



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10830.007041/2003-69
Recurso nº 137.833 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.484
Sessão de 7 de julho de 2008
Recorrente CENTRO CONDIC. FÍSICO COM. ART. ESP. ALONG. CENTER
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

Ano-calendário: 2002

ATIVIDADE VEDADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O exercício de atividade consubstanciada em serviços de caráter desportivo ou assemelhados não encontra óbice à opção pela sistemática do SIMPLES, nos moldes da LC 123/2006.


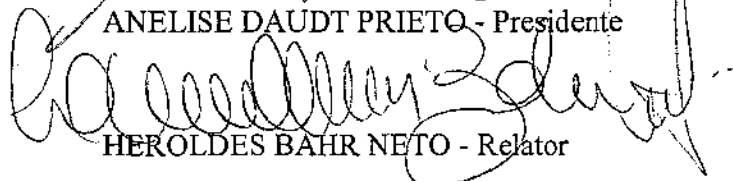
DIREITO INTERTEMPORAL. MUDANÇA NO REGIME DE VEDAÇÕES DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO SIMPLES. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE.

Na vigência da Resolução CGSN nº 04, de 2007, pessoas jurídicas aptas a aderir ao regime instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006 não devem ser afastadas do regime da Lei nº 9.317, de 1996.

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, nos termos do voto do relator. Os Conselheiros Nilton Luiz Bartoli, Vanessa Albuquerque Valente e Nanci Gama votaram pela conclusão.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente

HEROLDES BAHR NETO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata o presente feito de procedimento administrativo fiscal, consubstanciado na exclusão da Empresa Interessada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, mediante Ato Declaratório Executivo nº. 466.764, de 07/08/2003, de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em Campinas, tendo como causa o exercício de atividade econômica, não permitida, com fundamento na Lei nº. 9.317, de 1996, art. 9º, inciso XIII.

Inconformada com a exclusão procedida pela DRF em Campinas (SP), a Interessada apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão de fls. 01/02, sustentando, sem sua defesa os seguintes pontos:

O contribuinte optou pelo Simples em 01.01.1997 sendo que até a presente data sempre se comportou como Microempresa, tanto pela atividade que conforme Ato Constitutivo a mesma tem como finalidade o comércio varejista de roupas e artigos esportivos, com espaço reservado para ginástica, natação, estática, massagens e sauna, não havendo portanto, a obrigatoriedade da empresa ser registrada em qualquer órgão de classe, portanto, não existe nenhum Conselho que a fiscalize, sendo que como estatui o art. 9º da Lei nº. 9.317/1996, a pessoa jurídica não poderá optar pelo Simples que preste serviços profissionais de: médico, dentista, veterinário, etc, ou assemelhados e que qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, o que não é o nosso caso, pois nossa empresa não precisa para exercer as atividades de uma habilitação profissional.

Conforme PJ 2003 em anexo, a mesma foi recebida pela Receita Federal sem nenhuma contestação, como ocorreu com várias empresas, portanto, não aceitamos o fato de sermos desenhadrada retroagindo para janeiro de 2002, que seria arbitrário, uma vez que até o presente momento a Receita Federal não contestou e recebeu nossa declaração jurídica como optante do Simples.;

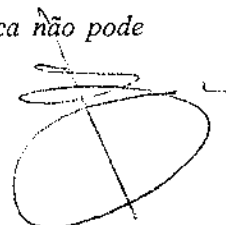
Na decisão de primeira instância, a DRJ em Campinas (SP), por unanimidade de votos, indeferiu o pedido de inclusão no SIMPLES. Cite-se os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido, consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

Assunto: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES.

Ano-calendário: 2002

ACADEMIA DE GINÁSTICA. EDUCAÇÃO FÍSICA. VEDAÇÃO.

Pessoa jurídica cuja atividade seja academia de ginástica não pode optar pelo Simples.

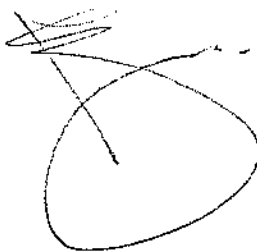


Solicitação Indeferida¹

Irresignada com a decisão nos autos de procedimento administrativo fiscal em cotejo, apresentou a Recorrente, tempestivamente, o presente recurso voluntário (fls. 55/56). Na oportunidade, reiterou as alegações de que, por exercer, durante 07 (sete) anos, atividade consubstanciada no comércio de artigos esportivos e prestação de serviços esportivos e de recreação, não se assemelhando ao exercício da atividade de professor, e, igualmente, não vedada pela legislação aplicável, enquadra-se no Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Melhoria – SIMPLES, razão pela qual requer a permanência na sistemática, por se tratar de direito adquirido.

Em 23/04/2008 foi o processo distribuído a este Conselheiro.

É o breve relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop with a horizontal line above it.

¹ Acórdão DRJ/CPS 05-15.562, de 15 de dezembro de 2006 (fls. 48/51).

Voto

Conselheiro HEROLDES BAHR NETO, Relator

Satisfeitos estão os requisitos viabilizadores da admissibilidade deste recurso, razão pela qual deve ser ele conhecido por tempestivo.

No presente caso, infere-se que a questão central cinge-se ao enquadramento do Contribuinte no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, retroativo ao ano-calendário de 2002.

Conforme o posicionamento da DRJ em Campinas (SP), o exercício de atividade econômica vedada pela Lei nº. 9.317, de 1996, art. 9º, inciso XIII, ensejou a exclusão da empresa recorrente do sistema SIMPLES, com fundamento no Ato Declaratório Executivo nº. 466.764, de 07 de agosto de 2003.

Outrossim, o Ato Administrativo Declaratório da Exclusão explicitou que a Interessada, ora Recorrente, não pode ser enquadrado como optante do SIMPLES por exercer atividade de manutenção do físico corporal, consoante vedação prevista no mencionado art. 9º. Em primeira instância administrativa, a autoridade julgadora, por sua vez, reiterou o ato declaratório, mantendo a vedação de opção pelo Simples à recorrente.

In casu, em análise à legislação tributária aplicável à matéria em comento, insta reconhecer que a re-inclusão do contribuinte excluído ao Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Melhoria – SIMPLES, não encontra vedação legal, ao contrário do entendimento dos Ilustres Julgadores *a quo*.

Com efeito, não se trata, no presente caso, de buscar motivos que possam fazer invalidar o Ato Declaratório expedido pela autoridade administrativa, mas, de adequar a situação ao que prevê a lei.

Nessa esteira, dispõe o art. 17, XVI, da Lei Complementar 123/06, que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que tenha por finalidade a prestação de serviços de atividade física ou a eles assemelhados, não estão incluídos nas vedações legais, na forma do SIMPLES, *in verbis*:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

§ 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:



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

Destarte, sendo a atividade declarada e efetivamente exercida não vedada ao SIMPLES, nem havendo outros impedimentos legais, não há respaldo legal a impedir a opção de enquadramento no aludido Sistema.

Partindo desta premissa, a alteração do Regime de Vedações promovido pela Lei Complementar 123/2006, por força do art. 18 da Resolução CGSN n° 04, de 30 de maio de 2007, passou a ser considerado quando da aplicação da Lei n° 9.317, de 1996 a processos pendentes de julgamento. Veja-se:

“Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei n° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução.

§ 1º Para fins da 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 n° 9.317, de 1996, 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 na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto. (Grifo)

Pois bem, aludida norma, definiu como regularmente optante a pessoa jurídica que, anteriormente excluída do regime da Lei n° 9.317/1996, passou a ser recepcionada pela Lei Complementar n° 123/2006, como não impedida de optar pelo sistema SIMPLES, desde que a exclusão não se encontrasse definitivamente julgada na esfera administrativa ou judicial.

Acresça-se que a atividade da Recorrente foi expressamente incluída dentre aquelas em que é possível aderir à nova sistemática. Nesse sentido é o que dispõe o art. 12 da mesma Resolução CGSN n° 04:

“Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

(...)

§ 3º As vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput 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:

(...)

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

Impende registrar, ainda, que o artigo 88 da Lei Complementar n°. 123/2006 estabelece claramente que aludido diploma legal entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2007, todavia, subseqüentemente, dispõe o artigo 89 que a Lei n°. 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e Lei n°. 9.841, de 5 de outubro de 1999, estarão revogadas a partir da vigência da Lei

Complementar em cotejo, ou seja, em 1º de julho de 2007. Portanto, estamos diante de uma norma de eficácia contida, e assim sendo, sua aplicação só se dará em sua plenitude quando as condições impeditivas forem resolvidas pela perda de sua eficácia, que ocorrerá com a desconstituição das referidas normas, Leis 9317/1996 e 9841/1999.

Outrossim, analisando-se o texto legal, evidente que, embora a LC 123/2006 autorize empresas que exerçam atividades pertinentes a academias desportivas a optarem pelo regime do Simples, estas fatalmente irão esbarrar nos impedimentos legais contidos na Lei 9317/1996.

Nesse contexto, prevê o artigo 146, III, alínea “d” da Constituição Federal, que cabe à lei complementar, estabelecer normas gerais em matéria tributária, notadamente sobre:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)


III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d - definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no artigo 155, II (ICMS), das contribuições previstas no artigo 195, I (INSS) e Parágrafos 12º e 13º (Cofins, Pis) e artigo 239.”

Do mesmo modo, a Constituição Federal estabelece no comando legal emanado do artigo 179 que 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.

Lei Complementar no 123/2006 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte veio, portanto, a consolidar as disciplinas jurídicas anteriormente consagradas nas Leis 9317/96 e 9841/99.

Porquanto, forçoso reconhecer que a partir de 01 de julho de 2007 passaram a ser integralmente revogadas as legislações até então vigentes, que disciplinam o a sistemática do Simples, atinente às Leis supramencionadas 9317/1996 e 9841/1999, incluindo-se demais leis estaduais e municipais pertinentes à temática.



Feitas essas considerações e, tendo em vista que o recorrente não desempenha a atividade ensejadora de sua exclusão do SIMPLES, tampouco, desempenha qualquer atividade vedada pela LC no 123/06, não há como subsistir a exclusão efetuada.

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de tornar sem efeito o Ato Declaratório de Exclusão nº. 466.764/2004, para reenquadrar o contribuinte-recorrente no Sistema de Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições de Melhoria – SIMPLES, nos moldes lançados supra.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2008


HEROLDES BAHR NETO - Relator