



Processo nº 16151.000183/2006-73
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.324 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Turma Extraordinária**
Sessão de 07 de abril de 2021
Recorrente CASA DE CUIDADOS CANTAREIRA 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

SIMPLES. CASA DE REPOUSO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO.

Estabelecimentos prestadores de serviços de "casa de repouso" não estão impedidas de optar pelo Simples. O escopo principal desta espécie de estabelecimento é o de cuidados genéricos com idosos, pessoas com incapacidade física e mental. O concurso dos serviços médicos, de enfermagem e outros visa, exigidos por lei, ao amparo dos assistidos, propiciando-lhes a possibilidade de pronto atendimento e/ou encaminhamento ao hospital. Assim, cabe falar em serviço assemelhado, previsto no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário para manter o contribuinte no Simples com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 16-28.297, de 08 de dezembro de 2010, proferido pela da 1^a Turma da DRJ/SP1, que julgou improcedente a manifestação de

inconformidade da Recorrente por exercício de atividade vedada, nos termos do artigo 9º, inciso XIII da Lei nº Lei nº 9.317/96, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo, que será complementado com os fatos que se sucederam:

Trata o presente processo, formalizado em 17/03/2006, de exclusão do Simples, em razão da emissão, em 07/08/2003, do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 478.422 (fl. 5), tendo por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada (evento 306 do CNPJ) relacionada ao CNAE-Fiscal 8531-6-99 (Outros serviços sociais com alojamento), com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 e data de ocorrência em 26/11/2000 (a interessada optou pelo regime simplificado em 01/01/1997).

2. A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, inciso XIII, 12, 14, inciso I, e 15, inciso II e § 3º, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; art. 73 da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/01; artigos 20, inciso XII, 21, 23, inciso I, 24, inciso II e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002.

3. Cientificada do ADE em 26/08/2003 (fl. 6), inicialmente a interessada apresentou, em 22/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS - fls. 1 e 2), declarando que sua atividade consiste em “cuidados genéricos de pessoas idosas e outras com alguma dificuldade de subsistência por si próprias, não constituindo a atividade médica elemento central de seu objeto social.” (fls. 7 a 12).

4. A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 16/02/2006, nos seguintes e exatos termos (fl. 3):

ADE Nº 478.422 (08) - EXCLUSÃO MANTIDA por seus fundamentos legais. Nenhum erro de fato foi detectado. Os documentos que instruíram esta solicitação demonstram que a atividade econômica mencionada nos estatutos sociais é fator de vedação à opção pelo Simples.

5. Cientificada do resultado da SRS em 23/02/2006 (fl. 4), a recorrente, representada por procurador (fls. 32 e 48), apresentou manifestação de inconformidade ao despacho denegatório em 14/03/2006 (razões às fls. 23 a 28 e anexos às fls. 29 a 40).

Alega, em síntese, que:

5.1. A atividade desenvolvida pela impugnante consubstancia-se no atendimento de idosos, pois trata-se de uma casa de repouso.

5.2. Não obstante a RFB tenha base legal para determinar, de ofício, a exclusão do Simples produzindo efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação geradora desse ato, a verdade está em que esta norma não pode alcançar indiscriminadamente todos e quaisquer fatos, sob pena de ofensa a garantias constitucionais e legais dos contribuintes.

5.3. “Esta é a situação de todas aquelas empresas que, há muito tempo atrás, fizeram suas opções pelo SIMPLES, exercendo atividades que não eram vedadas pelo sistema, cumpriram rigorosamente suas obrigações e, de um momento para o outro, se veem acusadas de terem agido incorretamente e lhes têm imputadas obrigações que não poderão cumprir e sanções de que não são merecedoras.”

5.4. Com efeito, a inserção pela RFB de qualquer atividade, além daquelas fixadas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, dentro do conjunto das que não são

passíveis de receber os benefícios da sistemática simplificada, deverá obedecer a dois requisitos imprescindíveis à sua validade.

5.5. Em primeiro, e elemento formal: a RFB expedirá e publicará Ato Declaratório Normativo, com suporte na parte final do que dispõe o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, expressando a exclusão de todas as empresas que desenvolverem determinadas operações e serviços.

5.6. Em segundo, o elemento material: a RFB está obrigada a motivar o ADN, declinando as razões pelas quais determinada atividade passa a ser assemelhada a uma outra que não é passível de opção pelo Simples, observados os limites impostos pela própria natureza das coisas e pelo regramento próprio das chamadas profissões regulamentadas.

5.7. É óbvio que os efeitos da exclusão somente poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela RFB, isto por força do princípio constitucional da segurança jurídica, consubstanciado na garantia individual da irretroatividade das normas e das disposições expressas no Código Tributário Nacional, em seus artigos 103, inciso I, e 146.

5.8. “Importante observar que há precedente positivo de parte do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, isto quanto à irretroatividade dos efeitos da exclusão, em ato de desenquadramento fundado em se tratar de atividade que passou a ser vedada depois de manifestada e aceita a opção”.

5.9. O CNAE-Fiscal da recorrente, 8531-6-99 (Outros serviços com alojamento), inclui as atividades de “instituições para pessoas incapacitadas e mentalmente, quando o tratamento médico não constitui o elemento central deste atendimento”.

5.10. Como se nota, a atividade exercida pela defendant, Casa de Repouso, não se encaixa nas hipóteses de exclusão do Simples descritas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, pois, como demonstrado, o tratamento médico não constitui o elemento central deste atendimento.

5.11. A contribuinte e devidamente licenciada na Secretaria de Estado da Saúde - Sistema Único de Saúde - Vigilância Sanitária da Direção Regional de Saúde - DIR I, e tem como atividade de exercício Casa de Repouso, sob a responsabilidade técnica do sócio proprietário Américo Luiz Petraroli.

5.12. Como se nota, a atividade regularmente validada neste órgão é tão somente Casa de Repouso, visando aos cuidados genéricos de pessoas idosas e outras com alguma dificuldade de subsistência por si próprias, não constituindo a atividade médica elemento central de seu objeto social.

5.13. A empresa também é devidamente certificada no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, porém, como Clínica de Repouso, entendendo-se como nada mais que uma Casa de Repouso, pois não há o exercício da atividade médica e sim a manutenção e o cuidado com as pessoas, em sua maioria idosos, através de alimentação e atividades recreativas.

5.14. A referida certificação no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo faz-se necessária, pois a legislação pede que haja um responsável técnico pela empresa e não que este responsável exerça a atividade de médico no estabelecimento.

5.15. Caso haja um problema de saúde com algum dos clientes, certamente um médico será chamado, mas enfatiza-se que não há tratamento médico hospitalar na empresa, não sendo este o seu objetivo social, nem seu fim.

6. Acostou-se aos autos manifestação da interessada, representada pelo seu procurador (fls. 32 e 48), protocolada no Centro de Atendimento ao Contribuinte/LUZ (CAC) em 07/11/2007. Alega, em síntese, que (fls. 43 e 44):

6.1. A recorrente foi enquadrada pela RFB no Simples Nacional.

6.2. O citado enquadramento apenas e tão somente trouxe justiça fiscal à empresa e restabeleceu seu “status quo” anterior, “conforme amplamente defendido tanto na defesa administrativa quanto na impugnação, também administrativa.”

6.3. Haja vista o supracitado reenquadramento, bem como o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, requer seja considerada inclusa a interessada no Simples Federal, com o cancelamento do ADE Derat/SPO nº 478.422.

A 1^a Turma da DRJ/SP1 julgou improcedente a manifestação de inconformidade, indeferindo a manutenção da Recorrente no Simples, conforme a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

CASA DE REPOUSO. VEDAÇÃO.

A pessoa jurídica que presta serviços de casa de repouso, associada à prestação de serviços profissionais de médico, dentista, enfermeiro, fisioterapeuta e nutricionista, não pode optar pelo regime simplificado.

EFEITOS DA EXCLUSÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA.

A pessoa jurídica que optou pelo Simples até 27/07/2001 e foi excluída por atividade econômica vedada a partir de 2002, tem o efeito da exclusão retroagido para 01/01/2002, na hipótese de situação excludente ocorrida até 31/12/2001.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

JULGAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA.

O ato de julgamento é atividade que se subordina às normas legais e regulamentares vigentes, não comportando ação discricionária por parte do julgador.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário defendendo o que segue transcrito:

“(...)

1. No caso, propondo, em síntese, que trata, o presente processo, formalizado em 17/03/2006, de exclusão do Simples, em razão da emissão, em 07/08/2003, do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 478.422 (fls. 5), tendo por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada (evento 306 do CNPJ) relacionada ao CNAE Fiscal 8531-6-99 (Outros serviços sociais com alojamento), com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 e data de ocorrência em 26/11/2000 (a interessada optou pelo regime simplificado em 01/01/1997)...", o v. acórdão refuta a proposição de regularidade da recorrente quanto ao sistema de opção exercido para a tributação pelo Simples, por suposta inadequação aos artigos 9º, inciso XIII, 12, 14, inciso 1, e 15, inciso II e § 3º, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996,¹ art. 73 da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/01; artigos 20, inciso XII, 21, 23, inciso 1, 24, inciso II e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF /1º 250, de 26/11/2002..."

2. Afirmando, e o que se afere, que as informações da defesa não comprovaram o preenchimento das condições estipuladas pelos citados diplomas legais, especificamente a lei 9.317/96, porquanto, tendo ciência da expedição do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 478.422, a recorrente promovera declaração de que a sua atividade consistiria em “cuidados genéricos de pessoas idosas e outras com alguma dificuldade de subsistência por si próprias, não constituindo a atividade médica elemento central de seu objeto social”, o v. acórdão propõe, inadequadamente, repita-se e “data venia”, a caracterização de circunstância operacional vedada pelo artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96, determinando, peremptoriamente, que a vedação é para a pessoa jurídica “que preste serviços profissionais de”, devendo-se assentar o fato de que basta o exercício da prestação dos serviços de médico, dentista, enfermeiro, fisioterapeuta e nutricionista, com ou sem supervisão, assinatura ou execução por profissional regulamentado, para que a opção pelo Simples seja vedada. Diante disso, mesmo que os serviços sejam prestados por outro tipo de profissional ou pessoa não qualificada, a pessoa jurídica não poderá permanecer no regime simplificado, porquanto se trata do exercício de atividades que encontram óbice no regime simplificado, com fulcro no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996”.

3. Assim, mesmo sendo Casa de Repouso, por desenvolver atividade que para ser executada a lei obriga a responsabilidade técnica de profissionais de várias outras áreas, inclusive o contato com médicos, enfermeiros, o que acarretaria, supostamente, a vedação e a não inclusão no sistema operacional de que se trata, o v. acórdão defende a expedição do ADE nº 478.422, pois que nenhum erro de fato foi detectado. Os documentos que instruíram esta solicitação demonstram que a atividade econômica mencionada nos estatutos sociais é fator de vedação à opção pelo Simples”.

4. Percebe-se, indiscutivelmente, que a situação aqui examinada, compõe a seguinte equação: a recorrente, constituída e que é uma casa de repouso, prestadora de serviços tipificados como “cuidados” aos seres humanos, não logrou demonstrar, de maneira clara, com terminologia adequada, com a determinação léxica, que os serviços prestados são pertinentes e típicos de casa de repouso, não prestando qualquer assistência médica. Por utilizar, seja na composição descritiva de seu objetivo social contida em seu Contrato Social, seja nas razões de defesa, denominações específicas de atividades científicas, meras palavras, expressamente ligadas a tratamentos de enfermidades, não seria casa de repouso, mas de tratamento médico, pois, segundo o v. acórdão, a Alteração Contratual da interessada, registrada no 4º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital em 14/02/2000, consigna que o objetivo social da empresa consiste em clínica médica em geral, clínica para idosos e afins, sendo seu sócio o médico Américo Luiz Petrarolli..." E mais. Como foi expedido o Ato Declaratório Executivo definindo que a Casa de Repouso não é Casa de Repouso, mas sim Clínica Médica, a recorrente não poderia optar pelo Simples.

5. A postura fiscal, insista-se, peca pela base e não há como prosperar.

Primeiramente cumpre definir que a recorrente tem, como objetivo social, “a prestação de serviços visando aos cuidados genéricos de pessoas idosas e incapazes física e mentalmente”, ligados, tais cuidados, à alimentação, higiene, recreação, enfim, tudo quanto a pessoa idosa necessita para o prolongamento e a melhoria da sua vida. Isto, necessariamente, é o que se denomina, implementar, como forma de sociabilização das atividades dos seres humanos desgastados pelo inclemente e inexorável passar do tempo, aos idosos, qualidade melhor de vida aos que já não possuem o viço da juventude, da jovialidade, tão cara para todo e qualquer ser vivo.

6. (...) No caso, o v. acórdão, “data venia”, se equivoca, pois velhice, senilidade, não é doença, para o fim que o E. Julgador, de maneira altamente abstrata e de forma extensiva, quer conceituar. O repouso, o cuidado, não é o tratamento médico que a lei exclui, veda. O que é vedado é o tratamento médico, para curar enfermidade. na acepção de clínica médica, lato sensu. O repouso, cuidados com a velhice, mesmo executado em um lugar chamado “clínica”, se assim usarmos este termo, não é, nunca foi e nunca será o executado em clínica médica para curar enfermidade, doenças, ministrar remédios, medicamentos, tratamentos para não morrer. Em síntese, embora seja dolorido isto dizer, a clínica médica presta os serviços de tratamento para o indivíduo não morrer, enquanto a clínica de repouso, como no caso da Recorrente, presta os serviços de tratamento para o indivíduo permanecer vivo. Inexistem dúvidas.

7. Aliás, a denominação “Clínica” destina-se, na língua portuguesa, a explicitar o local para os mais variados serviços, não sendo usada só para definir local de serviços médicos ou correlatos. Também é usada para definir local e forma de simpósios, atividades esportivas, operações de aprendizagem em geral, que obviamente nada têm a ver com clínica médica. No caso em tela, a denominação clínica, base para a errônea caracterização da recorrente como prestadora de atividade vedada à opção, foi usada como metáfora de Casa de Repouso, sem nenhuma relação funcional ou intrínseca com o disposto no artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96.

8. Vê-se, preambularmente, que os serviços prestados pela recorrente não são afeitos às “clínicas médicas”, a tratamentos de enfermidades, doenças, como pretende impor o v. acórdão; logo, não há como se aceitar a pretensa vedação. Aliás, a se ter válida a interpretação do v. acórdão, tudo quanto se relaciona com a vida do ser humano, por estar diretamente vinculado à subsistência, a evitar o seu perecimento, se encaixaria na vedação. A recorrente, de forma singela, apenas mencionou, na defesa, que a casa de repouso não tem como atividade principal a prestação de serviços médicos, para esclarecer que não presta tais serviços, Óbvio. A lei veda a opção para prestadores de serviços médicos, diretos, o que inexiste na hipótese. É preciso, é necessário, interpretar-se a lei até os limites por ela traçados, não estendê-los, como aqui o v. acórdão propõe, razão pela qual a r. decisão há de ser reformada.

9. Segundo a máxima de hermenêutica jurídica, não cabe ao intérprete estender os limites da lei, mas sim aplicá-las nos por ela traçados. A denominação “Clinica de Repouso” não transforma os “cuidados” prestados pela recorrente em serviços médicos. E o fato de atender ao disposto em lei, contando com responsáveis habilitados tecnicamente nas mais variadas inserções do ser humano não podem caracterizar a execução, para fins tributários, daquele serviços. Ao contrário. É a garantia da aptidão visando a estabelecer o bom critério para o atendimento. Na prática, corresponde à excelência de prestar o melhor serviço. A existência de um médico, uma enfermeira, enfim, um graduado técnico, qualifica o bom serviço.

A grosso modo, seria o mesmo que um professor universitário exercer o trabalho de copeiro, como ocorre nos países avançados, do chamado “primeiro mundo”. Obviamente a excelência do trabalho predomina. É o caso. Na Europa, há administradores, economistas, engenheiros, advogados, que prestam serviços de

hotelaria, de arrumadeira, de motorista, etc. E isto não muda a essência do serviço prestado. O fato de um médico ou outro profissional se responsabilizar por uma Casa de Repouso não significa, necessariamente, que a Casa de Repouso é uma Clínica Médica, que presta serviços médicos.

10. Para ter-se uma ideia da incongruência da pretensa vedação como aqui tratada, da opção da requerente, analisemos um fato extremamente interessante: o Código de Trânsito Brasileiro prevê que no processo de habilitação do condutor, haja referência a conhecimento de primeiros socorros. Indaga-se: se o taxista, caso venha a prestar tais serviços, os terá exercido sob forma tributável a título de serviços médicos? O absurdo, pois, da ilação projetada pelo v. acórdão exige a sua reforma.

11. Percebe-se, assim, que todos os motivos invocados pelo v. acórdão, como lastro da objeção ao pleito da recorrente, não passam, "data venia", de meras presunções, de especulações, que só demonstram o subjetivismo das considerações do E. Julgador, inteiramente dissociadas do que dispõe a legislação em vigor e da realidade dos fatos, esta passível de comprovação até mesmo por diligências que vierem a ser efetuadas.

Tanto que a base principal da rejeição, que não contém o menor supedâneo jurídico, consiste em informação colhida da internet, do endereço eletrônico da empresa, assim tratada, no v. acórdão, com os grifos no original:

"8. Efetuada pesquisa no sítio da defendant na internet (www.casadecuidadoscombr) constatou-se os seguintes registros (fls. 53 a 58):

As patologias mais comuns que levam os familiares a procurar nossos serviços são: sequelas de AVC, Mal de Alzheimer, doença de Parkinson, demência senil, etilismo senil, osteoartrite e outras alterações gerontológicas físicas e mentais.

Nossos Clientes-saúde recebem carinho e dedicação de uma equipe interdisciplinar experiente e pronta para assisti-lo.

Apresentação

A Casa de Cuidados, iniciou suas atividades em 1989, sempre objetivou o bem estar de seus clientes-saúde.

Investe em estrutura-física e recursos humanos. A equipe de trabalho é treinada para oferecer um atendimento personalizado à necessidade de cada cliente-saúde.

O espaço físico destinado à clínica é de 2.300 m² e está localizado nas proximidades da Serra da Cantareira desfrutando de ótimo clima de montanha. As instalações são adequadas, criando um clima sereno e aconchegante, com árvores e jardins.

Equipe

Médicos:

Dr. Américo Luiz Petraroli

Dr. Jefferson M. Fernandes

Enfermeiras:

Daniella Zanella Aleto Magali Gallo

Odontólogo:

Henrique Loffreddo Neto

Gerente Administrativa:

Alessandra Ga/lo Petraroli

Fisioterapeutas:

Alexandre Armando Silva

Vivian Bellini

Gerentes:

Carolina Gallo Petraroli

Terezinha F. F. Silva

Nutricionista:

Camila Rocha Amaral

Serviços Os internos mantêm uma rotina pré-estabelecida com horários para as refeições e medicamentos. São realizadas 5 refeições diárias e a higiene pessoal é feita 4 vezes ao dia, inclusive durante a noite. As visitas podem ser feitas de segunda à sábado das 14 às 16 horas. Além das rotinas diárias, são realizados passeios no jardim e praça com banho de sol, atividades artísticas, religiosas e recreativas como bingos e festas típicas.

Tabela de Preços

Mensalidade Psiquiatria (coletiva - 3 ou 4 pctes) - R\$ 1.730,00

Mensalidade Geriatria (coletiva - 3 ou 4 pctes) - R\$ 1.580,00

Mensalidade quarto duplo - R\$ 1.780,00

Mensalidade individual- R\$ 1.980,00"

Pois bem. Endereço eletrônico, internet, "site", sitio, não é circunstância tipificadora para gerar obrigações tributárias. Primeiro, porque se oferece virtual; segundo, por traduzir mera linguagem informativa e, por fim, sendo objeto destinado a comunicação, nenhuma relevância possui para o fim legal imposto pelo v. acórdão.

12. Esta constatação demonstra, cabalmente, que a r. decisão, por se basear em inserção eletrônica postada pela recorrente, de cunho meramente publicitário, informativo, traçado como forma de comunicação trivial, sugestiva, sem nenhuma conotação jurídica, não poderia ser usada à forma que a Receita propõe. O "site" não caracteriza hipótese de circunstância tributária, impositiva ou excludente. O nítido caráter subjetivo deste dado não serve como enquadramento legal para o procedimento, a não ser suposta fraude, o que inoce. E se um dado é usado de forma ilegal, segue-se que todo o procedimento administrativo é viciado, por não obedecer ao critério da lei, não podendo prevalecer.

13. Necessária a reforma da r. decisão. O fisco não demonstrou, cabalmente, a veracidade das suas alegações. Com efeito, sem o exame dos fatos para detectar, com certeza absoluta, a circunstância da vedação sem o exame da escrituração da recorrente, inviável a pretensão fiscal, diante da determinação dos §§ 1º e 2º, do artigo 9º do Decreto-lei 1.598/77, "verbis":

“§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definido em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º”.

(...)

15. A r. decisão, assim, peca pela base e deve ser reformada. Os elementos eletrônicos, o alegado “sítio”, são documentos privados que não retratam qualquer fato jurídico-tributário, muito menos de vedação a favores ou benefícios fiscais. O ato fiscal, por ter sido apontado com base em meras presunções, não encontra supedâneo em nossa legislação e doutrina.

Aliás, a própria jurisprudência administrativa é uníssona em exigir indícios veementes de irregularidades, para que estas se configurem. No caso, ausente a certeza absoluta, inaceitável a peça fiscal. (...)

17. Necessária, por conseguinte, a reforma da r. decisão. A recorrente, Casa de Repouso, não presta serviços relativos a cura, tratamento, de enfermidades, doenças, típicas e afeitas à medicina. Dessa forma, a vedação à opção ao Simples, preconizada pelo art. 9º XIII da Lei 9.317/96, não se aplica à recorrente. Basta uma análise correta do citado dispositivo legal, que reza:

“Art. 9º - Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

XII - 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 à assemelhados e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa da habilitação profissional legalmente exigida.”

18. Insista-se: a recorrente não presta qualquer serviço denotado acima, mesmo porque, como o próprio sítio informa, “investe em estrutura física e recursos humanos”. Indaga-se: por que a “explicação” dos cuidados não foi considerada e a r. decisão só se baseou na informação de que, para excelência dos serviços, a casa de repouso conta com profissionais de alto nível de aptidão? irresponsável esta indagação. Aliás, o v. acórdão faz letra morta a própria lei 9.317/96, pois nenhuma pessoa jurídica poderia optar pelo Simples. Tudo na vida, toda e qualquer atividade é assemelhada a uma outra qualquer. O espírito da lei, negado pela r. decisão, terá de valer. O elenco de atividades de que trata o art. 9º, XIII, é taxativo, não exemplificativo. Quando se refere a médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, advogado, contador, auditor, o faz vinculando o trabalho executado à habilitação técnica específica. A Casa de Repouso, não é, não foi e não poderá ser entendida e caracterizada como “Clínica de Serviços Médicos”, “Escritório de Engenharia”, “Clinica de Enfermagem”, “Clínica Veterinária”, “Escritório de Advocacia”, “Escritório de Contabilidade”. E, muito menos, executar atos assemelhados a tais prestadores de serviços, por denominar-se “clínica” e atender à lei, e dispondo de pessoas habilitadas em referidas profissões técnicas. Repita-se: o profissional não desenvolve atividade outra senão a relativa à moradia assistida, ou o eventual encaminhamento dos tomadores de seus serviços, de repouso, se necessário, para as respectivas localidades especializadas de tratamento. A recorrente, na verdade, acaba sendo a residência, o domicílio de quem a procura, obviamente carente dos cuidados que oferece.

19. O texto legal é claro e não admite sofismas, razão pela qual o equívoco traçado pela r. decisão há de ser corrigido, para acatar a opção da recorrente. O princípio

básico é que o fisco não pode estender o alcance da lei, impondo obrigação em fato não previsto . expressamente. Eis a questão pela qual a reforma do v. acórdão é medida imperativa, porque baseado em premissas irreais.

20. Pelo exposto, conclui-se, necessariamente, que o presente RECURSO deve ser conhecido e provido, devendo ser, a r. decisão, reformada, acatando-se a opção da recorrente, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, a Recorrente foi excluído do Simples sob o argumento de exercício de atividade econômica vedada com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002, com fulcro no objeto social de seu instrumento de constituição societária que indicaria tal prática.

Por sua vez, a DRJ manteve a exclusão sob o fundamento de que, em se tratando de prestação de serviços vinculados a outras profissões, cujo exercício profissional dependa de habilitação legalmente exigida, como no caso dos autos, a opção ao Simples é vedada.

A Recorrente discorda do acórdão de piso alegando que não incorreu na vedação tipificada no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, vez que sua atividade consistiria em cuidados genéricos de pessoas idosas e outras com alguma dificuldade de subsistência por si próprias, não constituindo a atividade médica elemento central de seu objeto social.

Analisando a questão, entendo assistir à Recorrente.

Inicialmente, vale destacar que o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal) ¹.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME>

Neste contexto, verificada a ocorrência em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o indeferimento da opção é formalizado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente para excluir a empresa do Simples.

No caso dos autos, a Recorrente foi excluída do Simples Federal em razão do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996 que determinava:

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.

Isso porque a autoridade administrativa entendeu, ser suficiente para tal exclusão, a previsão na alteração contratual, registrada em 14/02/2000, objeto social relativo à atividade de clínica médica em geral, clínica para idosos. Corroborando tal entendimento, o relator do voto condutor da decisão recorrida, ressaltou que, de acordo, com informação colhida da internet, do endereço eletrônico da Recorrente, verdade haveria a prestação de serviços por médicos, odontólogos, enfermeiras e nutricionistas.

Porém, para a exclusão da empresa do Regime Simplificado, não basta a mera percepção de atividade vedada formalmente incluída no contrato social, como se deu neste caso, devendo ser demonstrado o seu efetivo exercício, o que não se deu *in casu*.

Oportuno destacar a Súmula CARF nº 134:

Súmula 134

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade”.

Caberia ao Fisco demonstrar de forma convincente o contrário. Afinal, não há, no caso, margem à inversão do ônus da prova, porque equivale a exigir-se do prova negativa. Ora, A presunção de legitimidade do lançamento não é uma carta em branco para a fiscalização atuar imotivadamente com base em mera alegação.

Neste sentido, cito acórdão que corrobora o ora afirmado:

“(...) PROVA NEGATIVA - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A prova de fato negativo, prova diabólica, é modalidade impossível ou extremamente difícil de ser obtida e viola o devido processo legal. (Acórdão nº 2002-005.675, Relator: Thiago Duca Amoni, Data da sessão: 23/09/2020)

Ademais, ao analisar a natureza dos serviços prestados pela ora Recorrente, como fez a DRJ, chego, porém, a conclusão oposta àquela exarada pela autoridade julgadora de primeira instância, posto que o tratamento médico não constitui o elemento central das atividades desempenhadas pela Recorrente e, por conseguinte, não se encaixam nas hipóteses de exclusão do Simples descritas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Certo é que a Recorrente desempenha atividade de hospedagem de pessoas idosas e incapazes física e mentalmente e prestação de serviços relacionados à alimentação, higiene, recreação, consoante Alteração Contratual de e-fls. .

Todavia, para cumprir as exigências legais, a Recorrente, enquanto clínica de repouso, é obrigada a oferecer/disponibilizar serviços de atenção à saúde, mas não presta serviços relativos a cura, tratamento, de enfermidades, doenças, típicas e afeitas à medicina.

Ora, o fato de haver a disponibilização de atendimento à saúde não desnatura a atividade das casas de repouso. Isso porque a atividade médica em questão é auxiliar à atividade da contribuinte e decorre de obrigação legal. Sua atividade fim não consta da rol de atividades vedadas ao regime do Simples.

Obviamente, afasta-se a exclusão mesmo quando o serviço médico é necessário à consecução da atividade da empresa, tanto mais razoável que se proceda da mesma forma quando sua participação é meramente acessória.

Assim, entendo que a prestação de serviço médico não se confunde com a atividade prestada pela Recorrente, que é o acolhimento e a hospedagem de pessoas idosas ou com alguma limitação física ou mental.

De tal modo, como afirmado pela Recorrente, o concurso dos serviços médicos, de enfermagem e outros eventuais visa a amparar os assistidos, propiciando-lhes a possibilidade de pronto atendimento e/ou encaminhamento hospitalar.

Neste sentido, há muito já tem se posicionado este Tribunal:

PENSÃO PARA IDOSOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE VEDADA. SÚMULA CARF 134 Assemelhando-se a um asilo, o simples fato atender a idosos, mas sem provar o real exercício de profissão vedada, não cabe falar em assemelhado, previsto no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 1996. (Acórdão nº 1003-001.598, Relatora: Bárbara Santos Guedes, Sessão: 02 de junho de 2020)

ASILOS E CASAS DE REPOUSO. CUIDADORES. SERVIÇOS ASSEMELHADOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE VEDADA. REINCLUSÃO. Assemelhando-se a um asilo, o simples fato de haver um ou dois profissionais, mas sem provar o real exercício de profissão, não cabe falar em assemelhados que foi o único fundamento da fiscalização para a exclusão do Simples. Não há caracterização da situação prevista na Lei nº 9.317, de 1996, art. 9º, inc. XIII). (Acórdão nº 1302-002.999, Relator: Rogério Aparecido Gil, Sessão: 22 de outubro de 2018)

SIMPLES. CASA DE REPOUSO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO. Estabelecimentos prestadores de serviços de "casa de repouso" não estão impedidas de optar pelo Simples. O escopo principal desta espécie de estabelecimento é o serviço de hotelaria, cuja clientela necessariamente não é feita de pessoas doentes. O concurso dos serviços médicos, de enfermagem e outros visa a amparar os assistidos, propiciando-lhes a

possibilidade de pronto atendimento e/ou encaminhamento hospitalar. (Acórdão nº 1101001.056, Relator: Benedicto Celso Benício Valadão, Sessão: 11 de março de 2014)

Entendo, portanto, que não há óbice para a fruição do regime do Simples às casas de repouso, como é o caso da ora Recorrente.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para manter o contribuinte no Simples com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça