



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10166.001828/2005-69
Recurso nº : 133.546
Acórdão nº : 303-33.110
Sessão de : 27 de abril de 2006
Recorrente : CENTRO DE ESPORTES D'STAK LTDA.
Recorrida : DRJ/BRASÍLIA/DF

SIMPLES. OPÇÃO. EXCLUSÃO. ACADEMIA DE GINÁSTICA. A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com a vedação disposta no inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

ALCANCE DA VEDAÇÃO. A vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, não alcança microempresas e empresas de pequeno porte constituídas para a exploração de atividade econômica caracterizada pela prestação de serviços e circulação de bens, que envolvam profissionais diversos, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente



MILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em: 09 MAR 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nanci Gama, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Sergio de Castro Neves.

Processo nº : 10166.001828/2005-69
Acórdão nº : 303-33.110

RELATÓRIO

Tem por objeto o presente processo, exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

O Ato Declaratório Executivo DRF/BSA nº. 496.417, de 02 de agosto de 2004 (fls. 18), declarou a empresa excluída do SIMPLES, em virtude do exercício de “atividade econômica vedada: 9261-4/04 Ensino de esportes”, diante do qual a empresa apresentou SRS, que restou julgada improcedente.

Inconformado com o resultado da SRS, o contribuinte apresenta tempestiva impugnação, alegando, em suma, que:

(I) entende que não deve ser excluída do Simples visto que desenvolve outros tipos de atividades, juntamente com a de academia de esportes, o que autoriza sua manutenção nesse regime de pagamento do tributo;

(II) além de exercer outras atividades que excluem a incidência do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, a recorrente desempenha atividade que autoriza a sua inclusão no Simples, nos termos do art. 1º da Lei nº. 10.034/2000;

(III) ainda que houvesse a exclusão, ela não poderia produzir efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nos termos do art. 15, II, da Lei 9.317/96, com a redação dada pela Medida Provisória nº. 2.158-35/01;

(IV) quando opta pelo Simples, fica o contribuinte submetido a esse sistema a partir do ano-calendário subsequente, nos termos do art. 8º, § 2º da Lei 9.317/96, não se submetendo, consequentemente a legislação tributária aplicada aos outros contribuintes;

(V) não é nada razoável admitir que seja o contribuinte penalizado pela aplicação retroativa de lei que importe em majoração de tributo se para o ato de sua inclusão em regime mais favorável a administração tributária manifestou-se de forma expressa (Lei 9317/96, art. 8º, §6º).

Para corroborar seu entendimento, menciona o Acórdão 303-31472 (Rec. 127.818, Rel. João Holanda Costa) e acórdãos do TRF da 1ª Região.

Diante o exposto, requer seja mantida no Simples ou, alternativamente, caso mantida a decisão, que seus efeitos só sejam produzidos a partir do mês subsequente ao da publicação do Ato Declaratório de exclusão.

Anexos documentos às fls. 06/20.

Encaminhados os autos a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília-DF, o pleito do contribuinte foi indeferido, conforme a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

Ementa: Exclusão do Simples – Atividade Econômica Não Permitida

A pessoa jurídica que presta serviço profissional de professor, ou assemelhado, não pode optar pelo Simples.

Efeitos da Exclusão

A pessoa jurídica enquadrada nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20 da IN SRF 250/2002, que tenha optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

Solicitação Indeferida”.

Irresignado com a decisão, o contribuinte apresenta tempestivo Recurso Voluntário (fls. 62/67), reiterando os argumentos e fundamentos apresentados em sua impugnação e, ainda, alega em suma, que:

(i) a decisão recorrida viola os artigos 99 e 108, § 1º, do CTN, porque amplia com base na analogia, o rol de exclusões previstas no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96;

(ii) no direito tributário, as normas que restringem direitos do contribuinte devem ser interpretadas estritamente, sob pena de se transferir do legislador para o aplicador da norma o poder de criar gravames e limitações que só a lei pode instituir;

(iii) a exclusão do contribuinte só seria lícita se constasse da lei que o impedimento seria estendido às pessoas jurídicas que prestassem serviços profissionais, ainda que em conjunto com outras atividades não vedadas;

Processo nº : 10166.001828/2005-69
Acórdão nº : 303-33.110

(iv) ainda que houvesse a exclusão ela não produziria efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nos termos do art. 15, II da Lei nº. 9.317/96, com redação dada pela Medida Provisória nº. 2.158-35/2001.

Diante o exposto, requer seja mantida no Simples ou, caso seja mantida a exclusão, que os efeitos dela decorrentes só sejam produzidos a partir do mês subsequente ao da publicação do Ato Declaratório de exclusão.

Para corroborar seus argumentos, anexa decisões do STJ e do STF.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº. 314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 85, última.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

O cerne da questão encontra-se na exclusão de contribuinte que tendo optado pelo Simples, exerça atividade impeditiva, prevista no artigo 9º, inciso XIII da Lei nº. 9.317/96.

A exclusão se deu por meio de Ato Declaratório, emitido pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP e trouxe como motivo atividade impeditiva para a opção, diante disso, cumpre-nos analisar o objeto social da Recorrente.

Com efeito, o objeto social da Recorrente, à época da exclusão, conforme consta da Alteração do Contrato Social, juntada às fls. 06/08, era o de “ministração de aulas de natação, ginástica e outros esportes, assessoria e execução de programas desporto-recreativo, fabricação de roupas, venda de material esportivo, artigos do ramo e lanchonete”.

Isto posto, importa analisar se a atividade exercida pelo contribuinte encontrava-se prescrita dentre às vedadas à opção, como disposto no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317/96, que veda opção à pessoa jurídica que:

“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;” *(grifos acrescentados ao original)*

De plano, é de se reconhecer que a norma relaciona diversas profissões cujas características intrínsecas da prestação de serviço implicam no caráter pessoal da atividade.

Não obstante, cumpre consignar que a legislação atinente ao SIMPLES, até pelos motivos que deram ensejo à instituição do sistema, tem como

objetivo a inclusão de empresas que se enquadrem em seus requisitos, sendo a exclusão de contribuintes um evento que decorre do não cumprimento das exigências necessárias à opção pelo referido sistema.

As vedações ao ingresso e permanência no sistema estão intimamente relacionadas com as atividades exercidas pelo contribuinte, ressaltando-se que o rol de atividades colacionado na norma não é exaustivo, devendo incluir-se entre as vedações aquelas atividades que se assemelham às constantes do rol, além das profissões cujo exercício dependa de habilitação profissional.

Todavia, a interpretação da norma que previu a condição excludente não pode andar sem que se estabeleçam limites, ou não restariam contribuintes que pudessem optar pelo referido sistema.

É de se reconhecer que, ainda admitamos que a interpretação das normas do SIMPLES seja restritiva em relação à possibilidade de opção e extensiva em relação às atividades elencadas nas exclusões, não vejo, neste caso, como as disposições do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº. 9.317/96, possam ser aplicadas.

Isto porque, *in casu*, não se trata, efetivamente, de atividade assemelhada à de professor, como pretende a decisão monocrática, eis que notório que uma academia de ginástica envolve um número diverso de atividades destinadas à prestação de serviços e circulação de bens, tais como as constantes do antigo objeto social da recorrente (vigente à época da exclusão), quais sejam: “ministração de aulas de natação, ginástica e outros esportes, assessoria e execução de programas desporto-recreativo, fabricação de roupas, venda de material esportivo, artigos do ramo e lanchonete”.

Tenho para mim que o limite do termo “assemelhados” do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317/96, encontra seu limite no conteúdo valorativo da atividade, ou seja, não se pode tomar uma parte para designar o todo.

De outro lado, vedar sua opção ao Simples, nos termos do dispositivo em questão, é outorgar à lei ordinária poder hierárquico superior à Constituição Federal, posto que tal interpretação vem de encontro ao disposto no artigo 150, inciso II¹, e 179² da Carta Magna.

¹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

² Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Processo nº : 10166.001828/2005-69
Acórdão nº : 303-33.110

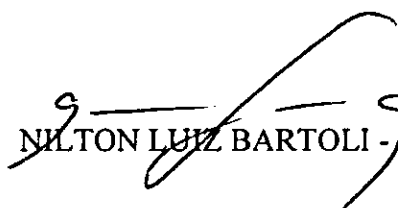
Com efeito, referidos dispositivos constitucionais prescrevem tratamento diferenciado, tanto para as microempresas, quanto para as empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, restando vedada, pelo texto constitucional, qualquer possibilidade de instituição de desigualdade entre contribuintes de situação equivalente.

Concluo, pois, que a vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, não alcança as microempresas e as empresas de pequeno porte, assim constituídas para exploração de atividade econômica com o fim de circulação de bens e prestação de serviços, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

Por fim, é de se dizer que a vedação se aplica nos casos de prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva e levada a efeito diretamente pelo profissional elencado no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº. 9.317/96, e seus assemelhados, aí caracterizada a personalidade e habilidade profissional na prestação do serviço.

Diante do exposto, uma vez que entendo que a atividade desenvolvida pela recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como impeditiva de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, o que se comprova por seu Contrato Social juntado às fls. 06/08, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2006.


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator