



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13820.000233/2006-02
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.413 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 8 de julho de 2020
Recorrente EIZENS SPORT CENTER LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

PERMANÊNCIA NO SIMPLES. DIREITO ADQUIRIDO.

O ingresso ou a permanência no Simples é situação precária, diga-se, sempre sujeita à reapreciação da satisfação dos requisitos exigidos em Lei, seja pelo próprio contribuinte, seja pela SRF.

EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE.

A exclusão do Simples pode operar efeitos retroativos à data da situação impeditiva.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas e/ou judiciais alcançam apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Zedral e Thiago Dayan da Luz Barros

Fl. 2 do Acórdão n.º 1002-001.413 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo nº 13820.000233/2006-02

Relatório

Discute-se nos autos a exclusão do contribuinte do Simples Nacional formalizada no Ato Declaratório Executivo (“ADE”) nº 475.366, em razão da suposta prática de atividade econômica vedada – Código CNAE 9304-1/00 (atividades de manutenção físico corporal).

O contribuinte apresentou solicitação de revisão da exclusão (fls. 22 do *e-processo*), a qual foi indeferida (fls. 19 do *e-processo*) em razão das atividades constantes do contrato social serem vedadas. O contribuinte interpôs então manifestação de inconformidade de alegando, em síntese que (fls. 4/6 do *e-processo*):

Tem direito adquirido a permanência no Simples, uma vez que é optante pela forma simplificada de tributação desde 21/07/1997;

Insurge-se contra a retroatividade, salientando que a restrição ao direito do contribuinte é inaplicável a fatos pretéritos;

Cita decisão do relator Humberto Gomes de Barros, do STJ, no Resp 376.320 que relata “a modificação introduzida pela Lei nº 9.317/96, em seu artigo 9º”, pela MP 1.523/97, convertida na Lei nº 9.528/97, ao conceituar atividade de Manutenção de físico corporal, estabeleceu norma restritiva ao direito da contribuinte inaplicando-se a fatos pretéritos, consoante art. 106, inciso I do C T N”

Menciona os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, capacidade contributiva, proporcionalidade e equidade, reforçando que a exclusão cria uma situação de desigualdade de forma injustificada.

Em sessão de 17/04/2008, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas (“DRJ/CPS”), julgou improcedente o pedido do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita:

PERMANÊNCIA NO SIMPLES. DIREITO ADQUIRIDO. O ingresso ou a permanência no Simples é situação precária, diga-se, sempre sujeita à reapreciação da satisfação dos requisitos exigidos em Lei, seja pelo próprio contribuinte, seja pela SRF.

EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE. A exclusão do Simples pode operar efeitos retroativos à data da situação impeditiva.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. A eficácia de decisões administrativas e/ou judiciais alcançam apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

Nos fundamentos do voto relator (fls. 32/34 do *e-processo*):

O contribuinte foi excluído do Simples, por exercer atividade econômica vedada, nos termos da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 e IN SRF nº 355/2003. A cláusula segunda do

contrato social à fl.10 diz expressamente que a sociedade tem por objetivo o ramo de “academia de natação e outras atividades esportivas e recreativas”.

O manifestante, por sua vez, nada diz a respeito da vedação das suas atividades ao Simples, limitando discordar da aplicação retroativa da legislação tributária aplicada de ofício pela autoridade tributária com a finalidade de desenquadrá-la.

Relativamente ao suposto direito adquirido argüido pelo requerente em razão de ter sido aceita a sua opção pelo Simples, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, vale dizer que tal fato não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade do próprio contribuinte, que o exerce se e quando o quiser, sujeitando-se, apenas, ao controle posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode e deve excluí-lo de tal sistemática. Assim, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo. Dessa forma, resta claro que não existe direito adquirido relativo ao ingresso/permanência na referida sistemática, tendo em conta que estar no Simples é, antes de tudo, uma situação precária.

Agora, quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples (a partir de 01/01/2002), sobreleva lembrar que o art. 73, da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, convalidada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente [...]

Já sobre a incidência de princípios constitucionais (da isonomia, da capacidade contributiva, da proporcionalidade, da legalidade), bem como a da equidade, adiante-se que tais discussões são inviáveis em face da Administração Tributária.

[...]

No que respeita a decisão do relator Humberto Gomes de Barros, do STJ, no Resp 376.320, citada pelo interessado, sobreleva lembrar que seus efeitos limitam-se às partes a que se refiram, não criando direitos ou obrigações a quem delas não participem.

Irresignado, o contribuinte apresenta o presente recurso voluntário no qual reitera os seus argumentos de defesa apresentados em sede de manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Fl. 4 do Acórdão n.º 1002-001.413 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13820.000233/2006-02

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 28/06/2007 (fls. 37 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 27/07/2007 (fls. 38 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Mérito

Como se viu pelo breve relato do caso, o contribuinte não contrapôs-se especificamente aos argumentos da DRJ/CPS, limitando-se a reiterar tudo aquilo presente na sua manifestação de inconformidade.

A defesa, portanto, baseia-se na ideia de que a exclusão seria indevida, tendo em vista um suposto direito adquirido para permanência no regime, do qual era optante desde 21/07/1997. Por essa razão, não poderia o ato de exclusão retroagir para atingir fatos passados.

O contribuinte ainda solicita aplicação do entendimento exarado no Resp nº 376.320, de que a conceituação da atividade de manutenção de físico corporal não poderia se aplicar a fatos pretéritos por se tratar de norma restritiva ao direito do contribuinte, consoante redação do artigo 106, I, do CTN.

Todos esses argumentos, todavia, já foram devidamente refutados pela DRJ/CPS, a qual acompanhamos na íntegra. E, tendo em vista que o contribuinte não apresentou qualquer alegação em contraponto ao que já fora alegado, pedimos licença para transcrever os fundamentos do acórdão recorrido, os quais serão mantidos por este acórdão em toda a sua extensão, veja-se (fls. 32/ do *e-processo*):

O contribuinte foi excluído do Simples, por exercer atividade econômica vedada, nos termos da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 e IN SRF nº 355/2003. A cláusula segunda do contrato social à fl.10 diz expressamente que a sociedade tem por objetivo o ramo de “academia de natação e outras atividades esportivas e recreativas”.

O manifestante, por sua vez, nada diz a respeito a vedação das suas atividades ao Simples, limitando discordar da aplicação retroativa da legislação tributária aplicada de ofício pela autoridade tributária com a finalidade de desenquadrá-la.

Apesar de não contestado pelo requerente, é válido dizer que a “prestação de serviços de academia de natação e outras atividades esportivas e recreativas ginástica, musculação e natação, é atividade impeditiva por se enquadrar entre aquelas prestadas por professor, fisicultor, ou assemelhados. Esse entendimento está corroborado pela 1ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, Acórdão. 30131283, sessão de 17/06/04, assim ementado:

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

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

Relativamente ao suposto direito adquirido arguido pelo requerente em razão de ter sido aceita a sua opção pelo Simples, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, vale dizer que tal fato não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade do próprio contribuinte, que o exerce se e quando o quiser, sujeitando-se, apenas, ao controle posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode e deve excluí-lo de tal sistemática. Assim, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo. Dessa forma, resta claro que não existe direito adquirido relativo ao ingresso/permanência na referida sistemática, tendo em conta que estar no Simples é, antes de tudo, uma situação precária.

Agora, quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples (a partir de 01/01/2002), sobreleva lembrar que o art. 73, da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, convalidada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata-se de seus termos:

Art. 73 - O inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

II – a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º (destacou-se).

Estribado nesse dispositivo legal, o art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002, repetido pelo art. 24 da Instrução Normativa nº 355, de 2003, dispõe que:

A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

I – a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 22;

II – A partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 20;

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, na hipótese prevista no parágrafo 2º art. 3º;

(...)

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

I – do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001;

II – de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver corrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002. (destaque acrescido).

Constata-se, portanto, que as aludidas instruções normativas, ao fixarem a data de início dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da Medida Provisória nº 2.158-34, de 2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1.999, que determina à Administração a observância do princípio da segurança jurídica.

Nem se diga que estaria ocorrendo aplicação retroativa de nova interpretação, o que também é vedado à Administração, pelo inciso XIII do citado art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, haja vista que as atividades do Contribuinte o impediam de ingressar/permanecer na sistemática do Simples, tendo ele, Contribuinte, efetuado a opção por sua conta e risco e, portanto, sujeito à fiscalização posterior.

Já sobre a incidência de princípios constitucionais (da isonomia, da capacidade contributiva, da proporcionalidade, da legalidade), bem como a da equidade, adiante-se que tais discussões são inviáveis em face da Administração Tributária. E por uma razão muito simples:

toda atividade da Administração Pública (como é a Tributária) é infra legal, isto é, tem a Lei como teto. Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, 20 ed., Malheiros: São Paulo, 2006, p. 94:

[...] a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

Em síntese, cumpre à Administração aplicar a Lei de ofício.

No que respeita a decisão do relator Humberto Gomes de Barros, do STJ, no Resp 376.320, citada pelo interessado, sobreleva lembrar que seus efeitos limitam-se às partes a que se refiram, não criando direitos ou obrigações a quem delas não participem. De toda forma, ainda que o interessado insista na tirada de algum proveito sobre o que o STJ decidiu, justamente, sobre tal modificação legislativa, é de se lhe adiantar que aquela tutela jurisdicional (Resp nº 376.320) é restrita ao interessado que figurou na relação processual, no caso, IRMÃOS FORNECK LTDA. Desse modo, a eficácia da decisão mencionada alcança apenas a pessoa jurídica que originalmente figura na respectiva contenda, que no caso não é o requerente.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte mantendo-se integralmente o acórdão da DRJ/CPS.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo