos efeitos da decisão judicial sobre a abrangência daqueles filiados ao Sindelivre amparados pelo Mandado de Segurança Coletivo não está em discussão. Isto, pelo que se depreende dos autos, foi ultrapassado já na DERAT/RJO.

O que faz parte da lide, em que pese a contestação da interessada, é o tipo atividade que, entendeu a autoridade tributária estar vedada pela lei. Mesmo assim, interessada alega que o deferimento ao Simples na esfera judicial foi concedido sem restrições à atividade praticada.

(...)

Contudo, deve-se ter em mente que o indeferimento da DERAT se fundamentou na descrição do objeto social da interessada constante na sua Alteração Contratual (fls. 09/13):

Constitui objetivo social a exploração comercial de academia de ginástica e cultura física, podendo prestar serviços e comercializar produtos, a saber:

Prestação de Serviços

- Aulas de hidroginástica, natação, judô...

- Atendimentos na área de saúde física tais como fisioterapia, nutrição e medicina esportiva;

- Supervisionar estágios...

- Cursos de teatro e expressão corporal...

Comercializar o varejo de seguintes produtos:

- Cantinas;

- Lojas de conveniências;

- Lojas de materiais e produtos relacionados com a cultura física.

(...), se a interessada não traz à colação documentação comprobatória que só exerce as atividades permitidas pela legislação norteadora do Simples, não se pode permitir que a mesma ingresse no regime do SIMPLES.

No caso, quando no contrato social, (...), conter em seu bojo a descrição de atividades permitidas e vedadas, entendo que cabe ao interessado afastar tal presunção, através da juntada de notas fiscais que demonstre efetivamente que atividades são praticadas em seu estabelecimento. Entretanto, verifiquei que tal providência não foi tomada pela interrada quando apresentou sua manifestação de inconformidade.

(...)

(grifos meus)

Inconformada com esse *decisum*, a recorrente apresentou Recurso Voluntário de fls. 91/96, reproduzindo, em síntese, as mesmas razões que já deduzira na primeira instância. Ou seja:

- que é filiada ao SINDELIVRE — Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro, o qual – em sede de Ação de Mandado de Segurança Coletivo –, como substituto processual, obteve decisão transitada em julgado, garantindo – aos seus filiados - opção ao regime de tributação - SIMPLES, sem restrições;

- que a inclusão deve ser retroativa a Janeiro/2006, pois foi nesse mês o seu primeiro pedido, embasado no *mandamus* impetrado por seu Sindicato em 12/04/1999;

- que a decisão final é aplicável a todos os cursos livres, que preencherem a única condição exigida: ser o prestador do serviço filiado ao Sindelivre/Rio;

Ainda, a recorrente juntou cópia da 2ª Alteração Contratual de 04 de dezembro de 2007 (fls. 105/109); juntou cópias de notas fiscais dos serviços prestados pelo seu estabelecimento quanto ao ano-calendário 2007 (fls. 112/396); não juntou cópias de notas fiscais do ano-calendário 2006.

Por fim, a contribuinte pediu provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos. Portanto, dele conheço.

A recorrente desde 04/07/2006, quando protocolizou solicitação de revisão da decisão que denegara a opção pelo SIMPLES, vem travando batalha jurídica, nos presentes autos, para que seja reconhecida, retroativamente, a partir de 01/01/2006, sua opção por esse regime de tributação favorecido.

As decisões anteriores, inclusive a decisão recorrida, não reconheceram a opção do SIMPLES, pelo fato da recorrente, em seu Instrumento de Contrato Social, ter como objeto social não somente a atividade de aulas de hidroginástica, natação, judô, musculação, capoeira, teatro, expressão corporal, mas também as atividades de prestação de serviços (atendimentos) na área de saúde física, como fisioterapia, nutrição e medicina esportiva, atividades essas próprias de profissão regulamentada.

Nesse sentido, transcrevo o inteiro teor da Cláusula Segunda, atinente ao objeto social da recorrente, constante da 1ª Alteração Contratual de 19 de dezembro de 2003, vigente até 03 de dezembro de 2007 (fl. 10), *in verbis*:

CLÁUSULA SEGUNDA - OBJETIVO SOCIAL

Constitui objetivo social a exploração comercial de academia de ginástica e cultura física, podendo prestar serviços e comercializar produtos, a saber:

Prestação de Serviços

- Aulas de hidroginástica, natação, judô, musculação, capoeira e demais inerentes à cultura física;

- Atendimentos na área de saúde física tais como fisioterapia, nutrição e medicina esportiva;

- Supervisionar estágios e promover cursos para estudante e profissionais na área de saúde, e

- Cursos de teatro e expressão corporal.

Comercializar o varejo de seguintes produtos:

- Cantinas;

- Lojas de conveniências;

- Lojas de materiais e produtos relacionados com a cultura física.

(grifo meu)

A recorrente, em todas as manifestações nos autos até então, sempre esquivou-se de enfrentar ou de refutar com elementos de prova o exercício dessas atividades de profissão regulamentada (fisioterapia, nutrição e medicina esportiva) vedadas de opção no SIMPLES.

Na verdade, de forma insistente, a recorrente, diversamente, pautou sempre e meramente sua irresignação na alegação de que tem direito de opção no SIMPLES (de estar inclusa nesse regime de tributação simplificado) pela razão óbvia de pertencer, de estar filiada, ao Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro-SINDELIVRE, o qual – em sede de Ação de Mandado de Segurança Coletivo –, como substituto processual, conseguira decisão favorável, garantindo – aos seus filiados prestadores de serviços de cursos livres - opção ao regime de tributação - SIMPLES, sem restrições.

A argumentação da contribuinte, contra a decisão recorrida, é totalmente equivocada, na parte que invoca a existência de provimento judicial obtido pelo SINDELIVRE aplicável a todos os seus filiados, inclusive em prol da recorrente independentemente da atividade econômica exercida.

O provimento jurisdicional existente em nome do SINDELIVRE aplica-se a todos os filiados que tem como objeto social a prestação de serviços – cursos livres – cujo exercício de tal atividade econômica envolve e não diz respeito a profissão regulamentada.

Entretanto, a situação da recorrente, antes da última da 2ª Alteração Contratual de 03 de dezembro de 2007, como demonstrado, o seu objeto social extrapolava a mera prestação de serviços de cursos livres, não se adequando ao exercício de atividade econômica de cursos livres, pois – no seu objeto social – figuravam, também, as atividades de prestação de serviços de profissão regulamentada: nutrição, fisioterapia e medicina esportiva.

Por isso, as decisões administrativas anteriores, nos presentes autos, passaram ao largo dessa questão do provimento jurisdicional do SINDELIVRE, pois, flagrantemente, a recorrente tendo – como objeto social – atividades incompatíveis com o Simples – de profissão regulamentada – sequer poderia ser tratada ou cogitada como prestadora de serviços de cursos livres.

Por conseguinte, ainda que houvesse decisão judicial em favor da referida entidade sindical beneficiando os seus filiados prestadores de serviços de cursos livres, não é verdadeiro que não haveria restrição alguma de exercício de ramo de atividade para enquadramento da recorrente no SIMPLES, pois a Lei nº 9.317/96 estatui vedação de opção ao SIMPLES às pessoas jurídicas que prestam atividades de profissão regulamentada.

A decisão judicial beneficiou os filiados que possuem, como objeto social, prestação de serviços de cursos livres e que exercitam efetivamente essa atividade.

Esse entendimento restritivo consta da fundamentação do voto condutor do Acórdão nos autos do Agravo de Instrumento – processo nº 2005.02.01.013399-3 do TRF/2ª Região, de 23/05/2006 (recurso manejado pelo SINDELIVRE na defesa dos seus filiados), *in verbis* (fl. 45):

"Ora, não podem os filiados do impetrante e ora apelado ser conceituados como sociedade civil de prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, porquanto não atendem às condições legais, além de prestar

seus serviços em nome próprio, de maneira generalizada, sem qualquer característica pessoal do trabalho do profissional. Na hipótese, cuida-se, na verdade, de pessoas jurídicas que atuam como empresas, e seus sócios, não necessariamente, são profissionais do magistério".

Ora, diversamente do que seria comum ou próprio para os filiados do SINDELIVRE (prestação de serviços de cursos livres), o objeto social da recorrente, até então, não se coadunava com a atividade de cursos livres, conforme cópia do Instrumento de Contrato Social de fls. 09/13, pois consignava, de forma expressa, prestação de serviços (atendimentos) na área de saúde física, como fisioterapia, nutrição e medicina esportiva, atividades essas próprias de profissionais de atividade regulamentada (atividades vedadas de opção no SIMPLES pelo inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96).

Por conseguinte, o fato da recorrente estar filiada ao SINDELIVRE, por si só, não permite sua opção ao SIMPLES; necessário, também, o exercício de atividade econômica compatível com o SIMPLES – cursos livres.

Se no objeto social da recorrente havia, simultaneamente, atividades compatíveis e outras vedadas de opção no SIMPLES, a recorrente jamais conseguiu, até então, desincumbir-se do ônus de comprovar que não exercia ou que nunca exerceu as atividades incompatíveis com o SIMPLES, embora constantes de seu objeto social.

A propósito, consta do voto condutor da decisão recorrida que a contribuinte, tendo no seu objeto social atividades passíveis de opção no SIMPLES e atividades vedadas de opção, deveria ter comprovado, nos autos, que não exerceu essas atividades incompatíveis com o sistema SIMPLES (fl. 88), *in verbis*:

(...), se a interessada não traz à colação documentação comprobatória que só exerce as atividades permitidas pela legislação norteadora do Simples, não se pode permitir que a mesma ingresse no regime do SIMPLES.

No caso, quando no contrato social, (...), conter em seu bojo a descrição de atividades permitidas e vedadas, entendo que cabe ao interessado afastar tal presunção, através da juntada de notas fiscais que demonstre efetivamente que atividades são praticadas em seu estabelecimento. Entretanto, verifiquei que tal providência não foi tomada pela interrada quando apresentou sua manifestação de inconformidade.

(...)

Por sua vez, nesta instância de julgamento, finalmente, para remover esse óbice das atividades incompatíveis de opção no SIMPLES, a recorrente juntou cópia do Instrumento da 2ª Alteração Contratual, de 04 de dezembro de 2007, cujo objeto social já está expurgado das atividades vedadas de opção pelo regime de tributação favorecido (fls. 105/109), *in verbis*:

I - ALTERAÇÃO DO OBJETIVO SOCIAL

Resolvem alterar o objetivo social, passando a exercer as seguintes atividades sociais:

- *Academia de Ginástica e Cultura Física;*
- *Cursos de Teatro e Expressão Corporal;*
- *Comércio varejista de materiais e produtos relacionados à cultura física;*
- *Comércio varejista de conveniências;*
- *Cantina.*

(....)

CLÁUSULA SEGUNDA - OBJETIVO SOCIAL

Constitui objetivo social a prestação de serviços de academia de ginástica e cultura física, cursos de teatro e expressão corporal; o comércio varejista de materiais e produtos relacionados à cultura física, de conveniências e a exploração de cantina.

Ainda, a recorrente juntou cópias de notas fiscais dos serviços prestados pelo seu estabelecimento quanto ao ano-calendário 2007 (fls. 112/396), de acordo com o objeto social da 2ª Alteração Contratual (receitas auferidas exclusivamente de atividade econômica compatível com o SIMPLES no ano-calendário 2007).

Por outro lado, a recorrente deixou de comprovar, nos autos, mais uma vez, que não exerceu atividade incompatível com o SIMPLES no ano-calendário 2006, pois não juntou cópia das notas fiscais desse ano quanto às receitas auferidas. Nesse ano – conforme já demonstrado anteriormente - havia atividades vedadas de opção no SIMPLES no seu objeto social, conforme Instrumento da Primeira Alteração Contratual (fls. 9/13 e 70/73).

Portanto, para o ano-calendário 1997, a recorrente comprovou, nos autos, que seu objeto social, sua atividade econômica e as receitas auferidas são compatíveis com o SIMPLES.

Por tudo que foi exposto, voto para DAR provimento PARCIAL ao recurso, para deferir a inclusão retroativa da recorrente no SIMPLES a partir de 01/01/2007.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel