



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

Processo nº 13974.000348/2003-92
Recurso nº 140.716 Voluntário
Acórdão nº **1402-00.173 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de maio de 2010
Matéria Simples- proc. que não versem s/exigências cred.tributário
Recorrente Academia Acqualung Ltda
Recorrida Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR

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

Ano-calendário: 2002

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

A adesão ao Simples se dá por ato voluntário da contribuinte que se sujeita a eventual exclusão caso esteja incluída em qualquer das hipóteses de vedação.

EFEITO RETROATIVO DO ATO.

A data em que o ato de exclusão gera seus efeitos é determinada pela legislação que rege a matéria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

EDITADO EM: 14/10/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima (Presidente de Turma), Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (vice-Presidente), Antonio José Praga de Souza, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Diniz Raposo Silva e Sergio Luiz Bezerra Presta.

Relatório

Academia Acqualung Ltda recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma da DRJ Curitiba/PR, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 463.458 (fl. 15), de 7 de agosto de 2003, fundamentado no fato de que a contribuinte exerceria atividade econômica não permitida (9261-4/05 – atividades de condicionamento físico).

Cientificada da exclusão em 27/08/2003 (fl. 52), a interessada apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples, em 26/09/2003 (fls. 07/08), na qual pede a revisão de sua exclusão ao Simples. A autoridade administrativa manteve o indeferimento, tendo por argumento o conteúdo do Contrato Social da reclamante.

Assim, em 18/12/2003, ela volta a pedir o deferimento do pleito, ao argumento de que em 1997 sua adesão foi aceita, posto enquadrar-se nos ditames da legislação; que não ocorreu nenhuma alteração em sua atividade, desde então; que se houve alteração do entendimento, não lhe pode prejudicar o direito adquirido; que não foi observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, portanto, pede a reforma do ato atacado.

Mais tarde, o processo foi devolvido ao órgão de origem para a juntada de documentos (fl.21), ocasião em que foram anexadas as folhas 25 a 53, correspondentes ao Contrato Social de constituição da empresa e suas alterações.

Nos termos da Portaria MF nº 179, de 13 de fevereiro de 2007, o processo foi transferido a essa DRJ em Curitiba-PR, para julgamento.”

A DRJ proferiu em 16/08/2007 o Acórdão nº 15.0863 (fls. 55-58), que traz a seguinte ementa:

“ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

A adesão ao Simples se dá por ato voluntário da contribuinte que se sujeita a eventual exclusão caso esteja incluída em qualquer das hipóteses de vedação.

EFEITO RETROATIVO DO ATO.

A data em que o ato de exclusão gera seus efeitos é determinada pela legislação que rege a matéria.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 05/10/2007 (A.R. de fl. 59), a recorrente interpôs recurso voluntário em 26/10/2007 (fls. 62-68) onde alega, em síntese, que:

. a atividade desenvolvida pela empresa prescinde de profissional legalmente habilitado;

. há diferença entre empresa prestadora de serviço e aquela que contrata profissionais para a consecução de sua finalidade. Sustenta, nesse sentido, que quem presta o serviço e necessita de habilitação é o profissional e não o estabelecimento;

. os efeitos da exclusão, caso se entenda devida, não poderiam retroagir à 1º/01/2002, mas somente a partir de agosto de 2003, data em que foi prolatada sua exclusão (data do ADE).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar.

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Versa a matéria constante dos autos sobre a exclusão da recorrente da sistemática do Simples pelo exercício de atividade vedada - atividades de condicionamento físico, por ser atividade típica de fisicultor ou assemelhados.

De se ressaltar, de início, que a empresa, em sua peça recursal, simplesmente reafirma os argumentos trazidos em sua impugnação. Por entender que a matéria foi adequadamente enfrentada na decisão de 1ª instância, que não merece reparos, pede-se vênha para adotar seus fundamentos, a seguir transcritos:

“(…)

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

Portanto, não há mais que se falar de irregularidade do dispositivo em que se fundamentou o ADE que impôs a exclusão, cujos efeitos devem ser mantidos, porque, como está demonstrado, a autoridade responsável pelo ato administrativo agiu no estrito cumprimento da legislação e jurisprudência em vigor.

Cabe afastar qualquer alegação de irregularidade quanto à exclusão que se deu em função de ato praticado pela administração pública. Como bem se sabe, a adesão ao Simples é ato voluntário da pessoa jurídica. A contribuinte pleiteou seu ingresso no Simples e assim o fez. A Receita Federal não faz nenhuma crítica ao pedido de adesão ao Simples, pois entende que a interessada tem pleno conhecimento dos requisitos que devem ser observados, inclusive quanto às vedações existentes. Posteriormente, a qualquer tempo, constatada alguma irregularidade, é emitido o Ato Declaratório competente e, então, a pessoa jurídica que, de alguma maneira aderiu ao Simples de forma irregular irá arcar com as consequências de seu ato.

A Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, assim determina:

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;

[...].

Art. 15.[...]

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

A lei assegurou expressamente à optante excluída de ofício o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, princípios estabelecidos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, e inseriu a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do SIMPLES ao amparo da legislação de regência do processo administrativo. Esta exclusão deve ser efetuada de ofício mediante a emissão de ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal – SRF que jurisdicione a pessoa jurídica.

Extrai-se ainda que a legislação em vigor tem presunção de legitimidade para a administração tributária, não cabendo discussão sobre aspectos da sua legalidade.

A interessada foi excluída ao Simples em face de exercer atividades vedadas à sistemática e, tanto isso é verdade que a reclamante reconhece o fato. O Contrato Social da interessada prevê o seguinte objeto (fl.25):

“OBJETO SOCIAL: A sociedade tem por objeto a prestação de serviços de aulas de natação, condicionamento físico e prática de esportes.”

Assim é prescindível o fato de haver ou não pessoal habilitado no exercício das funções. Tal fato diz respeito ao órgão de classe a quem a contribuinte está vinculada e que deverá tomar as providências cabíveis. Importa esclarecer que aos contribuintes é autorizada a adesão ao Simples sem qualquer crítica por parte da Receita Federal. Posteriormente, caso a interessada não preencha os requisitos legais para sua permanência no Simples, procede-se à sua exclusão. Portanto, descabe afirmar que sua adesão foi permitida ou que obteve o aval da administração, já que, à qualquer tempo, a autoridade fiscal pode proceder aos ajustes necessários, visando conceder o benefício apenas às pessoas jurídicas que se enquadrem no tipo ditado pela norma.

A propósito das questões apontadas pela defesa sobre os efeitos da exclusão, prevê o parágrafo único do art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 26 de novembro de 2002, vigente à época da exclusão:

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os artigos 22 e 23 surtirá efeito:

[...]

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos II 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:

...

II – de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.”

Logo, não cabem reparos ao ato administrativo de exclusão e seus efeitos legais devem prevalecer.

(...)

Cabe esclarecer que na atividade funcional vinculada, os servidores têm o poder-dever de agir conforme as determinações positivadas no ordenamento jurídico (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Nesse sentido, o seu pleito é improcedente.

Em face do exposto, voto por indeferir a solicitação da empresa.

(...)”

Ex positis, voto por negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 18 de maio de 2010

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.