



Processo nº	16151.000367/2006-33
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1401-004.787 – 1^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária
Sessão de	13 de outubro de 2020
Recorrente	MCP NATAÇÃO S/C LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2002

PRELIMINAR. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do ato de exclusão quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se materializa cerceamento de defesa quando a empresa exerce plenamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Decreto regulador do processo administrativo tributário.

ACADEMIA DE GINASTICA. ATIVIDADE IMPEDITIVA. OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Exercendo a empresa atividade que impeça a opção pelo Simples, de academia de hidroginástica, mergulho e natação, está correta a sua exclusão daquela sistemática.

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.

ART. 179 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRATAMENTO FAVORECIDO. LEI nº 9.317/1996.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, é norma infraconstitucional que vem ofertar, justamente, eficácia jurídica ao que consignado no art. 179, *in fine*, da Constituição, que é norma constitucional de eficácia limitada.

SÓCIO. QUALIFICAÇÃO.

Vedada a opção ao regime simplificado às pessoas jurídicas que prestam os serviços profissionais que a Lei nº 9.317/1996 elenca, independentemente da qualificação profissional dos sócios.

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.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE. SÚMULA CARF N. 02.

De acordo com a Súmula CARF nº 02, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Aliado ao disposto no art. 45, inc. VI, do RICARF, nega-se provimento ao recurso calcado exclusivamente nos princípios da igualdade tributária, da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco.

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Letícia Domingues Costa Braga, Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado) e Nelso Kichel.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo (SP) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte, contra o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 485.427 diante da exclusão da empresa recorrida ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples).

Ao compulsar dos autos, 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 111/único, da Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002.

Cientificada do ADE em 26/08/2003 (fl. 4), a interessada apresentou, em 25/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS - fls. 1 a 29), com a alegação de que a empresa disponibiliza piscinas aos seus clientes, para atividades de lazer, não se configurando a atividade de aprendizado de natação e a necessidade de profissional com habilitação profissional legalmente exigida.

A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 23/03/2006, nos seguintes e exatos termos:

ADE Nº 485.427 (17) — 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.

Cientificada do resultado em 26/05/2006 (fl. 30), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade ao despacho denegatório em (fls. 31 a 60 e anexos). Alega, em síntese, que:

Preliminares

- a) Não há fundamento fático e jurídico para a exclusão da recorrente do sistema Simples de tributação.
- b) Nulidade das Notificações por cercear o direito à ampla defesa:
 - b.1) O ADE em comento cerceia o direito de defesa da recorrente, pois impede que se saiba ao certo qual o motivo de sua exclusão e, portanto, deve ser anulado, reformando-se os termos da decisão.

b.2) A partir da leitura da fundamentação legal consignada no ato de exclusão, indaga-se qual o motivo pelo qual a requerente foi excluída do Simples se ela não se enquadra em nenhuma das hipóteses nela contida.

b.3) O objetivo social da interessada consiste em prestação de serviço na área de hidroginástica, mergulho e natação e não se pode admitir que tais serviços se enquadram em quaisquer das hipóteses previstas no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, pois não há necessidade de professor, fisicultor ou assemelhados para a referida prestação de serviços.

b.4) A ausência de motivação e justificativa torna o Ato Declaratório Executivo ilegal e nulo, pois impede a ampla defesa.

c) Violação ao princípio da irretroatividade da lei:

c.1) O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal/1988, expressa que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

c.2) A irretroatividade da lei é regra, sendo exceção as que retroagem, como no caso da lei interpretativa, da lei penal mais benigna, etc.

c.3) Na hipótese de não ser mantido o enquadramento da defendente na sistemática simplificada, o que somente se admite "ad argumentandum tantum", os efeitos de tal decisão não podem retroagir e devem surtir seus efeitos somente no ano seguinte ao da "decisão administrativa que transitar em julgado", para que sejam respeitadas as normas constitucionais, haja segurança jurídica e se faça justiça.

d) Violação ao princípio da isonomia:

d.1) Por disposição constitucional registrada no art. 179 da CF/1988 as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas.

d.2) Assim, se o dado básico fundamental é não ter receita bruta superior a um determinado "quantum", não poderia a lei discriminar firmas ou pequenas empresas constituídas por profissionais como os mencionados no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996.

d.3) Não se pode comparar a recorrente, por exemplo, com a Academia Companhia Athlética, com a Academia Fórmula, que como é público e notório, tem dependências enormes, em locais privilegiados, infraestrutura de primeira linha e um faturamento grandioso.

d.4) "Ao não conceder à recorrente os benefícios de fazer parte daquelas empresas que são beneficiadas pelo sistema de tributação SIMPLES, não há como fazer frente, disputar mercado, oferecer preços melhores e, enfim existir como empresa competitiva."

d.5) À luz da garantia constitucional da isonomia tributária não se pode conceber que a Lei n.º 9.317/1996 possa estabelecer como situação excludente ao Simples o exercício de determinadas atividades profissionais, notadamente o seguimento da defendant.

d.6) Requer seja considerado inconstitucional o art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, que criou tratamento jurídico diferenciado para as micro e pequenas empresas, com o consequente enquadramento da contribuinte no regime simplificado.

e) Violação ao princípio da capacidade contributiva:

e.1) O art. 145 da Constituição Federal/1988 consagrou o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual todos os impostos deverão ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

e.2) O aludido critério preconiza que contribuintes com a mesma capacidade econômica, independentemente da atividade que exercem, devem ser tributados igualmente.

e.3) Assim, caso exista um comando legal que imponha tratamento diferenciado no campo tributário, sem levar em conta a capacidade econômica do contribuinte, decerto será inconstitucional.

e.4) Uma vez que o critério utilizado para definir microempresa e empresa de pequeno porte é única e exclusivamente financeiro, preconizado no art. 2º da Lei n.º 9.317/1996, todas as empresas que se enquadram nesse conceito possuem a mesma capacidade para suportar a despesa decorrente do pagamento da exação.

e.5) Portanto, a norma inserida no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, descumpre o princípio da capacidade contributiva, uma vez que o critério utilizado não foi o econômico, mas sim a atividade profissional.

e.6) O argumento exposto é consolidado por decisão monocrática nos autos do mandado de segurança coletivo n.º 1999.61.00.057140-1, que perante a 11 a Vara Cível da Subsecção Judiciária de São Paulo (transcreve a ementa da Decisão as fls. 42 e 43).

f) Violação a garantia institucional: Transcreve doutrina de Carlos Alberto de Lima Almeida as fls. 44 e 45, segundo a qual a instituição a proteger é o sistema econômico brasileiro, fundado na livre concorrência e

na livre iniciativa (art. 170, inciso IV, da CF/1988), que somente poderá se materializar caso seja concedido tratamento jurídico diferenciado para a pequena empresa, concluindo que a única exigência prevista em lei (9.317/1996) refere-se receita auferida.

- g) Inconstitucionalidade da Lei n° 9.317. O art. 90, inciso XIII, da Lei n° 9.317/1996, não cumpriu com a diretriz constitucional de dispensar a microempresa e a empresa de pequeno porte tratamento favorecido e simplificado das obrigações tributárias, pois desconsiderou o comando inserto no art. 179 da CF/1988.
- h) Por não estar a recorrente enquadrada expressamente em quaisquer das hipóteses previstas no art. 9º, inciso XIII, da Lei n° 9.317/1996, não podendo ser considerada como "assemelhada", por total afronta a Constituição e ao Código Tributário Nacional, requer a reconsideração da decisão, para que seja a mantida a contribuinte no regime simplificado.

Mérito.

- i) Em face de não ter a recorrida se posicionado específica e claramente sobre os motivos que ensejaram a exclusão da recorrente do Simples, haverá doravante defesa naquilo que poderia ensejar o desenquadramento.
- j) A contribuinte é uma pequena empresa que presta serviços de hidroginástica, mergulho e natação.
- k) "Ora Nobres julgadores "data venha", aquele que está com problemas de coluna, respiratório, pós operatório ou qualquer outro, ou ainda, precisam emagrecer ou manter a forma, passam a freqüentar as dependências da recorrente para que?" "A resposta somente pode ser para recuperar, melhorar a manter um bom condicionamento físico e, essas atividades não estão anas a uma daquelas impedidas de optar pelo simples."
- l) " As atividades da requerente têm grande utilidade e relevância para a saúde da população, o que justifica a sua manutenção no regime simplificado, para que possa cobrar mensalidade menos onerosa aos seus clientes e manter os menos favorecidos."
- m) Neste mesmo sentido, a IN SRF n° 306, de 12 de março de 2003, em seu art. 23 prevê que "Para os fins previstos no art. 15, par. 1º, inciso III, alínea "a", da Lei n° 9.249, de 1995, poderão ser considerados serviços hospitalares aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução de uma das atividades ou a combinação de uma ou mais das atribuições de que trata a Parte II, Capítulo 2, da

Portaria GM N° 1.884, de 11 de novembro de 1994, do Ministério da Saúde, relacionados nos incisos seguintes:" (transcreve o dispositivo legal à fl. 53).

- n) Se a recorrida excluiu a recorrente sob o fundamento de que se utiliza professor para a exploração de sua atividade é imperioso esclarecer que para o exercício das atividades da contribuinte não há, necessariamente, a exigência de um professor para atuar como instrutor de natação, mergulho, hidroginástica, podendo a atividade ser exercida por um prático.
- o) "Fazendo-se uma correlação entre as atividades do professor com as atividades das instituições de ensino, previstas em lei, verifica-se que as mesmas são totalmente distintas das atividades da recorrente, não sendo possível confundir a figura do professor, com a da empresa, que assume uma atividade empresarial, como poderia ser para qualquer outro segmento, uma vez que o ensinamento é passado pelos profissionais contratados pelas instituições de ensino."
- p) Preclaro julgador, cumpre informar ainda que as empresas do ramo da recorrente, estão tendo concorrência de escolas de ensino fundamental que, nos termos da lei podem se enquadrar no simples.
- q) As referidas escolas de ensino fundamental, utilizando da referida expressão e, tendo a autorização para estar enquadrada no sistema de tributação do SIMPLES, estão abrindo piscinas, realizando ginástica nas piscinas em suas unidades com preços reduzidos à comunidade, não só aos seus alunos!
- r) Ora, se as escolas de ensino fundamental podem ter dentro de suas dependências piscina para que o seu aluno nade, por que não equiparar então, as academias e referidas escolas de ensino fundamental, para efeito de enquadramento no sistema SIMPLES?
- s) Ademais, se a educação física é uma das matérias do ensino fundamental e, caso seja o entendimento da Receita e que os empregados da recorrente se equiparam a professores, o que somente se admite a título de argumentação, as academias então devem ser equiparadas a escolas do ensino fundamental e, consequentemente devem ser mantidas no sistema Simples!!!
- t) Requer provimento do recurso para manter a empresa no SIMPLES.

O Acórdão ora Recorrido (16-26.149 – 1^a Turma da DRJ/SP1) recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

PRELIMINAR. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do ato de exclusão quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se materializa cerceamento de defesa quando a empresa exerce plenamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Decreto regulador do processo administrativo tributário.

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

Ano-calendário: 2002.

ACADEMIA DE GINASTICA. ATIVIDADE IMPEDITIVA. OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Exercendo a empresa atividade que impeça a opção pelo Simples, de academia de hidroginástica, mergulho e natação, está correta a sua exclusão daquela sistemática.

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.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APLICABILIDADE.

O princípio da isonomia tributária tem como finalidade assegurar a igualdade entre os sujeitos passivos da obrigação tributária que se encontrem em situações equivalentes, vedando distinção de natureza. Não há que se exigir a sua aplicação para empre encontram em situação distinta.

ART. 179 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRATAMENTO FAVORECIDO. LEI n.º 9.317/1996.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, é norma infraconstitucional que vem ofertar, justamente, eficácia jurídica ao que consignado no art. 179, *in fine*, da Constituição, que é norma constitucional de eficácia limitada.

INCONSTITUCIONALIDADE. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

A instância administrativa não é foro apropriado para discutir constitucionalidade de normas, pois qualquer discussão sobre constitucionalidade deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal.

SÓCIO. QUALIFICAÇÃO.

Vedada a opção ao regime simplificado às pessoas jurídicas que prestam os serviços profissionais que a Lei n.º 9.317/1996 elenca, independentemente da qualificação profissional dos sócios.

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 as normas legais e regulamentares vigentes, não comportando ação discricionária por parte do julgador.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Sem Crédito em Litígio.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário que apenas repete o conteúdo da Manifestação de Inconformidade.

Entretanto, anexa como documentos certificado de filiação da recorrente ao SEEAAATESP, sindicato vinculado à FESESP, bem como Certidão de Objeto e Pé relativa MS impetrado pela referida Federação no qual foi proferida sentença parcialmente procedente reconhecendo o direito às filiadas a optarem pelo Simples Nacional. A certidão não atesta o trânsito em julgado.

Anexa ainda a inicial do referido MS e respectiva sentença e decisão de embargos.

Em sequência, anexa Acórdão de Apelação onde o TRF revogou a liminar, indeferiu a inicial do MS e julgando extinto o processo sem julgamento do mérito.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e- processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado constitui-se basicamente em cópia da impugnação cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Nestes termos, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrita integralmente o voto da decisão recorrida:

Voto.

De plano, quanto à preliminar de nulidade arguida pela impugnante, cumpre ressaltar o que estatuem os artigos 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal — PAF).

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Do exame do dispositivo supra extrai-se que no tocante ao ADE só pode haver nulidade se o ato for lavrado por agente incompetente.

Não se evidencia nos autos a ocorrência da hipótese mencionada, tendo em vista que o ato emanou de autoridade competente (Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil ocupante do cargo de Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo — fl. 102).

Não há, ainda, quaisquer irregularidades, incorreções e omissões no ato de exclusão, tornando sem sentido a alegação da contribuinte de que não há fundamento fático e jurídico que ampare sua exclusão da sistemática simplificada.

Quanto à afirmação de que o ADE em comento cerceia o direito da recorrente, pois impede que se saiba ao certo qual o motivo de sua exc :1 - portanto, deve ser anulado, registre-se que o campo "Descrição" do referido . a evidencia claramente a exclusão por atividade econômica vedada, relacionada ao CNAE-Fiscal 9261-4-05 (Atividades de condicionamento físico).

A contribuinte foi assegurado o contraditório mediante a ciência do citado ADE, ocorrida em 26/08/2003, conforme Aviso de Recebimento acostado à fl. 4, o que lhe possibilitou exercer plenamente seu direito de ampla defesa (nos termos do art. 50 , inciso LV, da Constituição Federal/1988, e do Decreto 70.235/1972), inicialmente por meio do rito sumário da SRS e, posteriormente, através do contraditório que se examina.

Ressalte-se ainda que analisando-se as considerações apresentadas pela requerente na defesa, constata-se que a recorrente entendeu perfeitamente a motivação do ato de exclusão, bem como o fundamento legal pertinente, de modo que não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa.

Veja-se que ela própria registra que a questão central que se deve discutir nesses autos é se a atividade de uma empresa voltada para o ramo de hidroginástica, mergulho e natação, estaria ou não vinculada à figura do professor.

Assim, rejeitam-se as preliminares de nulidade do ADE e de cerceamento de defesa suscitadas pela defendant.

Quanto ao mérito, cabe mencionar que o Simples é um benefício fiscal, já que envolve, dentre outros, tributação com alíquotas favorecidas, recolhimento unificado e centralizado com um único DARF, dispensa de obrigatoriedade de escrituração comercial para fins fiscais, etc.

Em suma, consubstancia um regime de normas que concedem isenções tributárias e dispensam o cumprimento de obrigações tributárias acessórias, sendo que os dispositivos legais a ele pertinentes devem ser interpretados literalmente, à luz do art. 111 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 26/10/1966) que preconiza:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

O Contrato Social da interessada, de 1995, consigna que o objetivo social da empresa consiste em atividades de hidroginástica, mergulho e natação em geral, sendo sua razão social M.C.P. Natação S/C Ltda, atividades que a contribuinte confirma exercer no contraditório que se examina (fls. 80 a 83).

Afirma, ainda, a recorrente:

"Ora Nobres julgadores "data vénia", aquele que está com problemas de coluna, respiratório, pós operatório ou qualquer outro, ou ainda, precisam emagrecer manter a forma, passam a freqüentar as dependências da recorrente para que?"(grifos acrescidos).

"A resposta somente pode ser para recuperar, melhorar a sua saúde e manter um bom condicionamento físico e, essas atividades não estão arroladas como uma daquelas impedidas de optar pelo simples."

"Em face ao exposto, a recorrente através da atuação de seus profissionais treinando os seus clientes para que pratiquem correta e regularmente exercícios físicos, no sentido de se recuperarem, manterem a saúde e, consequentemente, melhor qualidade de vida, devem ser mantidas no SIMPLES, por estarem equiparadas a fisioterapia ou hospitais, devendo ser reformada a r. decisão de fls., para que se faça justiça!"(grifos acrescidos).

"Impolitos julgadores, quem está sendo excluída do Simples não é o profissional ou técnico que trabalha nas dependências da recorrente, mas sim, ela própria, a empresa recorrente (que tem como sócios pessoas que não precisam ser professores de educação física, mas simplesmente empresários)!! !"(grifos acrescidos).

"Nas empresas que atuam no mesmo ramo de atuação da recorrente, em sua grande maioria, como no caso dos autos, encontram-se empresários voltados ao desenvolvimento do ramo de atividade na área da prática esportiva e, nenhuma obrigação legal existe para impor, determinar que os seus sócios sejam professores!"(grifos acrescidos).

"A recorrente é uma empresa voltada ao ramo de recuperação e manutenção do condicionamento físico, onde seus clientes, conforme já exaustivamente exposto, a procuram para recuperarem-se de problemas de saúde, perderem peso, manterem a boa forma e etc. que nenhuma relação tem com a fisicultura."(grifos acrescidos).

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte relativo aos impostos e as 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.

Neste sentido, assevera a Lei n.º 9.317/1996 em seu art. 9º, inciso XIII:

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;

Cabe esclarecer que o óbice inserto no supracitado dispositivo legal não está endereçado unicamente a profissões cujo exercício dependa de habilitação legalmente exigida, conforme comumente se quer entender. Primeiramente o dispositivo prevê uma lista específica de ocupações que impedem a opção pelo Simples. A seguir estabelece que os serviços assemelhados aos dessa lista específica igualmente vedam a opção. Por último, dispõe genericamente que a prestação de serviços inerentes a qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação legalmente exigida também implica a vedação à opção.

Dessa maneira, no caso dos serviços constantes da lista específica e daqueles assemelhados, sempre haverá restrição ao enquadramento no Sistema, quer o exercício profissional dependa ou não de habilitação legalmente exigida. Já no caso da prestação de serviços vinculados a outras profissões, somente ficará inviabilizada a opção se o exercício profissional depender de habilitação legalmente exigida.

No caso dos autos a prestação de serviços de academia de hidroginástica, mergulho e natação em geral encontra vedação inserida no comando legal do art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, por tratar-se de prestação de serviços profissionais de professor, fisicultor ou assemelhados.

Registre-se 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 assemelhados ao de professor e fisicultor, 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 assemelhadas profissão de professor e fisicultor.

Assinale-se, ainda, que a Lei n.º 9.696, de 01/09/1998, dispôs sobre a regulamentação da Profissão de Educação Física e criou os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física.

Consigna a referida lei em seus artigos 1º ao 4º:

Art. 1º O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

Art. 2º Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I - os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido;

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que, até a data do início da vigência desta Lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

Art. 3º Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria.

realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.

Art. 4º São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Educação Física.

Informe-se que este entendimento encontra-se pacificado no Conselho de Contribuintes, como se depreende pelo Acórdão n.º 301-32.603, de 22/03/2006, prolatado no âmbito da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes:

REGIME TRIBUTÁRIO DO SIMPLES. ACADEMIA DE GINÁSTICA - CONDICIONAMENTO FÍSICO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 9º, INCISO XIII, DA LEI N.º 9317/96. IMPOSSIBILIDADE DE PERMANÊNCIA NESTE REGIME TRIBUTÁRIO. ATIVIDADE VEDADA. Notadamente, é sabido que as academias de ginástica, musculação, natação, e condicionamento físico em geral, possuem professores especializados, que possibilitam um acompanhamento contínuo ao aluno, para que tenha um desenvolvimento seguro e saudável do seu corpo, razão pela qual o artigo 9º, inciso XIII, deve ter plena incidência sobre esta atividade. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Esclareça-se que o vocábulo fisicultor mencionado na Lei em comento guarda relação direta com o substantivo fisiculturista (indivíduo que pratica o fisiculturismo, conforme Dicionário Aurélio, 3^ª ed., 1999), não sendo razoável imaginar que a impugnante, exercendo as atividades de academia de esportes, desconheça o seu significado.

Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples, sobreleva lembrar que o artigo 15, inciso II, da Lei n.º 9.317/1996 vigorava, à época da exclusão, com a redação dada pelo art. 73 da MP 2158-34, de 27/07/2001, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se de com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata de seus termos:

Art. 73. O inciso II do art. 15 da Lei n.º 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

"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;"

Estribado nesse dispositivo legal, o artigo 24 da Instrução Normativa n.º 250/2002, repetido pelo artigo 24 da Instrução Normativa n.º 608, de 9 de janeiro de 2006, dispôs que:

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

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

II - a partir do mês subseqüente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIII e XVI a XVIII do art. 20;

Constata-se, portanto, que as aludidas Instruções Normativas, ao fixarem em 1º de janeiro de 2002 a data de inicio dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da MP n.º 2158-34, de 27/07/2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do art. 2º da Lei 9.784/1999, que determina Administração a observância do princípio da segurança jurídica.

De fato, como a opção pela sistemática do Simples é válida para o ano todo, a exclusão com efeitos retroativos, inserida no ordenamento jurídico, para o presente caso, em julho de 2001, somente poderá surtir efeitos a partir de 10 de janeiro de 2002, quando estribada em situações excludentes ocorridas anteriormente a esta data.

Portanto, resta devidamente esclarecido o fundamento legal que amparou a exclusão da interessada do Simples com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002.

Afirma a requerente que o art. 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988, preceitua que é vedado à União instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Esclareça-se, no que compete ao princípio da isonomia tributária previsto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal/1988, que o dispositivo constitucional tem como finalidade assegurar a igualdade entre os sujeitos passivos da obrigação tributária que se encontrem em situações equivalentes, vedando distinção de qualquer natureza.

Não há que se exigir a sua aplicação para empresas que se encontram em situação distinta.

Assinala a defendant que por disposição constitucional registrada no art. 179 da CF/1988 as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas.

Neste sentido o art. 179 da Constituição Federal/1988 não deixa dúvida que o tratamento diferenciado dispensado As microempresas e As empresas de pequeno porte restringe-se àquelas definidas em lei.

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.

Particularmente com respeito A regra de describen anunciada no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, tal se encaixa, ao lado dos demais comandos ali contidos, como norma infraconstitucional que vem ofertar, justamente, eficácia jurídica ao que consignado no art. 179, *in fine*, da Constituição — que é norma constitucional de eficácia limitada, isto é, sem eficácia jurídica alguma no momento de sua positivação. De fato, o texto constitucional condicionou a simplificação, redução ou eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, para as microempresas e empresas de pequeno porte, A atuação vindoura do legislador infraconstitucional. E este, assim o fez, na porção atinente As obrigações tributárias, por meio da Lei n.º 9.317/1996. Em outras palavras, indigitada lei, ao contrário da inteligência da contribuinte (que, ai, veria um desprestígio A promoção do tratamento favorecido sob discussão), atua no espaço que a própria Constituição lhe reservou

vedando expressamente, em seu art. 9º, inciso XIII, a inclusão no Simples de pessoas jurídicas que prestem serviços relacionados às atividades mencionadas.

Pugna a recorrente que seja declarado inconstitucional o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Quanto a este quesito, é preciso delimitar a competência deste colegiado administrativo, ressaltando também o caráter vinculado da atividade fiscal. É o administrador um mero executor de Leis, não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade e aplicabilidade do comando legal. A análise de teses contra a constitucionalidade de Leis é privativa do Poder Judiciário.

Nesse sentido é vasta a jurisprudência dos colegiados administrativos:

IPI - CONSTITUCIONALIDADE - VIGÊNCIA DA LEI - À autoridade administrativa falece competência para apreciar a constitucionalidade e/ou a legalidade de legislação aplicável. Vinculação do artigo nº 142 do CTN. (2^º CC - 3^º Câmara - Acórdão nº 203-00947 - sessão de 27/01/94).

LEGALIDADE/CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS - Compete exclusivamente ao Judiciário o exame da legalidade/constitucionalidade das leis. Recurso negado. (2^º CC - 2^º Câmara - Acórdão nº 202-10665 - sessão de 10/11/98).

Sobre este princípio vale transcrever as palavras do mestre Helly Lopes Meirelles: "o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da Lei, em todas as suas especificações... a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se atter à enumeração minuciosa do Direito Positivo" (Meirelles, Helly Lopes Administrativo Brasileiro, 19a edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p 101).

Assevera-se, ainda, o disposto no artigo 7º da Portaria do Ministro da Fazenda nº 58, de 17 de março de 2006:

Art. 7º O julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 1990, bem assim o entendimento da SRF expresso em atos normativos.

O artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/1990 diz que é dever do servidor observar as normas legais e regulamentares. Neste contexto, a autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade, como por exemplo, o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação constitucional ao confisco em matéria tributária, do princípio da capacidade contributiva, eqüidade, do princípio da individualização da pena, do princípio da legalidade tributária, da irretroatividade da Lei tributária, moralidade, conceito de renda, isonomia, do princípio da propriedade, da não-repetição da sanção tributária e, por fim, da limitação constitucional ao poder de tributar.

Essa vinculação somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou em controle difuso, neste último caso desde que haja Resolução do Senado Federal retirando a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

Pugna a contribuinte que no quadro societário de academia não há a obrigatoriedade de que seus sócios sejam professores.

Neste quesito, reitera-se que o *caput* do art. 9º da Lei n.º 9.317/1996 assevera que não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica que preste os serviços profissionais que elenca, não existindo, assim, qualquer menção às pessoas físicas que integram o quadro societário da empresa, sua qualificação profissional, etc.

Igualmente, descabe o argumento da interessada de que "Não pode ainda, confundir a figura do professor com a figura do profissional que trabalha em uma empresa voltada para o ramo de atividade da recorrente!"

No que se relaciona aos julgados do Poder Judiciário colacionados aos autos pela recorrente, esclareça-se que as decisões administrativas ou judiciais, mesmo que proferidas pelos órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia normativa, não constituem normas complementares do direito tributário. Destarte, não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente aplicando-se a questão em análise. Assim, os referidos julgados não têm efeito vinculante em relação às decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil, tendo validade somente *inter partes*.

Não encontra guarida a alegação da contribuinte de que sua e regime simplificado teria implicações econômicas negativas, não tem pertinência, porque a atividade administrativa é vinculada e obrigatoria. Assim, constatado que a contribuinte incorreu na vedação tipificada no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996, está correta a emissão do ADE em comento, não cabendo nenhum tipo de discricionariedade, como parece supor a interessada.

Assevera a defendant que "...através da atuação de seus profissionais treinando os seus clientes para que pratiquem correta e regularmente exercícios físicos, no sentido de se de se recuperarem, manterem a saúde e, consequentemente, melhor qualidade de vida, devem ser mantidas no SIMPLES, por estarem equiparadas a fisioterapia ou hospitais, devendo ser reformada a r. decisão de fls., para que se faça justiça!".

Quanto a este tópico enfatize-se que o litígio que se discute está centrado na prestação de serviços profissionais de professor, fisicultor ou assemelhados, como caracteriza o ADE emitido, não comportando discussão em relação a outras atividades que não integram a lide que se examina.

Ainda que se considere a afirmação da interessada, de que seus serviços estariam equiparados a "fisioterapia ou hospitais", existiria, no caso dos autos, óbice adicional ao regime simplificado tendo em vista que tais atividades integram o rol de vedações inserto no art. 90, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996.

Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte.

Da análise da decisão recorrida entendo que não há razões para reformá-la.

Quanto às arguições genéricas de nulidade nenhuma das hipóteses de nulidade do RPAF se configuraram, como muito bem detalhado pela DRJ. Outrossim, mesmo diante da situação fática absurda o contribuinte se defendeu adequadamente e mostrou ter domínio dos fatos alegados e que embasaram o processo.

Trata-se de vedação direta à legislação e a Recorrente ao copiar a impugnação persiste em aduzir argumentos meio absurdos, ora se equiparando a hospitais, ora se equiparando a instituições de ensino e, por fim afirmando que em verdade faz somente a gestão de piscinas sem necessidade de profissionais habilitados, o que vai de encontro a todo o lastro probatório.

A Recorrente é escola de natação e de hidroginástica e nos termos do que a Lei n.º 9.696, de 01/09/1998, trata-se de atividade que apenas pode ser desenvolvida por profissional de Educação Física, incorrendo na vedação prevista na Lei n.º 9.317/1996 em seu art. 9º, inciso XIII.

Ressalte-se ainda que, quanto aos documentos anexados na fase recursal, em que pese em algum momento fora proferida decisão que assegurava o direito à inclusão no Simples de associados de respectivos sindicatos, o fato é que o próprio contribuinte traz aos autos a prova de que em sede de recurso a ação foi julgada improcedente.

Quanto as alegações de confronto a diversos princípios constitucionais, bem como de inconstitucionalidade da legislação a questão resolve-se pela aplicação da Súmula CARF n.º 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Aliado ao disposto no art. 45, inc. VI, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, que estabelece a obrigatoriedade dos Conselheiros em observar os enunciados das Súmulas emanadas desta Corte Administrativa, bem como nos termos da faculdade garantida pelo § 3º do Art. 57, não há outro caminho a não ser de afastar as arguições de nulidade e negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva