



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

RFLH

Processo nº 10680.000525/2004-29
 Recurso nº 342.432 Voluntário
 Acórdão nº **1803-00.415 – 3ª Turma Especial**
 Sessão de 20 de maio de 2010
 Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
 Recorrente RIBEIRO WESLEY EMPREENDEIMENTOS LTDA.
 Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2003

EXCLUSÃO. ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9.317, DE 1996. ATIVIDADES VEDADAS.

Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica 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.

EXCLUSÃO. ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9.317, DE 1996. *RATIO LEGIS*.

O que distingue as atividades arroladas no referido dispositivo legal de outras não expressamente excluídas do Simples (*ratio legis*) é o fato de os serviços ali relacionados serem prestados, preponderantemente, pelos próprios proprietários ou sócios da pessoa jurídica, de forma autônoma, e não por uma unidade econômica composta por vários empregados (pessoalidade dos serviços prestados).

EXCLUSÃO. EMPRESA FORMADA POR JOGADOR PROFISSIONAL DE VOLEIBOL E SUA MÃE.

Empresa formada por jogador profissional de voleibol e sua mãe; criada, única e exclusivamente, para agenciar os interesses do atleta, não pode optar pelo Simples.

SRM

SRM

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Os Conselheiros Luciano Inocência dos Santos e Diniz Raposo e Silva votaram pelas conclusões, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Selene Ferreira de Moraes - Presidente


Sérgio Rodrigues Mendes - Relator

EDITADO EM: 20/05/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Selene Ferreira de Moraes, Benedicto Celso Benício Júnior, Walter Adolfo Maresch, Luciano Inocência dos Santos, Sérgio Rodrigues Mendes e Diniz Raposo e Silva.

Relatório

Por bem retratar os acontecimentos do presente processo, adoto o Relatório do acórdão recorrido (fls. 86 e 87):

A optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 426.998, de 07 de agosto de 2003, fl. 21, com efeitos a partir de 01/01/2002, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados.

Situação excludente: (evento 306):

Descrição: atividade econômica vedada: 9261-4/02 Organização e exploração de atividades desportivas.

Data da ocorrência: 09/07/2001

Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII; art 12; art. 14, I; art. 15, II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001: art 73. Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002: art. 20, XII; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

A empresa manifestou-se contrariamente ao procedimento, apresentando a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples - SRS nº 06.1.01.00/0350, fl. 02, com pedido de revisão do ato em rito sumário.

A decisão administrativa considerou improcedente a SRS, fl. 03, nos termos a seguir:

Alega erro de CNAE, mas não fez alterações em tempo hábil.

Cientificada em 29/12/2003, fl. 19, a optante em 21/01/2004 apresentou impugnação, fl. 01, com as alegações abaixo sintetizadas.

Discorre sobre a exclusão efetuada de ofício contra a qual se insurge. Argui que acatou a orientação de ofício de alteração da sua atividade junto à Classificação Nacional de Atividades Econômicas/CNAE - Fiscal. Argumenta que houve desinformação sobre a alteração.

Tendo em vista a Resolução DRJ/BHE nº 624, de 16/01/2006, fls. 23/25, a diligência foi realizada com observância do disposto no art. 10, § 8º do art. 15 e § 2º do art. 22 da Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006.

Novamente cientificada, fl. 56, a optante apresentou as razões de defesa complementares, fls. 59/65, a seguir resumidas.

Reitera sua discordância a respeito do procedimento fiscal.

Argui que:

[...] não exerce atividade caracterizada como "Organização e exploração de atividades desportivas". [...] e [...] tem como sócio principal atleta profissional de volley, que desenvolve práticas esportivas fora do estabelecimento, auferindo rendimentos ainda em função do direito de imagem e voz.

Interpreta o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, para defender a tese de que:

[...] não se afere qualquer identidade entre as atividades ali descritas e aquelas desempenhadas pelo contribuinte, donde se conclui pela improcedência da sua exclusão.

Repita-se, a atividade desempenhada pela empresa contribuinte é de prática esportiva de volley, em caráter profissional, por seu sócio majoritário, bem como o recebimento de direitos de uso de imagem ou voz do próprio atleta, sem que fique caracterizado qualquer serviço de publicidade, mesmo porque não tem tal sócio a formação técnica de publicitário.

Renova seu pedido de cancelamento da exclusão e ainda requer a juntada da procuração. Cabe esclarecer que a procuração consta à fl. 71.

SIPM

Tendo em vista a Resolução DRJ/BHE nº 675, de 24 de agosto de 2007, fls. 74/78, a diligência foi realizada com observância do disposto no art. 10, § 8º do art. 15 e § 2º do art. 22 da Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006, para identificar dentro do rol do inciso XIII do art 9º da Lei nº 9.317, de 1996, qual é o serviço profissional efetivamente prestado pela interessada perante o qual as receitas são auferidas a partir de 01/01/2002.

Nesta oportunidade, restou evidenciado que a requerente presta serviço profissional de empresário.

Novamente cientificada em 28/03/2007, fl. 83, a requerente não apresentou novas razões de defesa.

A decisão da instância a quo foi assim ementada (fls. 85):

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

Exercício: 2003

Opção.

Vedada a opção pelo Simples pela pessoa jurídica que presta serviço profissional de empresário.

Solicitação Indeferida

Cientificada da referida decisão em 08/04/2008 (A.R. de fls. 90-verso), a tempo, em 08/05/2008, apresenta a interessada recurso de fls. 91 a 102, instruído com os documentos de fls. 103 a 111, nele argumentando, em síntese:

- a) que é pessoa jurídica que tem por sócio majoritário (99 % das quotas sociais) atleta profissional de voleibol, com apelido desportivo "Ezinho";
- b) que seu objeto social é, tão-somente, o desenvolvimento (não a organização) de práticas esportivas fora do estabelecimento, pelo próprio atleta e sócio majoritário, aproveitando economicamente sua voz e imagem mediante cessão a terceiros, quais sejam os clubes nos quais exerce a prática esportiva;
- c) que, assim, não exerce a atividade de "organização e exploração de atividades desportivas", motivo determinante de sua exclusão do Simples, conforme registrado no respectivo Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 426.998, de 07 de agosto de 2003;
- d) que a própria fiscalização, na Informação Fiscal de fls. 80/81, atribuiu a ela prática de atividade diversa daquela que constou no ADE, tendo asseverado, equivocadamente, que a empresa "intermedia os interesses da pessoa jurídica do sócio" (não mais organiza e explora atividades esportivas);

SRM

- e) que a motivação da lavratura do indigitado ADE não guarda qualquer relação com a realidade ou, sequer, com as constatações da própria fiscalização;
- f) que, assim, é nulo o referido ADE, por falta de motivação;
- g) que, uma vez que a exclusão da recorrente do Simples, necessária e obrigatoriamente, remonta ao indigitado ADE, cai esta por terra;
- h) que, no mérito, é o próprio sócio majoritário, atleta profissional, e ninguém mais, quem presta os serviços aos clubes em que atua, sendo deste, também, os direitos de imagem e voz cedidos a terceiros;
- i) que o simples fato de organizar-se sob a forma de pessoa jurídica não desnatura tal realidade, sendo absurdo imaginar que o atleta profissional estaria "empresariando" a si mesmo e, portanto, incorrendo em atividade vedada a optante pelo Simples;
- j) que a referência à atividade empresária contida na norma excludente deve ser interpretada dentro de seu contexto, qual seja: "empresário, diretor ou produtor de espetáculos" (trecho do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996), e não todo e qualquer empresário; e
- k) que, se assim não fosse, ter-se-ia a inviabilização de opção pelo Simples de todo aquele que exerça "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (art. 966 do Código Civil/2002).

Cita precedente jurisprudencial que teria por objeto, segundo ela, a exclusão do Simples de pessoa jurídica constituída também por atleta profissional de voleibol.

Em mesa para julgamento.

Voto

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Relator

Atendidos os pressupostos formais e materiais, tomo conhecimento do recurso.

Preliminar de nulidade do ADE de exclusão do Simples

Alega a recorrente, preliminarmente, a nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 426.998, de 07 de agosto de 2003 (fls. 21), de exclusão do Simples, por suposta falta de motivação.

Referido ADE tem o seguinte teor:

Situação excludente: (evento 306):

SRM

*Descrição: atividade econômica vedada: 9261-4/02
Organização e exploração de atividades desportivas.*

Data da ocorrência: 09/07/2001

Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII, art 12; art. 14, I; art. 15, II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001: art 73. Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002: art. 20, XII; art 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

Conforme se verifica, está o referido ADE devidamente motivado, com a indicação da **situação excludente apurada** (“atividade econômica vedada”) e da correspondente **fundamentação legal** (“Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII”).

Se essa motivação não espelha a realidade dos fatos, como afirma a recorrente, trata-se de **matéria de mérito**, e não de preliminar de nulidade.

Por outro lado, o fato de ter constado do ADE de exclusão do Simples que a atividade econômica vedada da recorrente seria a de “Organização e exploração de atividades desportivas” deveu-se a que foi essa a codificação originalmente indicada na Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) – código CNAE, não podendo, pois, a recorrente pretender a nulidade daquele ADE ao fundamento de que a informação por ela mesma prestada seria incorreta (“a ninguém é permitido se beneficiar do próprio erro”).

Rejeito a preliminar de nulidade arguida.

Art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996

A premissa em que se fundamenta o presente voto é a de que o que deve ser objeto de discussão é se a recorrente **exerce, ou não, atividade vedada pela sistemática do Simples**, e não se essa atividade corresponderia, necessariamente, a de “organização e exploração de atividades desportivas” ou a de “empresário”.

Com efeito, sobreleva a irrelevância dessa última questão, haja vista que, como bem exposto no acórdão recorrido (fls. 88):

O referido diploma legal impede a opção pelo Simples por parte das pessoas jurídicas:

- que prestem os serviços profissionais expressamente listados;*
- que prestem os serviços profissionais assemelhados àqueles expressamente listados;*
- que prestem serviços profissionais não expressamente listados, cujo exercício dependa de habilitação legalmente exigida.*

Assim, a circunstância de não constar expressamente a atividade da recorrente - qualquer que seja essa atividade - do rol de serviços profissionais do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não a tornaria, por si só, apta a ser incluída no Simples.

Dispõe o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996:

JRM

[assinatura]

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;

Conforme se observa, o que distingue as atividades arroladas no referido dispositivo legal de outras não expressamente excluídas do Simples (*ratio legis*) é o fato de os serviços ali relacionados serem prestados, preponderantemente, pelos próprios proprietários ou sócios da pessoa jurídica, de forma autônoma, e não por uma unidade econômica composta por vários empregados.

Trata-se de profissões em que avulta o alto nível de habilidade técnica e/ou científica e em que se contrata tendo em vista a sua execução por indivíduos determinados, e não por quaisquer pessoas, a critério da empresa contratada.

Pode-se dizer, em última instância, que se contrata visando a pessoa física do proprietário ou sócio para prestar, pessoalmente, o serviço profissional, por intermédio da pessoa jurídica que o representa. Não há, com esta pessoa jurídica, da parte da pessoa física prestadora do serviço, qualquer vinculação empregatícia, mas societária.

Nessa mesma linha de entendimento, transcreve-se parte da ementa de acórdão da Terceira Câmara do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes, de nº 303-33.131, de 27/04/2006, publicada no D.O.U. de 13/11/2006 (grifou-se):

[...]. A vedação imposta pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996, não alcança as microempresas nem as empresas de pequeno porte constituídas por empreendedores que agregam meios de produção para explorar atividades econômicas de forma organizada, com o desiderato de gerar ou circular bens ou prestar quaisquer serviços. Ela é restrita aos casos de inexistência de atividade economicamente organizada, caracterizada pela prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva, e levada a efeito diretamente pelos sócios da pessoa jurídica, qualificados dentre as atividades indicadas no dispositivo legal citado.

A nota distintiva dessa exclusão, pois, é a **pessoalidade dos serviços prestados**, tratando-se, na generalidade dos casos, de “empresas unipessoais” (pessoas jurídicas sem empregados).

Nesse sentido, constou de Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 467, de 2008 – Complementar, da Senadora Ideli Salvatti, que altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para acrescentar outras atividades de prestação de serviços às já passíveis de opção pelo Simples Nacional, entre elas a

de engenharia, disponível no endereço: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/64196.pdf>>, o seguinte (sublinhou-se):

A vedação, muito contestada pelas sociedades de profissionais liberais [referência feita ao inciso XI do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com redação semelhante à do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 2006, esclareça-se], é interpretada de maneira ampla pela Secretaria da Receita Federal, o que acaba por diminuir, sobremaneira, o número de empresas passíveis de beneficiar-se do regime simplificado. Para justificar a limitação, invoca-se a necessidade de coibir a criação de empresas unipessoais ou de fachada apenas para fugir à tributação de profissionais como pessoa física, que é mais gravosa ao contribuinte.

Assim, plenamente justificada a vedação da lei, já que, no âmbito do Simples, não haveria qualquer estímulo a essas pessoas jurídicas visando à criação de novos empregos, o que deve ser o objetivo último desse regime de tributação diferenciado e favorecido (art. 170, inciso VIII, da Constituição Federal - Princípios Gerais da Ordem Econômica: “busca do pleno emprego”).

Corroborando essa assertiva, o Congresso Nacional, por seu então Presidente, ao prestar informações na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.643-1, impetrada no Supremo Tribunal Federal (STF), contra o disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, salientou que o legislador teve por fim **o incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte que são geradoras de emprego**, para o qual não concorrem, de modo substancial, as pessoas jurídicas que têm como objeto atividades típicas de profissional liberal, conforme consta do Relatório do Acórdão que julgou improcedente o pedido formulado na referida ADI, disponível no seguinte endereço: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266708>>.

Também a Presidência da República, na Mensagem nº 230, de 30 de maio de 2003 (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/Mensagem_Veto/2003/Mv230-03.htm>), ao vetar dispositivo da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, que pretendia excetuar da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, a corretagem de seguros e os escritórios de serviços contábeis, assim se pronunciou a respeito:

Além da perda de arrecadação, a extensão do Simples às atividades de exercício de profissões regulamentadas permitiria que pessoas jurídicas fossem constituídas apenas sob a ótica formal, com o fim específico do tratamento fiscal privilegiado, sem nenhum proveito econômico ou social, inclusive de geração ou formalização de empregos, um dos pilares do Simples. Ademais, constituiria grave precedente, impondo que outras profissões regulamentadas também fossem admitidas, o que ampliaria, ainda mais, o nível de perda de arrecadação.

Vale dizer, pretendeu o legislador, com o Simples, viabilizar a realização de **atividades de grande alcance social.**

Objeto social da recorrente

Pelo exame da documentação acostada aos autos (fls. 30 a 52) e, também, com base nas próprias declarações prestadas pela recorrente (fls. 2, 29, e 59 a 65), está-se diante de empresa formada por jogador profissional de voleibol, em sociedade com sua mãe (fls. 106 e 107), com o objetivo de representá-lo perante empresas que desejem contratá-lo ou utilizar sua imagem e/ou voz.

Assim, toda pessoa jurídica, ou mesmo física, que pretenda contratar o atleta para exercer atividades desportivas ou para fazer uso de sua imagem ou voz, não poderá fazê-lo diretamente com ele, mas, sim, por intermédio da empresa, ora recorrente, da qual aquele é sócio majoritário.

A empresa, portanto, foi criada, única e exclusivamente, para agenciar os interesses do atleta, exercendo, sem dúvida, **atividade vedada ao Simples**, na forma como descrito no tópico anterior deste Voto.

Jurisprudência judicial

Com relação à jurisprudência judicial colacionada pela recorrente (fls. 99 a 101), do Tribunal Regional Federal (TRF) da Quarta Região, entendo que a melhor exegese está com o seguinte julgado do TRF da Segunda Região, posterior àquele:

*TRIBUTÁRIO - INSCRIÇÃO NO SIMPLES – LEI 9.317/96 -
ART. 9º, XIII – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPORTIVOS A
CLUBES E ATLETAS EM GERAL – ATIVIDADES
ASSEMELHADAS – VEDAÇÃO.*

1 - O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES foi instituído pela Lei n.º 9.317/1996, com base em disposição contida no artigo 179 da Constituição Federal de 1988, que prevê tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte “visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

2 - Para fazer jus ao sistema diferenciado de pagamento de tributos, deve a empresa ter receita bruta anual que não ultrapasse os limites fixados no art. 2º, incisos I e II, da Lei n.º 9.317 e, ainda, não estar incluída no inciso XIII do artigo 9º, que assim dispõe: “Art. 9º – Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica: (...); XIII – que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtos de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistemas, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida”. (nosso grifo)

3 - A Impetrante tem por objeto social da empresa “O objetivo da empresa é da prestação de serviços esportivos a clubes e

SIRM

atletas em geral", conforme determina a cláusula segunda do contrato social às fls 22. Assim, trata-se de atividade que, se não é de agente/empresário de jogadores, será, visivelmente, assemelhada a esta atividade.

4 - Não resta dúvida, portanto, de que oferece os serviços de "diretor ou produtor de espetáculos (.), ou assemelhados (..)" atividade expressamente relacionada no inciso XIII do artigo 9º da Lei n.º 9.317/96 e que é motivo de impedimento à sua inclusão no SIMPLES. Assim, as empresas que prestam serviços assemelhados aos que estão previstos no mencionado dispositivo legal, não podem optar por tal regime simplificado de tributação.

5 - O Supremo Tribunal Federal, inclusive, no julgamento da ADIN n.º 1643-1, já se manifestou no sentido de que a exclusão do sistema do SIMPLES das sociedades civis de prestação de serviços profissionais não afronta o art. 179 da Constituição Federal de 1988, nem ao princípio constitucional da isonomia.

6 - Sobre o disposto no inciso XI do art. 17 da LC nº 123/2006 [que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios], não resta dúvida [de] que a atividade da requerente não foi recepcionada pela nova sistemática

7 - Apelo conhecido e desprovido.

(Processo AMS 200451010133735, Relator(a) Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE, Sigla do órgão TRF2, Órgão julgador TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Fonte DJU - Data::18/12/2008 - Página::384, Data da Decisão 02/12/2008, Data da Publicação 18/12/2008)

Conclusão

Em face do exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de REJEITAR a preliminar argüida de nulidade do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.


Sérgio Rodrigues Mendes

