



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n° 10580.011818/2003-89
Recurso n° 134.947 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n° 301-34.261
Sessão de 30 de janeiro de 2008
Recorrente ELIETE LEAL D'ARAÚJO
Recorrida DRJ/SALVADOR/BA

OK!

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2003

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. DESCABIMENTO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

A lei revogadora ao autorizar a realização de atividade vedada de conformidade com a lei expressamente revogada, possibilita a reinclusão da empresa excluída da sistemática do Simples, sob a égide do comando legal anterior. Aplicação da retroatividade benigna. (Inteligência dos incisos XX e XXI, do § 1º, art. 17, da LC nº 123/06, c/c o art. 106 do CTN).

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Cardozo Miranda, Patrícia Wanderkoke Gonçalves (Suplente), Susy Gomes Hoffmann e João Luiz Fregonazzi. Esteve ausente a Conselheira Irene Souza da Trindade Torres.



Relatório

Em razão de conter os elementos necessários à compreensão dos fatos e dos fundamentos que permeiam o litígio, adoto o relatório constante da decisão de primeira instância, o qual se transcreve adiante:

“Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão do SIMPLES, promovida pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 417.320, de 17/08/2003, por exercício de atividade econômica vedada: 9304-1/00 Atividades de manutenção do físico corporal (fls. 06).

2. Inicialmente, a contribuinte formalizou Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples (SRS), que foi indeferida pela DRF/Salvador, justificando que a atividade exercida pela empresa é incompatível com a sua permanência no Simples, conforme Contrato Social anexo.

3. Ciente do indeferimento em 07/11/2003 (fls. 09), a requerente apresentou manifestação de inconformidade em 03/12/2003 (fl. 01), alegando, em síntese, que a empresa em tela tem como objetivo realizar sessões das seguintes atividades: yoga, shiatsu, do-in, tai-shi-shuan e outras técnicas orientais há muito praticadas no Brasil.

4. Enfatiza que o exercício de tais atividades não necessita de qualquer formação profissional nem de profissão regulamentada relacionada no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, que instituiu o Simples. Diz que a revisão da exclusão através da SRS não entrou no mérito da questão, limitando-se apenas a repetir os dados do ADE.

5. Diante do exposto, solicita a reinclusão da empresa no Simples.”

O Acórdão DRJ/SDR nº 5.332/04 (fls. 12/15), indeferiu a solicitação outrora formulada pela contribuinte, consubstanciada na legislação aplicada à matéria, inclusive no Boletim Central nº 55/97 (pergunta 19), que traz informações expressas a respeito de quem não pode optar pelo Simples, além da lista contida no art. 9º - XIII da Lei nº 9.317/96, que não é exaustiva, nela incluindo-se as atividades de fisicultor e de enfermeiro, de profissionais que prestem serviços profissionais semelhantes àqueles listados, ou de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação legalmente exigida, ainda que não expressamente listada no inciso XIII deste artigo.

Demais disso, para forma sua convicção sobre a matéria buscou amparo no art. 1º da Lei nº 9.696/98, que regulamenta a profissão de educação física e que dispõe sobre a competência desse profissional no exercício de sua atividade. No mesmo sentido do texto legal retrocitado encontra-se a Decisão SRRF/6ª RF nº 310/02, publicada no DOU de 26/02/03, que orienta que as pessoas jurídicas que realizem atividades relacionadas com esportes, ginástica, hidroterapia e atividades de manutenção do físico corporal não podem optar pelo Simples.

No que pertine a atividade de relaxamento e demais terapias alternativas, constante do objeto social da interessada, buscou amparo na Lei nº 5.905/73, que menciona ser

atividade que exige uma especialidade da área de enfermagem, portanto de profissão legalmente regulamentada, posição esta reconhecida pela Resolução COFEN-197/2003, do Conselho Federal de Enfermagem, transcrita no item 14 da decisão (fls. 14/15).

Ciente da decisão de primeira instância através de AR em 03/08/04 (fl. 17), a contribuinte protocolou o seu recurso voluntário em 27/08/04 (fl. 18), portanto, tempestivamente, para aduzir:

Foi extremamente difícil enquadrar as atividades desenvolvidas pela empresa no CNAE, uma vez que não foram encontrados códigos compatíveis na relação das atividades descritas quais sejam: sessões de yoga, shiatsu, do-in e tai-shi-shuan, que são técnicas milenares orientais, há muito praticadas no Brasil, para cujo exercício não se exige qualquer formação profissional, nem profissão regulamentada.

O acórdão em apreço eleva as atividades descritas no item anterior à categoria de enfermagem, o que se traduz num absurdo, tendo em vista a grande diferença entre as características desta última categoria e os trabalhos desempenhados pela empresa Recorrente.

Essas atividades não se confundem com as da fisicultura, lembrando que a opção pelo código 9304-1/00 foi apenas formal – e que poderá ser modificada – tendo sido adotada – repetimos, em virtude da impossibilidade de enquadramento em item mais específico.

A exclusão do Simples de empresas que executem o humilde elenco de atividades acima descritas impedirá o funcionamento regular de inúmeras microempresas que atuam nesse ramo no Brasil ou ensejará a opção pela total informalidade, com reflexos na arrecadação tributária, nas oportunidades do emprego formal e relevantes consequências sociais decorrentes.

Requer provimento ao recurso aviado para a sua manutenção no sistema Simples.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Relator

Versa a matéria sob exame sobre a exclusão da Recorrente da sistemática do Simples, por meio do ADE/DRF/SDR nº 417.320/03, de 07/08/03 (fl. 06), com efeito retroativo a 01/01/02, em face do exercício de atividade vedada – atividade de manutenção do físico corporal.

A motivação legal contida no ato administrativo concernente à exclusão retromencionada está amparada nos arts. 9º-XIII, 12, 14-I e 15-II, da Lei nº 9.317/96; art. 73 da MP nº 2.158-34/01 e arts. 20-XII, 21, 23-I, 24-II da IN/SRF nº 250/02, c/c o parágrafo único.

A Recorrente repelindo as assertivas e fundamentos formulados pela decisão *a quo*, defende que as atividades por ela desenvolvidas são diversas daquelas mencionadas na decisão *a quo*, não havendo a exigência de habilitação legal para o seu exercício.

O cerne da querela resume-se à análise do direito argumentado pelas partes, seja pela exigência de habilitação legal para o exercício das atividades descritas no objeto social da ora Recorrente, ou pela dispensa dessa exigência.

Inicialmente, é cediço que o processo administrativo fiscal tem por finalidade a busca da verdade material sem prescindir das formalidades necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental como sustentáculo a busca da verdade material.

De outra parte, buscando-se amparo à legislação de regência e subsidiária que trata da matéria sob análise, tem-se que a Lei nº 9.317/96 foi revogada pela LC Nº 123/06, que por sua vez alterou a redação do texto legal contido no art. 9º-XIII da lei revogada e, com isso, a vedação foi substituída, por outorga, beneficiando a ora Recorrente, como se demonstrará adiante.

O art. 17 da LC nº 123/06 trata das vedações ao ingresso no Simples Nacional, entretanto, em seu § 1º excetua dessas vedações as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo e, dentre elas (as seguintes) encontram-se amparadas as atividades descritas nos incisos XX e XXI deste *mandamus*, atinentes às academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais; bem assim às academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes, que são compatíveis com aquelas descritas no objeto social da ora Recorrente.

É cediço que a aplicação da lei volta-se, inicialmente, para os fatos futuros, entretanto podendo ser aplicada a ato ou fato pretérito, conforme nos ministra o art. 106 do CTN, *litteris*:

“Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;*
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

Esta Corte, em situações análogas, tem se pronunciado no sentido de acolher o pleito formulado pelo contribuinte, estando à matéria pacificada por meio de seus julgados, formando farta jurisprudência nesse sentido. Logo, com o advento da LC nº 123/06 e com as determinações nela expressas, conforme restou demonstrado, deve ser reparada a decisão a quo. Assim deve ser a Recorrente reintegrada à sistemática do Simples.

Ex positivis, conheço do recurso em face de preencher os requisitos necessários à sua admissibilidade para, não havendo preliminar a ser apreciada, no mérito, dar-lhe provimento.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 30 de janeiro de 2008



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Relator