ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10410.005707/2003-95

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	10410.005707/2003-95
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9101-003.263 – 1ª Turma**
Sessão de	5 de dezembro de 2017
Matéria	SIMPLES - ATIVIDADE VEDADA - OUTROS
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	LILIAM M ALBUQUERQUE ME

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2000

EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATIVIDADE VEDADA. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/1996. PROVA.

Não há fundamento para a exclusão da pessoa jurídica do regime do SIMPLES por desrespeito ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, se as provas coligidas demonstram que não houve a efetiva prestação de serviços constante da acusação, que se baseara apenas na previsão do contrato social.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento

Rodrigo Costa Pôssas- Presidente em exercício.

Flávio Franco Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício). Ausentes, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rêgo.

Relatório

Trata- se de Recurso Especial (efls. 262/266) interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão nº 1402-00.452 (efls. 253/257), assim ementado:

"SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA. Os serviços prestados por salões de beleza, tais como limpeza de pele, massagem, rejuvenescimento e depilação, não se enquadram nas atividades vedadas aos optantes do regime especial do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte - Simples.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFETIVO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. PROVA. A descrição no contrato social da empresa de atividade vedada aos optantes do Simples, quando desacompanhada de elementos que comprovem o exercício efetivo daquela atividade, não tem fôlego para embasar a exclusão da empresa daquele regime."

De acordo com o respectivo voto condutor, os serviços executados pela recorrida, à luz de notas fiscais por ela emitidas, assemelhar-se-iam àqueles prestados por salões de beleza, para os quais não se exigiria habilitação profissional. Além disso, não bastaria para justificar a exclusão do SIMPLES a descrição no contrato social de atividade vedada, *in verbis*:

"(...) Consta no extrato de informações de apoio para emissão de certificado (fl.96), emitido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, como atividade principal da empresa "Outras atividades de tratamento de beleza", código CNAE 96025/02.

Nessa esteira, o Ato Declaratório Executivo (ADE) de fl. 03 excluiu a empresa do Simples por considerar, tão-somente com base em seu objeto social, que essa teria exercido atividades relacionadas com a atenção à saúde, vedada a teor do art. 9°, inciso XIII, da Lei n°9.317, de 1996, *in verbis*:

"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;" (grifei)

De outro lado, a recorrente sustenta que a natureza dos serviços que exerce "não possui nenhuma correlação com qualquer atividade ligada a área médica, pois os mesmos são executados em locais não apropriados para serviços de saúde e por profissionais práticos, mas sem formação técnica que os obriguem a ser filiados a conselhos regionais regulamentadores de profissões.".

Apresenta em sua defesa cópias seqüenciais de suas notas fiscais (n° 21111/01/2002 a 26925/08/2003) às fls. 13/70, onde constam como serviços prestados limpeza de pele, massagem, rejuvenescimento e depilação.

A DRJ, por sua vez, indeferiu a solicitação da empresa sob o argumento de que a interessada realizava serviço de massagem, o qual exigiria habilitação profissional legalmente autorizada.

Com efeito, peço vênia para discordar do entendimento contido na decisão de primeira instância. **Os serviços executados pela interessada mais se assemelham àqueles prestados por salões de beleza, que, definitivamente, não exigem habilitação de profissionais legalmente regulamentados para tanto**.

Ademais, há que se reconhecer que **o ADE que excluiu a empresa do Simples, tem por base tão-somente a descrição do objeto social, constante do contrato social da empresa. Tal decisão não pode prosperar, já que o embasamento da exclusão não levou em consideração qualquer elemento, tais como notas fiscais e recibos de pagamento, que comprovassem o exercício efetivo da atividade vedada**. Não tem fôlego, portanto, o ADE em apreço para embasar a exclusão da empresa da sistemática do Simples." (destaquei)

Ciência da decisão da Turma recorrida no dia 29/06/2011 (efl. 258).

Recurso Especial da Fazenda Nacional apresentado no dia 04/07/2011 (efl. 261). Nessa oportunidade, a recorrente aduz que o contrato social da recorrida prevê a realização de atividade econômica relacionada com a atenção à saúde, que é vedada pela Lei do Simples. Nesse ponto, sustenta que "tal circunstância não assegura que, futuramente, a empresa não venha a desenvolver qualquer daquelas atividades impeditivas à opção pelo SIMPLES e, mesmo assim, permanecer nessa modalidade." Tal diretriz permeia o acórdão paradigmático. Confira-se:

"SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PERMITIDA – I A caracterização da atividade econômica da pessoa jurídica, primordialmente, dá-se pela verificação do registro de seu objeto social. II — A previsão no objeto social da pessoa jurídica ou o exercício das atividades de publicidade e propaganda, ou de atividades assemelhadas a uma delas, ainda que não esteja ela exercendo, efetivamente, por estarem relacionadas no art. 9º, inciso XIII, da Lei n° 9.317/96, constituem impedimento à opção ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES. Recurso que se nega provimento." (2ºCC, 2ª Câmara, Acórdão nº 202-12.341, de 07/07/2000)

Segundo o respectivo voto condutor, deve preponderar na análise, ao contrário do que se fixou no acórdão recorrido, a atividade que consta do contrato social, não o seu efetivo exercício:

"(...) Por fim, é oportuno ressaltar que o que deve preponderar no caso não é o efetivo exercício da atividade da pessoa jurídica, mas sim, sua capacidade, demonstrada em seu objeto social, de prestar um dos serviços elencados (sic) na norma restritiva." (Acórdão nº 20212.341).

A recorrente alega haver interpretação divergente conferida por outro colegiado à lei tributária, quando este anuncia que bastaria constar, no objeto social, atividade vedada para levar à exclusão do regime simplificado, ainda que efetivamente não exercida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

O presente Recurso Especial é tempestivo e reúne os demais requisitos para seu conhecimento. Dele conheço.

Os acórdãos recorrido e paradigma são divergentes no tocante à interpretação dada ao artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, já revogada, verbis:

> "Art. 9° 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; (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)."

Pelo prisma do acórdão recorrido, a vedação à opção pelo Simples só poderia incidir, a teor da norma legal em referência, sobre a pessoa jurídica que efetivamente prestava o serviço constante do rol previsto no texto que a veiculava. Por essa óptica, o objeto social consignado no contrato social, por si só, é insuficiente para atrair a restrição do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. Aqui está o centro da discórdia, postos os dois acórdãos face a face, uma vez que o acórdão ofertado como paradigma revela que o exame do contrato social é o bastante ao julgador, liberado, presente tal cenário, do encargo de cientificar-se da atividade concretamente exercida.

Acrescenta, ainda, o acórdão recorrido que as provas documentais acostadas aos autos traduzem que os serviços executados pela recorrida mais se assemelhavam àqueles prestados por salões de beleza, para os quais não se exige habilitação profissional regulamentada. Diante disso, não haveria amparo legal à exclusão do Simples efetivada pela Fiscalização.

A Fazenda Nacional não tem razão.

Para o deslinde da controvérsia, não se deve submeter o caso concreto ao rigor exclusivo do preceito normativo insculpido no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, porquanto a norma jurídica que se avulta de tal dispositivo impedia a **opção** pelo regime do Simples. Tratando-se de **exclusão**, como efetivamente se trata, é imprescindível que se dirijam os olhos para a norma jurídica consubstanciada na conjugação dos artigos 9º; 13, inciso II, "a"[1]; e 14, inciso I[2], todos da Lei nº 9.317/1996.

Como se pode ver, o artigo 13, inciso II, "a", da Lei nº 9.317/1996 determinava à pessoa jurídica a comunicação ao órgão fiscal da ocorrência de qualquer

[1] Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:
I - por opção;
II - obrigatoriamente, quando:
a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9°;

[2] Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:
I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2° do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

situação arrolada no artigo 9º da mesma Lei, com vistas à exclusão do Simples. Se a pessoa jurídica descurasse do dever de comunicar essa ocorrência, o órgão fiscal deveria promover sua exclusão de ofício, consoante o artigo 14, inciso I, da referida Lei nº 9.317/1996.

É certo, pois, que o serviço prestado em dissonância com o artigo 9º da antedita Lei implica exclusão do regime do Simples. Entretanto, no caso concreto, a recorrida explica (efl. 06) que se equivocara ao preencher a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica – FCPJ (efl. 10), quando declarou que o ramo de atividade desempenhada – limpeza e depilação de pele - é relacionada com a atenção à saúde. Por sua vez, as notas fiscais juntadas aos autos pela contribuinte traduzem a prática de serviço profissional de limpeza de pele, rejuvenescimento, depilação, massagens, enfim, nada que exija habilitação profissional regulamentada.

O cerne da questão se situa no verbo "prestar" ao qual se associa o objeto "serviços profissionais", ambos inscritos no tipo legal do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. Diante disso, é lícito concluir que a efetiva prestação de serviço fixado no texto desse dispositivo legal é determinante da exclusão do regime do Simples, considerando as disposições adicionais dos artigos 13, inciso II, "a", e 14, inciso I, da Lei nº 9.317/1996. No entanto, as provas já coligidas demonstram que a recorrida não se subsome à regra da exclusão de ofício pelo simples fato de não ter prestado os serviços apontados pela Fiscalização que se amoldavam a tal previsão normativa, motivo por que se deve negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa