



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

---

<b>Processo n°</b>	10930.005325/2003-92
<b>Recurso n°</b>	132.461 Voluntário
<b>Matéria</b>	SIMPLES - EXCLUSÃO
<b>Acórdão n°</b>	302-38.141
<b>Sessão de</b>	19 de outubro de 2006
<b>Recorrente</b>	FIT LINE ACADEMIA DE GINÁSTICA LTDA. - ME
<b>Recorrida</b>	DRJ-CURITIBA/PR

---

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

Exercício: 2003

Ementa: SIMPLES - EXCLUSÃO

A propositura de ação judicial implica a renúncia à via administrativa, quando ambos os procedimentos versam sobre o mesmo objeto.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, nos termos do voto do relator.

  
JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente

  
PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chiergatto, Corinθο Oliveira Machado, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Mércia Helena Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Luis Antonio Flora. Ausente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

φ

## Relatório

Trata o processo da exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, mediante o Ato Declaratório DRF/LON n.º 441.160, de 7 de agosto de 2003, fls. 30, de acordo com o disposto nos arts. 9º XIII, 12, 14, I, 15, II, da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996; art. 73 da Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27 de julho de 2001 e arts. 20, XII, 21, 23, I, 24, II c/c parágrafo único da Instrução Normativa SRF n.º 250, de 26 de novembro de 2002, devido ao exercício da atividade de CNAE Fiscal 93.04-01/00 – Atividades de manutenção do físico corporal.

Transcrevo os termos do Relatório do Acórdão 7314 da 2ª Turma da DRJ/CURITIBA (fls. 47/52) que julgou esse dissídio, mantendo o Ato Declaratório de Exclusão.

“A interessada apresentou a Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS de fls. 15, 17/18 e 20/29, analisada e indeferida pela Seção de Controle e Acompanhamento Tributário – DRF/LON/Sacat, porque a atividade de “*serviços de orientação técnica de ginástica e aparelhos de musculação*” da academia de ginástica abrange serviços profissionais incluídos na vedação do art. 9º, XIII da Lei n.º 9.317, de 1996, tais como de professor, fisicultor ou assemelhados e outras profissões cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida.

Cientificada em 21/10/2003, fl. 45, a interessada, tempestivamente, em 04/11/2003, interpôs a manifestação de inconformidade de fls. 1/13, por meio de seu representante legal, fl. 19.

Argumenta que a exclusão sumária que sofreu lesa o princípio do contraditório e da ampla defesa inscritos no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF, de 1988, uma vez que enseja as consequências da exclusão, sem que lhe seja oportunizada a defesa, permitida somente *a posteriori*.

Assevera que a atividade exercida não é fator de impedimento ao Simples, tanto que a SRF a admitiu na sistemática, quando da opção.

Afirma que não pode prosperar a tentativa da SRF de incluí-la no rol das atividades do art. 9º, XIII da Lei n.º 9.317, de 1996, uma vez que não exerce a atividade de fisicultor ou assemelhados, ou qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, pois subloca seus espaços e aparelhos para que seus clientes possam desenvolver atividades físicas, bem como há prestação de serviços de ginástica por instrutores; não existe na empresa qualquer prestação de serviços que configure alto grau de especialização obtido por meio de ensino de nível superior ou técnico, prescrito na legislação do Simples citada.

Diz que todo cidadão formado em Educação Física sai com licenciatura voltada ao magistério na área, e o bacharelado em Ciência do Esporte sai habilitado à pesquisa no campo desportivo, ou para atuar como técnico de equipes esportivas, além de que, para ser técnico não há exigência de diploma universitário, haja vista a quantidade existente destes no

J

futebol, sem qualquer grau de especialização; assim, conclui, também para ser instrutor em academia, desnecessária a especialização.

Aduz que a atividade e os serviços que presta sequer estão elencados nos arts. 647, 649 e 651, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR, de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), que tratam das atividades de prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional.

Analisa o termo “*fisiculturismo*”, atividade exercida por profissional que cuida da massa muscular mediante exercícios e dieta alimentar especial, para afirmar que não exerce essa atividade complexa e invoca o axioma do Direito Tributário: “*onde a lei não distingue, não é lícito ao intérprete fazê-lo*”, criando restrições onde elas não existem, e argumenta que é este o caso da sua exclusão.

Argumenta que é micro empresa, em função do seu faturamento e apta à opção pelo Simples e requer a reforma da decisão que indeferiu a SRS.”

Em sua decisão, a DRJ não acata a arguição de exclusão sumária do sistema, incorrendo cerceamento do direito de defesa, pois a exclusão só se aperfeiçoará após o trânsito em julgado do feito.

Quanto ao mérito, reproduzo a argumentação do Acórdão.

“Em 07/08/2003, foi emitido o ADE de exclusão da empresa devido ao exercício de atividade vedada pelo art. 9º, XIII da Lei nº 9.317, de 1996.

A empresa foi constituída em 14/12/1999, fls. 35/37, com o objeto social de “*Serviços de orientação técnica de ginástica e aparelhos de musculação.*” (registro na Junta Comercial do Paraná – Jucepar em 14/12/1999), e que não foi modificado nas alterações contratuais seguintes, fls. 35/42.

E a Lei nº 9.696, de 1º de setembro de 1998, regulamentou a profissão de educação física e estabeleceu a competência do profissional de educação física nos termos do artigo 3º, que se transcreve, nos seguintes termos:

*“Art. 3º Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.”*  
(Grifou-se.)

Concluindo, entre as atividades da impugnante, seja ela de orientação técnica de ginástica ou de musculação, a competência para atuar é do profissional de educação física, profissão regulamentada pela Lei nº 9.696, de 1998 (art. 3º).

De se destacar que contribuinte com o mesmo ramo de atividades que a impugnante já apresentou a consulta à Secretaria da Receita Federal para esclarecer se poderia, ou não, optar pelo Simples, que se transcreve a seguir:

4

*"Sol. Consulta n.º 310, de 2002, DOU 26/02/2003, SRRF/7ª RF:*

*Ementa: SIMPLES - OPÇÃO. SERVIÇOS DE HIDROTERAPIA*

*As pessoas jurídicas que realizem atividades relacionadas com esportes, ginástica, hidroterapia e atividades de manutenção do físico corporal não podem optar pelo Simples.*

*Dispositivos Legais: Lei n.º 9317, de 1996 (Simples), art. 9º, inciso XIII." (Grifou-se)*

A ainda pode-se citar, dentre outras, a Solução de Consulta da Disit da SRRF 8ª R n.º 27 de 18/02/2003:

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

*Ementa: ACADEMIA DE GINÁSTICA E DE PRÁTICA ESPORTIVA.*

*As pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de academia de ginástica e prática esportiva, por prestarem serviços assemelhados ao de professor, de fisicultor ou a este assemelhado, ou decorrente do exercício de profissão legalmente regulamentada, não podem optar pelo Simples.*

*Dispositivos Legais: Lei n.º 9.317/1996, art. 9º, inciso XIII."*

*E ainda o entendimento do CCMF:*

*"Data da Sessão: 11/06/2003*

*Acórdão 302-35602*

*Ementa: SIMPLES – EXCLUSÃO. Academias de ginástica, dança e natação não podem exercer ou manter opção pelo SIMPLES, em razão de vedação constante em norma legal.*

*Não cabe ao foro administrativo discutir matéria atinente à constitucionalidade de diplomas legais.*

*"Matéria: SIMPLES - EXCLUSÃO*

*Data da Sessão: 17/06/2004*

*Acórdão 301-31283*

*Ementa: SIMPLES EXCLUSÃO*

*As atividades relativas a academia de desportos ou de ginástica são vedadas ao exercício da opção, tendo vista que desenvolvem atividades assemelhadas às de professor, fisicultor ou dançarino, que dependem de habilitação profissional legalmente exigida*

*RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO."*

Esclareça-se que o legislador, ao colocar no elenco das profissões descritas no inciso III do art. 9º da Lei n.º 9.317, de 1996, transcrito, a palavra "assemelhados" quis impedir, por questões, de ordem legal, técnica e fiscal, que além das profissões descritas no referido

dispositivo, outras que a elas se assemelhassem, fossem indevidamente beneficiadas com o pagamento de impostos e/ou contribuições pelo sistema Simples.

Nesse sentido, o termo “assemelhados”, à luz do art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317, de 1996, tem o seguinte alcance, impedindo a opção pelo Simples das seguintes pessoas jurídicas: a) as que prestem ou vendam serviços relativos às profissões expressamente listadas nesse dispositivo legal; b) as que prestem ou vendam serviços que sejam assemelhados aos referidos no item precedente; c) as que prestem serviços profissionais relativos a qualquer profissão, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, ainda que não expressamente contidos no inciso de que se trata.

Portanto, o termo “assemelhado” deve ser entendido como qualquer atividade de prestação de serviço que tenha similaridade ou semelhança com as contidas no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, ou seja, a lista de atividades contidas no referido dispositivo não é exaustiva ou “*numerus clausus*”, ou enumerativa, mas simplesmente exemplificativa, cabendo outras profissões na referida lista, desde que sejam afins das que lá se encontram elencadas.

Do exposto, se conclui que essa atividade está abrangida pela vedação do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 1996.

Quanto a não estar especificamente elencada a atividade desenvolvida, nos art. 647, 649, e 651 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR, de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), de se destacar que a Lei nº 9.317, de 1996, é posterior à legislação correspondente àqueles; não estando restrita àquelas vedações.”

Em Recurso tempestivo (fls. 55/66) a contribuinte reproduz ipsis litteris os termos da Manifestação de Inconformidade.

Este Processo foi encaminhado a este Relator conforme documento de fls. 75.

Posteriormente foi juntado aos Autos, em 17/10/2006 (fls. 76 a 102), expediente da DRF/LONDRINA encaminhando cópia de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado em 04/09/2006 pela ora Recte. quanto à sua exclusão do SIMPLES, tendo a 2ª Vara Federal de Londrina indeferido a liminar solicitada em decisão de 15/09/2006.

Foi dada ciência a este Relator dessa juntada em 17/10/2006, nada mais havendo nos Autos a respeito do litígio.

É o Relatório.



## Voto

Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Relator

A Recorrente impetrou Mandado de Segurança, acompanhado de pedido de liminar, que foi indeferida, contra a sua exclusão do SIMPLES.

Assim, encontrando-se a matéria pendente na esfera judicial, não há que se manifestar a instância administrativa, já que a decisão emanada do Poder Judiciário é soberana e prevalece sobre qualquer outra, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Corroborando esse entendimento, foi exarado pela Secretaria da Receita Federal o Ato Declaratório (Normativo) COSIT nº 3/96, segundo o qual a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial, implica a desistência da discussão administrativa sobre o mesmo objeto.

Nesse mesmo sentido dispõe o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Anexo II da Portaria MF nº 55, de 16/03/98):

*“Art. 16. Em qualquer fase o recorrente poderá desistir do recurso em andamento nos Conselhos.*

.....  
*§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção, sem ressalva, do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo Contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.”  
(grifei)*

A intenção do legislador é, claramente, impedir o contraditório paralelo em dois foros absolutamente distintos, o judicial e o administrativo, da mesma matéria.

Face ao exposto, não conheço do Recurso, por ter havido opção pela via judicial, antes de esgotada a via administrativa.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006

  
PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JUNIOR Relator