



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

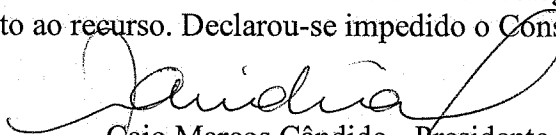
Processo nº 11805.001107/2005-86
Recurso nº 339.605 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-000.893 – 1ª Turma
Sessão de 23 de fevereiro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ACADEMIA DYNAMIC FITNESS CENTER LTDA.

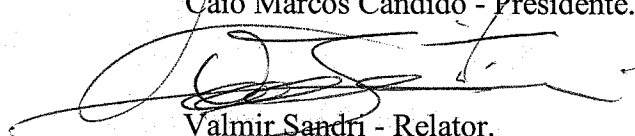
Ementa: SIMPLES - EXCLUSÃO

As atividades relativas à academia de desportos ou de ginástica eram vedadas ao exercício da opção, tendo em vista que desenvolvem atividades assemelhadas às de fisicultor, que dependem de habilitação profissional legalmente exigida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Declarou-se impedido o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho.


Caio Marcos Cândido - Presidente.


Valmir Sandri - Relator.

Editado em: 05 MAI 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Marcos Cândido, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Leonardo de Andrade Couto, Karen Jureidini Dias, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Insigne Procurador da Fazenda Nacional, contra a decisão da Terceira Turma Especial do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes, consubstanciada no Acórdão nº 393-00.052, que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso e cancelou a exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, conforme ementa a seguir:

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. CONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa não é competente para apreciar arguição de inconstitucionalidade de lei formal vigente. As leis nascem com a presunção de constitucionalidade que somente pode ser enfrentada em foro próprio na esfera judicial.

Simples. Não Exclusão. Academia desportiva. LC 123/06. Aplicação retroativa benéfica. Impedimento cessado.

É legítima a permanência no Simples de pessoa jurídica que se dedique à atividade de academia desportiva.

A Lei Complementar nº 123/06 comporta aplicação retroativa benéfica.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

O recurso especial foi interposto com fulcro no atual art. 67, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF N.º 256, de 22 de junho de 2009.

Alega a douta PFN que a decisão, mesmo reconhecendo a vedação legal da Lei nº 9.317/96, em vigor à época da exclusão, aplicou RETROATIVAMENTE a Lei Complementar nº 123/2006.

Situa a querela jurídica na compreensão da eficácia de lei (sentido genérico) no tempo que "beneficia" a microempresa permitindo-lhe a adesão ao sistema.

Identifica divergência jurídica entre a decisão recorrida e outros acórdãos que trataram da aplicação do art. 106, do CTN. Traz como paradigma o Acórdão nº 301- 30.618, cuja ementa é a seguinte:

"SIMPLES. OPÇÃO. VEDAÇÃO. VENDA DE BENS IMPORTADOS. EFEITOS DA LEI NOVA. VALIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. A revogação do dispositivo legal que impedia a opção pelo Simples pelas pessoas jurídicas cuja receita decorrente da venda de bens importados seja superior a 50% de sua receita bruta total tem o efeito de permitir a opção e submetê-las a esse Sistema a partir do ano calendário seguinte, mas não o de invalidar exclusões anteriormente efetuadas em conformidade com a legislação vigente na data em que foi baixado o Ato Declaratório de Exclusão.

NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA".

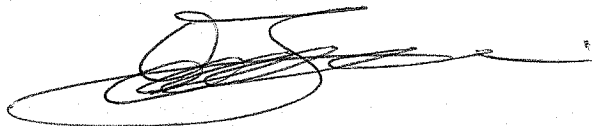
Processo nº 11805.001107/2005-86
Acórdão n.º 9101-000.893

CSRF-T1
Fl. 2

107

A presidência da Primeira Câmara da Primeira Seção do CARF deu seguimento ao recurso por atendidos os requisitos legais.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

O recurso atende os requisitos legais para seu seguimento, devendo ser conhecido.

Conforme se depreende dos autos, a sociedade foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), mediante Ato Declaratório 474.030, de 07 de agosto de 2003, com efeitos a partir de 01/01/2002, em razão de praticar atividade econômica impeditiva da opção, conforme previsto no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, que dispõe:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

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;

O art. 1º da Lei 10.034, de 24/10/2000, excetuou da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

O art. 24 da Lei nº 10.684, de 30.05.2003, alterou a redação do art. 1º da Lei nº 10.034/2000, incluindo nas exceções as atividades de centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga, agências lotéricas e agências terceirizadas de correios.

Sobre a exclusão do sistema, previu a Lei nº 9.317/96:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

Quanto aos efeitos da exclusão, o art. 15 da Lei nº 9.317/96, na data em que se deu a exclusão (07/08/2003), vigorava com a redação dada pelo art. 73 da MP 2.158-35/2001, *verbis*:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III e a XIX do art. 9º.

A Lei nº 9.317/96 foi revogada pela Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional. Referida Lei Complementar, no seu art. 17, relacionou as empresas que não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional.

Em sua redação original (anterior à Lei Complementar 128/2008), o § 1ª do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 previa:

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

(...)

XVI - escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais;

(...)

XX - academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;

XXI - academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;

O § 2º do art. 17 da Lei Complementar 123/2006, estabelece:

§2º Também poderá optar pelo Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa neste artigo, desde que não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação previstas nesta Lei Complementar.

A linha de argumentação desenvolvida pelo acórdão recorrido para dar provimento ao recurso do contribuinte foi, em síntese, a seguinte:

- A Lei Complementar nº 123/06, estabeleceu que as academias de atividades físicas ou desportivas podem optar pelo Simples Nacional, e seu art. 16, § 4º, dispôs que “*Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº. 9.317, de 05 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar*”.
- A Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, dispôs que a opção pelo 'Simples Nacional' das ME (microempresas) e EPP (empresas de pequeno porte) será na forma estabelecida pelo Comitê Gestor, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, para tratar dos aspectos tributários da Lei Geral do Simples.
- O art. 18 da Resolução CGSN Gestor, de 14/12/2006, com a redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007, estabeleceu:

Art. 18-Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996; salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (.)

(...)

§10 Para fins de opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP, inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº. 9.317/96, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva da esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto."

- O artigo 106, do Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172, de 25/10/1966), estipula que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando, em se tratando de ato não definitivamente julgado deixe de defini-lo como infração.
- Dessa forma, há que se reconhecer a aplicação retroativa benéfica do disposto no art. 17, §1º, XXI da LC nº 123/06, para considerar, no presente caso, o direito da recorrente à opção pelo regime tributário simplificado.

Com a devida *vênia*, Entendo equivocada a interpretação adotada pela Turma recorrida. Isto porque, o inciso II do art. 106 do CTN, trata da retroatividade benigna de disposição legal em matéria de infrações, e o dispositivo legal cuja aplicação a decisão fez retroagir não trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação.

O regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar 123/2006 entrou em vigor a partir de 1º de julho de 2007, conforme dispôs seu art. 88, data em que ficou revogada a Lei nº 9.317/96, conforme art. 89.

Não se tratando de hipóteses que se enquadrem no art. 106 do CTN para admitir sua aplicação a fatos pretéritos, a norma do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 não se presta para permitir a manutenção da interessada no SIMPLES antes de 1º de julho de 2007.

Observe-se que o próprio ato do Comitê Gestor, invocado pelo Relator do voto condutor do Acórdão recorrido, estabelece que serão consideradas inscritas no Simples Nacional, **em 1º de julho de 2007**, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário

Processo nº 11805.001107/2005-86
Acórdão n.º 9101-000.893

CSRF-T1

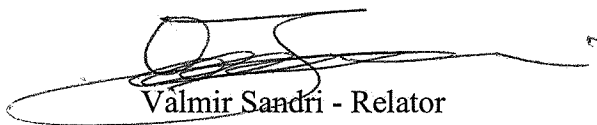
Fl. 4

109

de que trata a Lei nº 9.317/1996. Ou seja, até essa data, legítima a exclusão nos termos do Ato Declaratório.

Tendo em vista as razões expostas, dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, para reformar o acórdão 393-00.052, e confirmar a exclusão da empresa do sistema com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002.

Sala das Sessões, 23 de fevereiro de 2011.



Valmir Sandri - Relator