



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

Processo nº 11516.002361/2003-58
Recurso nº 141.809 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.094 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de maio de 2009
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente SUPERAÇÃO CENTRO DE CONDICIONAMENTO FÍSICO
Recorrida DRJ-BRASÍLIA/DF

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

Ano-calendário: 2002

Simples. Exclusão. academia desportiva.

É vedada a opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que se dedique à atividade de academia desportiva.

LC 123/06. Aplicação retroativa não cabível.

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

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro André Luiz Bonat Cordeiro. Designado para redigir o voto o Conselheiro Regis Xavier Holanda.


LUIZ MARCELO GUERRA DE CASTRO - Presidente


REGIS XAVIER HOLANDA - Redator

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro Jorge Higashino.

Relatório

Adoto o relatório de primeira instância, por bem traduzir os fatos da presente lide até aquela decisão, que, a seguir, transcrevo (fls. 16/17):

A exclusão da interessada da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da Lei 9.317/96, denominada Simples, foi efetuada por se enquadrar na condição impositiva prevista no inciso IX do art. 9º da referida lei.

A manifestante contesta sua exclusão do Simples sob seguintes argumentos:

Há ofensa a princípios constitucionais.

Os efeitos da exclusão devem ser a partir o ato excludente.

Assim, requer que seja reconsiderada a decisão que determinou sua exclusão e que se determine sua permanência no Simples.

A DRJ- Brasília/DF manteve o lançamento, proferindo acórdão, assim ementado (fls.16/17):

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

Ano-Calendário: 2002

Ementa: Opção pelo Simples – Condição Vedada – Impossibilidade.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que incorre em uma ou mais das vedações à opção estabelecidas em lei.

Solicitação Indeferida.

Insatisfeito, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 21/31). Em sua peça, são repetidas suas alegações apresentadas em sua impugnação de fls. 01/04.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro ANDRÉ LUIZ BONAT CORDEIRO Relator

Como se vê, a Recorrente foi excluída do SIMPLES por exercer atividade de academia de ginástica, mediante o ADE 463.971, com base na vedação expressa constante do art. 9º, XIII, da Lei 9317/96, que impossibilitava a opção àqueles que se dedicassem à tal atividade.

Entretanto, cumpre observar que, em 1º de julho de 2007, entrou em vigor a Lei Complementar nº 123/06, assim dispondo sobre a matéria em foco:

“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;”

Nota-se que a Lei Complementar nº 123/06 inovou – em relação à redação do art. 9º da Lei nº 9.317/96 – ao estabelecer que as academias de atividades físicas (tal como a Recorrente) podem optar pelo Simples. Assim, a exclusão do Simples é medida indevida.

Isso porque, no tocante à aplicação da Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, ao presente caso, importa destacar, o que ela própria dispõe, em seu artigo 16, §4º:

“§4º 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 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar”.

Note-se que 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 tributário da Lei Geral do Simples.

Com efeito, através da Resolução CGSN nº. 04, de 30/05/07, o mencionado Comitê Gestor, ao regulamentar a opção ao ‘Simples Nacional’, resolveu em seu artigo 18 que:

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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

Entretanto, cumpre ainda notar o que dispõe o §1º da citada Resolução CGSN nº. 04, de 30/05/07, que diz respeito aos casos ainda não definitivamente julgados:

“Art. 18.

(...)

§1º 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.”

Já o artigo 106, do Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172, de 25/10/1966) estipula que:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando 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.

Ante o exposto, voto por **DAR PROVIMENTO** ao presente recurso voluntário para tornar sem efeitos o ADE 463.971, mantendo a Recorrente como optante pelo SIMPLES.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2009.

ANDRÉ LUIZ BONAT CORDEIRO Relator



Voto Vencedor

Conselheiro REGIS XAVIR HOLANDA, Redator

Com a devida vênia do i. relator, entendo que a Lei Complementar nº 123/06 não comporta aplicação retroativa benéfica.

Como bem salientado pela decisão recorrida, a interessada *se encontrava em condição não permitida para permanecer no Sistema, nos termos do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/1996 (que preste serviços profissionais de fisicultor, ou assemelhado).*

A Lei nº 9.317/96 dispõe que:

“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;”
(negritei)*

Noutro giro, a Lei Complementar nº 123/06 não comporta aplicação a atos ou fatos pretéritos, sobretudo diante da sistemática adotada por essa lei complementar.

A Resolução CGSN nº 04, de 30/05/07, do Comitê Gestor do “Simples Nacional”, prevê a migração automática para o Regime da Lei Complementar nº 123 de todos que estavam incluídos na sistemática da Lei nº 9.317/96, não havendo necessidade de formalização expressa para a opção.

A ressalva à migração automática seria apenas para aquelas empresas que estivessem impedidas de optar pelo novo regime. Vejamos:

“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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)



§ 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 nº 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.

(...)"(grifei)

No entanto, essa medida foi tomada apenas para evitar todo um trâmite burocrático que sobrecarregaria as empresas e a administração pública, o que seria contra o objetivo do regime simplificado. Ou seja, a inércia da empresa **regularmente optante** pelo regime da Lei nº 9.317/96 levá-la-ia à inclusão no novo regime da Lei Complementar nº 123, tendo que expressar a sua vontade apenas no caso de não querer ser incluída na nova sistemática.

No entanto, o § 9º, desse mesmo artigo 18 da Resolução CGSN nº 04, deixa claro **que não se convalidaram situações** em que a empresa estava **irregularmente inscrita** na sistemática anterior. Se ela incorresse em situação excludente ou exercia atividade vedada pela sistemática anterior e que não fosse vedada pela nova, seria excluída retroativamente do regime da Lei nº 9.317/96, mas isso não prejudicaria sua opção tácita pelo novo regime. Vejamos a redação desse parágrafo:

Resolução CGSN nº 04

*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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)*

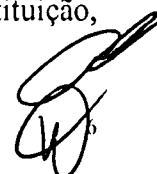
(...)

*§ 9º **Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.***

(...)(grifei)

Com efeito, o que temos são dois regimes distintos, aquele da Lei nº 9.317/1996 (Regime Simples da União) e o da Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional).

Inclusive, o Art. 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da CF/88, prevê que os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição,



deixando claro que não se trata de uma simples modificação dos regimes anteriores, mas um novo regime nacional, de observância obrigatória por todas as esferas governamentais.

Sendo regimes distintos, têm condições de enquadramento diferentes. A meu ver, não se pode considerar que o fato de não atender os requisitos e condições para optar por qualquer desses regimes especiais simplificados, constitua-se em infração. Portanto, não haveria sentido em aplicar-se, à espécie, o art. 106, II do CTN.

No mais, andou bem o acórdão atacado ao tratar dos efeitos retroativos da exclusão.

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao presente recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2009.


REGIS XAVIER HOLANDA - Redator