ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13811.001591/2007-14

CÓPIA

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

Processo nº	13811.001591/2007-14
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1103-001.043 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de	10 de abril de 2014
Matéria	SIMPLES FEDERAL
Recorrente	ACADEMIA ANDRÉ SPORTS LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES - VEDAÇÃO

A recorrente não atua como locadora de espaço equipado para exploração de atividade de condicionamento físico, musculação, ginástica por locatário, nem atua como franqueadora de academia de ginástica. Ela presta os referidos serviços, não sendo necessário que seus sócios os exerçam. É o que basta para incidência da norma legal vedatória do regime simplificado.

INÍCIO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO

O ato declaratório executivo de "exclusão" do Simples federal é declaratório da consequência (efeito) legal que não retrotrai a momento anterior ao do fato "gerador" excludente da lei. Inexistência de ofensa ao ato jurídico perfeito, e, pois, à irretroatividade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro, André Mendes de Moura, Fábio Nieves Barreira, Cristiane Silva Costa e Aloysio José Percínio da Silva.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Relatório

DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO

Trata-se de exclusão do Simples federal, devido à emissão do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO 484.382, em 7/8/2003.

A exclusão decorreu do fato de a recorrente ter, como uma de suas atividades principais, o condicionamento físico, que corresponde a uma das vedações previstas no artigo 9°, inciso XIII, da Lei 9.317/96, que estabelece as pessoas jurídicas que não podem optar pelo sistema simplificado federal.

Essa exclusão teve efeitos retroativos a partir de 1/1/2002, sendo que em 7/4/1999, data de constituição da recorrente, essa optou pelo regime simplificado.

Em 12/9/2003, a recorrente solicitou a revisão da exclusão retromencionada, mas o pedido não foi atendido pela DRF/SP, nos seguintes termos:

> *"ADE Nº 484.382 (28) – EXCLUSÃO MANTIDA por seus fundamentos legais. Nenhum erro de fato foi detectado. Os documentos que instruíram esta solicitação demonstram que a atividade econômica exercida é fator de vedação à opção pelo Simples."*

DA IMPUGNAÇÃO

Irresignada, a recorrente apresentou impugnação de fls. 2 a 11 (e-processo), em que aduz, em síntese, o que segue.

Primeiramente, alegou que, tendo em vista que a Lei 9.317/96 prevê o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, no que tange o pagamento de impostos e contribuições, resta claro que a decisão administrativa está equivocada, pois a requerente possui o direito de optar pelo Simples.

Atestou que, através da interpretação do artigo 9°, XIII, da Lei 9.317/96, e da análise de todos os dispositivos dessa, é possível concluir que não há nenhum respaldo legal para que a recorrente seja excluída do Simples, pois a sua constituição não exige habilitação profissional legal.

Nesse sentido, ressaltou que, de acordo com os artigos 110 e 111, do CTN, e os princípios da legalidade e da tipicidade, a fiscalização não poderia ter realizado a interpretação extensiva da lei, de modo a excluir, de forma equivocada, a empresa cuja atividade não está mencionada, de forma expressa, no artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96. Quanto a isso, colacionou doutrina.

Asseverou que a incidência da vedação prevista no artigo retromencionado, só incide sobre as atividades privativas de profissões legalmente regulamentadas, o que não é o caso da recorrente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Distinguiu a venda de serviços da prestação de serviços, enquadrando sua atividade naquela.

Ainda quanto a impossibilidade de aplicar à recorrente a vedação prevista no artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96, consignou que essa empresa não é uma sociedade civil de prestação de serviços relativos ao exercício de profissão regulamentada, pois ela apenas realiza a venda de serviços de maneira generalizada, sem nenhuma característica pessoal do trabalho do profissional.

A fim de afastar a aludida vedação, colacionou decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Aduziu que, caso a exclusão da recorrente do Simples seja mantida, deve-se considerar inadequada a retroação dos efeitos da exclusão a partir de 1/1/2002, pois o artigo 24, II, da IN SRF 250/2002, que determina essa retroatividade, ao trazer uma restrição não imposta pela Lei 9.317/96, feriu o princípio da legalidade, da reserva legal e da irretroatividade da lei.

Nesse sentido, consignou ser inadmissível a validade do ato infralegal que prevê a exclusão retroativa da recorrente, pois, além de não ser permitido agravar a situação do contribuinte, isso afronta o ato jurídico perfeito de adesão ao Simples, uma vez que, segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, essa adesão é ato consumado.

Acentuou que se a fiscalização entender que a excludente estava presente, desde o momento em que a empresa praticou a atividade impeditiva à opção pelo regime simplificado, restaria claro que a Administração aceitou, por vários anos, a recorrente de forma irregular no sistema.

Por fim, requereu a manutenção da recorrente no simples e, *ad argumentandum,* requereu o reconhecimento da impossibilidade de retroação dos efeitos da exclusão, a fim de que esses operem a partir do mês seguinte ao da ciência do Ato Declaratório de exclusão.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 22 de setembro de 2010, acordaram os membros da 1ª Turma de Julgamento da DRJ de São Paulo, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, conforme entendimento abaixo sintetizado.

Primeiramente, por meio da análise do artigo 111 do CTN, atestou que a legislação tributária que dispõe sobre a outorga de isenção deve ser interpretada de forma literal.

Consignou que o Simples corresponde a um benefício fiscal que concede isenções tributárias e dispensa o cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Esclareceu que o artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96, prevê que não podem optar pelo Simples as profissões cujo exercício dependa de habilitação legalmente exigida, os serviços constantes na lista especifica e seus assemelhados, de modo que estão reprimidos contra o sistema simplificado federal aqueles que prestam os serviços constantes na lista específica e seus assemelhados.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nesse sentido, afirmou que resta evidente que a exclusão da recorrente está correta, pois a prestação de serviços de ginástica, musculação e condicionamento físico corresponde à prestação de serviços profissionais de professor, fisicultor ou assemelhados, os quais se enquadram na exclusão prevista no artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96.

Transcreveu os artigos 1º ao 4º, da Lei 9.696/98 e uma ementa de acórdão do Conselho de Contribuintes, os quais estabelecem que a prestação de serviços de condicionamento físico (academia de ginástica) é uma das atividades vedadas à opção pelo regime simplificado.

Acerca da alegação da recorrente, no sentido de que o artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96, visa proibir as sociedades profissionais liberais ou assemelhadas de optarem pelo Simples, reiterou que a vedação prevista nesse artigo atinge apenas as pessoas jurídicas que prestam os serviços profissionais elencados nele.

Consignou que está correta a exclusão com efeitos retroativos à data da situação excludente, qual seja 1/1/2002, pois, de acordo com o artigo 15, II, da Lei 9.317/96, e o artigo 24 da IN 250/2002, a exclusão com efeitos retroativos está autorizada e a data de início dos efeitos da exclusão corresponde à data retromencionada.

Quanto à alegação da recorrente, no que tange ao fato de a concessão de efeitos retroativos à exclusão ferirem o ato jurídico perfeito de adesão ao regime em questão, acentuou que essa está incorreta.

Isso porque, de acordo com a Lei 9.317/96, o fato de a RFB aceitar a adesão da empresa ao Simples, não configura o direito adquirido de ingresso ou a permanência nesse sistema.

Por fim, ressaltou que os julgados do antigo Conselho de Contribuintes só serão tidos como normas complementares do direito tributário se houver lei que lhes atribua eficácia normativa, o que não é o caso dos julgados colacionados pela recorrente, que só possuem validade *inter partes.*

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou, em 29/12/2010, recurso voluntário de fls. 75 a 87 (e-processo), reiterando o alegado em sede de manifestação de inconformidade, e acrescentando as alegações abaixo sintetizadas.

Consignou que a atividade exercida pela recorrente não configura impedimento direto a sua permanência no Simples, pois os responsáveis pelas atividades exercidas pelos alunos são os profissionais liberais que prestam serviço na academia, cabendo à recorrente apenas o fornecimento e organização dos equipamentos necessários para a realização das atividades.

Nesse sentido, apontou que não há nenhum professor ou fisicultor no quadro societário da empresa.

Assim, entendeu que tais características fáticas somadas ao caráter empresarial da atividade exercida, de fato, pela recorrente, impedem a sua exclusão da sistemática do Simples.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Apontou que há uma ação judicial ajuizada pela SINDELIVRE, entidade sindical a qual a recorrente é filiada, que discute a interpretação utilizada pela fiscalização para justificar a exclusão dos seus associados do Simples (Mandado de segurança nº 2000.03.99.069995-8, TRF 3ª Região).

Por fim, requereu a manutenção da recorrente no Simples, e, caso esse não seja o entendimento dos julgadores *ad quem,* requereu a não retroatividade dos efeitos da exclusão à data de 1/1/2002.

CÓPIA

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

Conselheiro Marcos Shigueo Takata

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade (fls. 2625, 2629 e 2633). Dele, pois, conheço.

A numeração de fls. indicada neste voto é a do e-processo.

A "exclusão" da recorrente do sistema simplificado federal se deu com fundo no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96 (fl. 31), que tem a seguinte dicção:

> ***Art. 9°.*** *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;*

A cláusula terceira do contrato social da recorrente em vigor à época da constatação da situação supostamente excludente previa como objeto social:

> ***CLÁUSULA TERCEIRA***
>
> *A sociedade terá como seu objetivo social o seguinte:* ***ACADEMIA DE GINÁSTICA, MUSCULAÇÃO E CONDICIONAMENTO FÍSICO. (fl. 22)***

Não é o fato de os *sócios* da pessoa jurídica serem profissionais, ou melhor, *exercerem* a atividade de professor, fisicultor, ou assemelhada que conforma o *pressuposto fático* da citada norma legal vedatória ao Simples federal. Ela diz pessoa jurídica que preste os serviços nela relacionados, o que inclui (sem se limitar a) as sociedades empresárias ou o exercício de empresa pela pessoa jurídica.

Também, a "prestação de serviço de profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida" não se estende *a todos os pressupostos de fato* da norma legal vedatória em comentário. A exigência legal de habilitação profissional é somente para exercício de profissões *que não se incluam* nos outros pressupostos fáticos descritos no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

A recorrente não infirma o exercício do objeto social descrito em seu contrato social.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Mas argumenta que a hipótese legal vedatória não incide sobre pessoa jurídica que simplesmente organiza e fornece os equipamentos necessários para o exercício das atividades previstas em seu objeto social.

Porém, a recorrente *não atua como locadora de espaço equipado* para exploração de atividade de condicionamento físico, musculação, ginástica por locatário(s).

Tampouco atua como *franqueadora* de academias de ginástica, concedendo inclusive o espaço físico ao franqueado.

Não por menos, a recorrente afirma que as atividades dos alunos ficam a cargo de profissionais liberais que prestam serviço na academia. A "academia" em questão é a recorrente, ou é a *empresa* da recorrente.

Segue daí que a recorrente presta atividade vedada pela norma legal. Sua atividade se coloca na de prestação de serviços de professor, de fisicultor, ou assemelhado.

Por tais razões, sobre essa questão, nego provimento ao recurso.

Insurge-se a recorrente quanto ao termo *a quo* da eficácia da exclusão do Simples federal. A exclusão, quando muito, só poderia operar a partir do mês seguinte ao da expedição do ato declaratório executivo excludente.

O art. 15, II, da Lei 9.317/96, vigente ao tempo de publicação do referido ato declaratório executivo, tinha sua redação dada pelo art. 73 da Medida Provisória 2.158-34/01 (atual art. 73 da Medida Provisória 2.158-35/01), com a seguinte dicção:

> ***Art. 15.*** *A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:*
>
> ***II -*** *a partir do* ***mês subseqüente ao que incorrida a situação excludente****, nas hipóteses de que tratam os incisos III* ***a XIX do art. 9º****; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

Não vejo ofensa à irretroatividade no preceito legal em questão, e, pois, ao ato jurídico perfeito.

Simplesmente, constatando-se de ofício que a pessoa não preenche os requisitos para sujeição ao regime, a pessoa fica fora dele, a partir do momento em que se aperfeiçoe a situação excludente do regime simplificado federal, ou, *ab initio*, conformando hipótese vedatória à inclusão nesse regime. Aliás, no caso, a partir do mês seguinte. Ainda que tal constatação se dê tempos depois da "inclusão" voluntária ao regime simplificado.

Isso não difere do que ocorre com o lançamento tributário. Suponha-se que haja o lançamento de ofício de tributo por uma divergência de interpretação entre o contribuinte e o Fisco. O lançamento será feito em relação ao período em que se concretizou o suporte fático tributário. O lançamento tem caráter declaratório da obrigação tributária (efeito do fato gerador) que nasce *ex lege*.

Também o ato declaratório executivo de "exclusão" do Simples federal é declaratório da consequência (efeito) *legal* que *não retrotrai* a momento anterior ao da

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

concreção do fato "gerador" de "exclusão" previsto na lei. Não há quebra de ato jurídico perfeito e, portanto, de irretroatividade.

Para se precaver, a recorrente poderia ter utilizado o instituto da consulta, pelo qual conheceria o entendimento da Receita Federal sobre a situação dela perante o regime simplificado federal. Poderia, inclusive, discordar do entendimento, mas de antemão saberia o que lhe poderia suceder.

Enfim, sobre o início dos efeitos da "exclusão" do Simples federal, o que a lei diz é mera consequência lógica das regras *ex vi legis* para uma pessoa estar no referido regime.

Portanto, sobre essa questão, nego provimento ao recurso.

Nessa ordem de considerações e juízo, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 10 de abril de 2014

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 21/04/2014 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 21/04/201
4 por MARCOS SHIGUEO TAKATA, Assinado digitalmente em 11/06/2014 por ALOYSIO JOSE PERCINIO DA SILVA
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA