



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	13707.002198/2003-10
Recurso n°	135.597 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	303-34.439
Sessão de	14 de junho de 2007
Recorrente	AGG ACADEMIA DE GINÁSTICA GENESIS
Recorrida	DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

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

Ano-calendário: 2003

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. ACADEMIA DE GINÁSTICA, MUSCULAÇÃO, AERÓBICA, JUDÔ, CARATÊ, ESTÉTICA, JAZZ E SALÃO DE FESTAS. A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com a vedação disposta no inciso XIII, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

ALCANCE DA VEDAÇÃO. A vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, não alcança microempresas e empresas de pequeno porte constituídas para a exploração de atividade econômica caracterizada pela prestação de serviços e circulação de bens, que envolvam profissionais diversos, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

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 Zenaldo Loibman, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro, Marciel Eder Costa e Anelise Daudt Prieto votaram pela conclusão.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente


MILTON LUIZ BARTOLI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama e Silvio Marcos Barcelos Fiúza.

Relatório

Trata-se de Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte face à exclusão do Simples através do Ato Declaratório nº 448.687, de 07/08/2003 (fls. 07), em razão de exercer atividade econômica vedada "Atividades de condicionamento físico".

Alega em sua manifestação que vem recolhendo devidamente seus impostos, contudo, em agosto/2003, se deparou com uma notificação da SRF, a qual trazia a informação que o código de sua atividade não permite sua permanência no Simples, em que pese a SRF não tenha orientado e tão pouco impediu o cadastro da empresa na sistemática simplificada.

Isto posto, requer o contribuinte seja acolhido a Impugnação.

Instruem a peça exordial os documentos de fls. 03/14, dentre eles, Alteração Contratual, CNPJ, Original Notificação e Termo de Opção do Simples.

A Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples - SRS apresentada pelo contribuinte fora julgada improcedente pela SRF CAC/Madureira, em razão de exercer atividades vedadas ao Simples, quais sejam, ginástica, musculação, dentre outras, conforme alteração contratual de fls. 10.

Ciente da decisão singular, o contribuinte apresentou tempestiva Impugnação às fls. 21/22, acompanhada dos documentos de fls. 23/24, reiterando argumentos, fundamentos e pedidos da manifestação inicial, alegando ainda que conforme notícia de fls. 23/24, fora concedido às academias do Rio de Janeiro, filiadas ao Sindicato, o direito de optar pelo Simples. E, a vitória se tornou definitiva, uma vez que não houve recurso no prazo legal da SRF.

Os autos foram remetidos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ (fls. 26/30), na qual o pleito do contribuinte restou indeferido, nos termos da seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2003

Ementa: SIMPLES. INCLUSÃO. SEGURANÇA OBTIDA POR SINDICATO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DA PROVA DE FILIAÇÃO DA INTERESSADA. IMPOSSIBILIDADE DA VINCULAÇÃO DA LIDE ADMINISTRATIVA AO PLEITO JUDICIAL. A interessada, ao deixar de comprovar, de forma cabal, sua filiação ao sindicato legitimado como substituto processual na ação mandamental que assegura aos associados a opção pela sistemática do Simples, não se qualifica como parte legítima para pleitear tal inclusão fundada no campo de atuação do poder Judiciário.

Solicitação indeferida"

Inconformado com a decisão de primeiro grau de jurisdição, o contribuinte interpôs tempestivamente o recurso voluntário de fls. 32/33, alegando que o inciso XIII, artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, contraria a Constituição Federal, haja vista não existir a denominação “fiscultor”, no rol das atividades do profissional de educação física, regulado pela Lei nº 9.696/1998.

Ressalta, ainda, que o profissional de educação física passou para o campo da saúde, nos termos da Resolução nº 218/1997 do Conselho Nacional de Saúde.

Diante do exposto, “demonstrado (sic) a insubsistência (parcial), da notificação, requer que seja acolhida a presente Impugnação.”.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls.34, última.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de 25/08/99.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

O cerne da questão encontra-se na exclusão de contribuinte que, tendo optado pelo Simples, exerça atividade impeditiva, prevista no artigo 9º, inciso XIII da Lei n.º 9.317/96.

A exclusão se deu por meio de Ato Declaratório (fls. 07), emitido pela Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro/RJ e trouxe como motivo atividade impeditiva para a opção, que seria "Atividades de condicionamento físico".

Diante disso, cumpre-nos analisar o objeto social da Recorrente.

Com efeito, seu objeto social, à época da exclusão, conforme consta da Alteração de seu Contrato Social, juntada às fls. 10, é o de "*prestação de serviços de ginástica, musculação, aeróbica, judô, caratê, estética, jazz e salão de festas.*"

Isto posto, importa analisar se a atividade exercida pelo contribuinte encontrava-se prescrita dentre às vedadas à opção, como disposto no inciso XIII do artigo 9º da Lei n.º 9.317/96, que veda opção à pessoa jurídica que:

"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;" (grifos acrescidos ao original)

Embora não conste do Ato Declaratório de Exclusão qual serviço profissional, exatamente, seria prestado pela Recorrente, e que importaria em causa excludente, interpretou a r. DRJ/RJ/RJ que a atividade desenvolvida pelo contribuinte se assemelharia a de "professor" (fls. 30-penúltimo parágrafo).

De plano, é de se reconhecer que a norma relaciona diversas profissões cujas características intrínsecas da prestação de serviço implicam no caráter pessoal da atividade.

Não obstante, cumpre consignar que a legislação atinente ao SIMPLES, até pelos motivos que deram ensejo à instituição do sistema, tem como objetivo a inclusão de empresas que se enquadrem em seus requisitos, sendo a exclusão de contribuintes um evento que decorre do não cumprimento das exigências necessárias à opção pelo referido sistema.

As vedações ao ingresso e permanência no sistema estão intimamente relacionadas com as atividades exercidas pelo contribuinte, ressaltando-se que o rol de

atividades colacionado na norma não é exaustivo, devendo incluir-se entre as vedações aquelas atividades que se assemelham às constantes do rol, além das profissões cujo exercício dependa de habilitação profissional.

Todavia, a interpretação da norma que previu a condição excludente não pode andar sem que se estabeleçam limites, ou não restariam contribuintes que pudessem optar pelo referido sistema.

É de se reconhecer que, embora possamos admitir que a interpretação das normas do SIMPLES seja restritiva em relação à possibilidade de opção e extensiva em relação às atividades elencadas nas exclusões, não vejo, neste caso, como as disposições do art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º. 9.317/96, possam ser aplicadas.

Isto porque, *in casu*, não se trata, efetivamente, de atividade assemelhada à professor, como pretende a decisão monocrática, eis que notório que uma academia de ginástica envolve um número diverso de atividades destinadas à prestação de serviços e circulação de bens, tanto é que a Recorrente apresenta em seu Contrato Social a atividade de 'salão de festas'.

Tenho para mim que o limite do termo "assemelhados" do inciso XIII do artigo 9º da Lei n.º. 9.317/96, encontra seu limite no conteúdo valorativo da atividade, ou seja, não se pode tomar uma parte para designar o todo.

De outro lado, vedar sua opção ao Simples, nos termos do dispositivo em questão, é outorgar à lei ordinária poder hierárquico superior à Constituição Federal, posto que tal interpretação vem de encontro ao disposto no artigo 150, inciso II¹, e 179² da Carta Magna.

Com efeito, referidos dispositivos constitucionais prescrevem tratamento diferenciado, tanto para as microempresas, quanto para as empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, restando vedada, pelo texto constitucional, qualquer possibilidade de instituição de desigualdade entre contribuintes de situação equivalente.

Concluo, pois, que a vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei n.º. 9.317/96, não alcança as microempresas e as empresas de pequeno porte, assim constituídas para exploração de atividade econômica com o fim de circulação de bens e prestação de serviços, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo.

Por fim, é de se dizer que a vedação se aplica nos casos de prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva e levada a efeito diretamente pelo profissional elencado no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei n.º. 9.317/96, e seus assemelhados, aí caracterizada a pessoalidade e habilidade profissional na prestação do serviço.

¹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

² Art. 179. 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.

Tanto é verdade que a atividade desenvolvida pelo contribuinte encontra-se expressamente permitida para opção ao Simples, nos termos dos incisos XX e XXI, do §1º, do artigo 17, da Lei Complementar n.º. 123, de 14 de dezembro de 2006, que a partir de 1º de julho de 2007, revogará³ a Lei do Simples (Lei n.º. 9.317, de 5 de dezembro de 1996).

Dispõe o mencionado dispositivo, aplicável ao caso, nos termos do artigo 106⁴, do Código Tributário Nacional:

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

omissis

§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:

omissis

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

XXI – academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes.” (destaques acrescentados ao original)

Neste sentido se pautou o julgamento proferido nos autos do Processo n.º. 11080.101464/2003-67, com voto de lavra da ilustre Conselheira Elizabeth Emílio de Moraes Chierigatto, que culminou no Acórdão de n.º. 302-38.452 (Sessão de 28/02/2007), de seguinte ementa:

*“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples. Data do fato gerador: 01/07/1999
Ementa: EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA. Nos termos dos incisos XIX e XX, do parágrafo 1º, do artigo 17, da Lei Complementar n.º. 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*

³ Lei Complementar n.º. 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 89 – Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei n.º. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei n.º. 9.841, de 5 de outubro de 1999.

⁴ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado falta de pagamento de tributo;
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

dezembro de 2006. Apenas o regime de tributação foi postergado para 1º de julho de 2007. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre inconstitucionalidade de leis, por ser esta competência exclusiva do Poder Judiciário, como determina a Constituição Federal de 1988. Ademais, o próprio Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes determina ser vedado àqueles Colegiados afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, em virtude de inconstitucionalidade, salvo nos casos especificados. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.”

Diante do exposto, uma vez que a atividade desenvolvida pela Recorrente não está dentre as eleitas pelo legislador como impeditiva de opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, o que se comprova por seu Contrato Social juntado às fls. 10/12, bem como pelo disposto nos incisos XX e XXI, do §1º, do artigo 17, da Lei Complementar nº. 123/2006, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 14 de junho de 2007


NILTON LUIZ BARTOLI Relator