

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

Processo n° 11610.008263/2003-56
Recurso n° 138.401 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão n° 302-39.891
Sessão de 16 de outubro de 2008
Recorrente STUDIO CORPO E DANÇA - BALLET CRISTIANE RABELO S/C LTDA - ME.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

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

Ano-calendário: 1998

INCLUSÃO. ATIVIDADE NÃO VEDADA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE APLICÁVEL A ATO AINDA NÃO JULGADO DEFINITIVAMENTE.

A negativa de inclusão do contribuinte no regime especial de tributação do SIMPLES não pode prosperar, uma vez que no curso do julgamento do ato administrativo sobreveio lei que trata da matéria, e nela consta, literalmente, que a atividade praticada pela recorrente (academia de dança, de atividades físicas e desportivas) não se constitui em vedação à opção pelo indigitado regime especial de tributação.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. A Conselheira Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente) votou pela conclusão.

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente

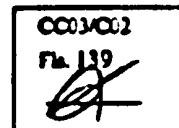
Processo nº 11610.008263/2003-56
Actidão n.º 302-39.891




CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Ricardo Paulo Rosa, Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente) e Davi Machado Evangelista (Suplente). Ausentes os Conselheiros Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº 11610.008263/2003-56
Acórdão n.º 302-39.891



Relatório

Adoto como parte de meu relato, o quanto relatado pela autoridade julgadora a quo:

O presente processo versa sobre inclusão retroativa no SIMPLES, cujo pedido foi indeferido em razão de EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA.

2. A Derat/SPO indeferiu o pedido da contribuinte por meio da Decisão Dicat nº 1.256/2005 (fl.14) na data de 02/03/05. Tomou ciência da Decisão em 23/01/06 (fl.18-verso) e, inconformada, a interessada protocolizou a peça impugnatória em 16/02/06, à fl.20, contestando-a com os seguintes argumentos:

2.1 Requer sua inclusão no Simples desde a data de sua constituição em 1998 até a data de sua exclusão, devido a alteração de atividades.

A DRJ em SÃO PAULO I/SP indeferiu o pedido da interessada, e o julgado ficou com a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 1998

SIMPLES. INCLUSÃO. Atividade Econômica Não Permitida.

É vedada a opção ou permanência no Simples às pessoas jurídicas que prestem serviços de cursos livres de dança e ginástica, porquanto o exercício de tais atividades depende de habilitação profissional legalmente exigida, além de ser assemelhada àquelas de professores e fisicultores.

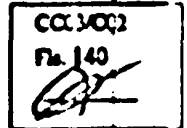
Solicitação Indeferida.

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário, fls. 88 e seguintes, onde explica que fez sua opção pelo SIMPLES em 1998, e vinha pagando os seus tributos naquela modalidade especial até que devido à alteração do tipo de prestação de serviço e do objeto social requereu sua exclusão do SIMPLES, e aí foi surpreendida, pois a pessoa jurídica não estava cadastrada no SIMPLES, daí porque fez o pedido de inclusão retroativa.

Ato seguido, a Repartição de origem encaminhou os presentes autos para a apreciação deste Colegiado, conforme despachos de fl. 135.

É o relatório.

Processo nº 11610.008263/2003-56
Acórdão n.º 302-39.891



Voto

Conselheiro **Corintho Oliveira Machado**, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Verifica-se no Contrato Social, fl. 03, que a atividade da recorrente era "prestação de serviços atividades artísticas em geral, tais como: ginástica, dança, teatro, e outros serviços concernentes ao ramo" desde 1998.

No plano do direito, a atividade de escola de dança e atividades desportivas ora é considerada atividade vedada à opção pelo SIMPLES, ora é considerada permitida, o que verifica-se pela jurisprudência administrativa divergente, da qual trago dois exemplos abaixo, sendo que tal matéria ainda não foi apreciada ainda pela e. Câmara Superior de Recursos Fiscais, mormente à luz da nova LC nº 123/2007, que trata do SUPERSIMPLES:

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADES DESPORTIVAS.

As academias de ginástica, balé e natação estão excluídas da sistemática do Simples, por tratarem de atividade de prestação de serviço profissional assemelhado ao de professor.

RECURSO NEGADO.

Acórdão 301-32518; Rel. JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI; 22/02/2006.

SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO. ATIVIDADE DA EMPRESA NÃO ESTÁ ENQUADRADA NOS DISPOSITIVOS DE VEDAÇÃO À OPÇÃO PELO REGIME DO SIMPLES.

Atividade exercida pela recorrente, pequena sociedade empresária de "Academia de Dança", não exercida por profissionais de nível superior ou que dependam de profissões regulamentadas, não é impeditiva de opção pelo SIMPLES, nos termos da Lei 9.317 de 05/12/1996. É de se cancelar a decisão que excluiu a recorrente com data retroativa na sistemática do SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Acórdão 303-35093; Rel. SÍLVIO M. BARCELOS FIUZA; 30/01/2008.

Pois bem, em virtude dessa divergência de entendimentos, após alguns enfrentamentos de casos similares, já havia fixado minha visão no sentido de que a formação do profissional que atua em academia de ginástica, de dança, e congêneres, é totalmente distinta daquela formação do profissional de educação, notadamente o professor. Nada

Processo nº 11610.008263/2003-56
Acórdão nº 302-39.891



obstante, vou superar essa discussão e centrar-me num outro ponto que, hodiernamente, reputo fundamental ao caso concreto, a saber, a questão da aplicação da legislação tributária a ato ou fato pretérito.

Diz o Código Tributário Nacional, em seu art. 106, II, b:

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

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

b) quando detxe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

(...)

Neste expediente tem-se uma negativa de inclusão de um contribuinte em um regime especial de tributação porque, em tese, estaria praticando atividade vedada à participação no aludido regime. No curso do julgamento desse ato administrativo sobrevém uma lei que trata da mesma matéria, e nela consta, literalmente, que a atividade praticada pela recorrente (academia de dança, de atividades físicas e desportivas) não se constitui em vedação à opção pelo indigitado regime especial de tributação. E bem por isso, aplica-se o dispositivo supracitado.

Esta matéria já havia sido enfrentada por este Colegiado, em tempos de outra conformação de meus pares, e naquele então, meu posicionamento foi contrário ao meu entendimento atual, pois pensava, erroneamente, que se a atividade precisava constar como não impeditiva na nova lei, era porque certamente o era (impeditiva) na lei anterior, e pela ultra-atividade da lei tributária, aquela lei é que seria aplicável. Sem embargo disso, a l. relatora naquela oportunidade, Conselheira ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, sabiamente fez ver a Câmara que a lei anterior não tinha maior importância por ocasião daquele julgamento, do qual trago a ementa e um excerto para robustecer este voto:

EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÓMICA.

Nos termos dos incisos XIX e XX, do parágrafo 1º, do artigo 17, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (DOU de 15/12/2006), as vedações à opção pelo Simples Nacional não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades de academias de dança, de capoeira, de yoga, de artes marciais, de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes. Este permissivo legal passou a ter vigência em 15 de dezembro de 2006. Apenas o regime de tributação foi postergado para 1º de julho de 2007.

Acórdão 302-38452; Rel. Cons. ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO; 28/02/2007.

“Ressalto, entretanto, que, em 14/12/2006, foi editada a Lei Complementar nº 123 (DOU de 15/12/2006) que, em seu art. 17, § 1º,

Processo nº 11610.005263/2003-56
Acórdão n.º 302-39.891



dispôs que: "As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam a pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as que exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo: (...); XX - academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais; XXI - academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes; (...)" (G.N.)

Os artigos 88 e 89 da referida Lei Complementar esclarecem que "Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 1º de julho de 2007" e "Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999" (G.N.)

Assim sendo, a Lei Complementar nº 123/2006 passou a ter vigência em 15/12/2006 (data de sua publicação), sendo que apenas o regime de tributação a ser aplicado foi postergado para 1º de julho de 2007.

Tal providência é plenamente justificada pelo fato de que o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional - passou a ter uma abrangência muito maior, abrangendo novos tributos e contribuições, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Acrescentem-se, ademais, as previsões legais previstas, relativas às alíquotas e base de cálculo (artigos 18 a 20), bem como referentes ao "recolhimento dos tributos devidos (artigo 21) e, ainda, ao "repasso do produto da arrecadação" (artigo 22), entre outros.

Ou seja, o Simples Nacional envolve uma série de providências que não podem ser viabilizadas sendo pelo decorrer do tempo. É por isto que o "regime de tributação" somente passará a ter vigência em 1º de julho de 2007.

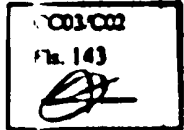
Ressalte-se, por fim, que a empresa havia sido excluída do SIMPLES em decorrência de a atividade por ela desenvolvida - atividade de manutenção do físico corporal - ter sido considerada vedada à opção por aquele sistema de tributação, por se assemelhar a de professor.

Tal atividade não estava textualmente elencada no artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, alterada pela Lei nº 9.779/99.

Era atingida, apenas, porque se considerava que a mesma envolvia ocupações que se assemelhavam a de professor.

Assim sendo, uma vez que a L.C. nº 123/2006 permitiu expressamente às "academias de dança, de capoeira, de ioga, de artes marciais, de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esporte" optar pelo SIMPLES, entendendo que, preenchidos os demais requisitos estabelecidos pelo citado diploma legal, não há porque manter a exclusão da recorrente daquele sistema de tributação, mesmo sendo o referido ato legal posterior à opção realizada.

Processo nº 11610.008263/2003-56
Acórdão nº 342-39.891



No vinco do quanto exposto, entendo fragilizado o procedimento de negativa de inclusão da recorrente do SIMPLES, pelo motivo de serem suas atividades vedadas, razão por que voto por PROVER o recurso, sem prejuízo da verificação dos demais requisitos para a inclusão retroativa.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2008


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator