



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10070.001732/2004-89
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-001.780 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 02 de junho de 2020
Recorrente LARRAT PRODUÇÕES ASS E COMERCIALIZAÇÃO DE EVENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES. ADE. ORGANIZAÇÃO DE FESTAS SEM PRODUÇÃO ARTÍSTICA. ATIVIDADE NÃO VEDADA.

Pode optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) a pessoa jurídica que presta serviços de organização de festas e recepções, salvo se, dentre suas atividades, incluir a contratação de atores, cantores, dançarinos ou assemelhados, e desde que observadas as demais condições estatuídas na legislação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), André Severo Chaves, Andréa Machado Millan e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 12-048.851, da 8ª Turma da DRJ/RJI, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, apresentada pela ora Recorrente, mantendo-se os efeitos da exclusão do SIMPLES.

Transcreve-se, portanto, o relatório da supracitada DRJ, que resume o presente litígio:

“Trata o presente processo de exclusão do Simples, com efeito a partir de 01/08/2003, concretizada contra a interessada acima identificada pelo Ato Declaratório Executivo Derat/RJO n.º 537.917/04 (fls. 06) e que encontrou fundamento na incidência de atividade econômica vedada “74493/ 07 *Serviços de organização de festas e eventos – exceto culturais e desportivos*”. O enquadramento legal é o que consta do ADE.

Cientificada do ato administrativo em 30/08/2004 (fls. 23/24), a interessada apresentou, em 14/09/2004, a Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples Federal (SRS) de fls. 03. Em resposta, a Fazenda exarou, em 26/04/2011, o despacho de fls. 25, indeferindo o pleito, com o seguinte fundamento: “*Através da Alteração Contratual, de fls. 05/12, verificamos que consta no seu objetivo social a atividade de "produções artísticas", que é vedada à opção pelo Simples Federal conforme artigo 9º, inciso XIII da Lei n.º. 9317/96*”.

Cientificada do despacho denegatório em 11/07/2011 (fls. 32), a interessada interpôs, em 22/07/2011, a manifestação de inconformidade de fls. 36/41, na qual, em síntese, alegou:

- que a decisão que manteve a exclusão baseou-se em motivo diverso daquele apontado no ADE, pois enquanto este ato fundou-se no exercício, pela interessada, da atividade de “*organização de festas*”, aquela baseou-se na menção à atividade “*produções artísticas*” no objetivo social referido na alteração contratual inserta nos autos. Tal fato enseja nulidade absoluta por cerceamento ao direito de defesa;
- que a atividade “*organização de festas*” é permitida pela Solução de Divergência n.º 10 de 15/07/2002, cuja ementa foi juntada às fls. 08;
- que “*a exclusão só poderia ser feita após um processo fiscalizatório administrativo que apurasse se a empresa exercia atividade proibitiva de sua permanência no Simples, onde a empresa apresentasse provas e seus motivos da inclusão no sistema*”;
- que “o fato de constar em seu contrato social não significa que ela a exerça, nem a Lei 9317/96 mencionada que a simples menção em contrato de atividade supostamente excludente, já, por si só, é motivo de exclusão, pois o inciso XIII do art. 9º da lei 9317/96 nos fala em ‘... que preste serviços profissionais...’, portanto é necessário o exercício da atividade, como é dito ao final deste inciso”;
- que “a Lei 9.317/96 foi revogada pela Lei Complementar 123/06 e atualizações posteriores pelas Leis Complementares n.ºs 127/07, 128/08 e 133/09” e que “Em 2009, portanto dois anos antes da decisão que manteve a empresa excluída, cuja decisão é de 24/04/2011, sendo a empresa notificada em 04/07/2011, a Lei Complementar 133/09 alterou o art. 18 da Lei Complementar 123/06, permitindo a permanência no Super Simples da atividade de produção artística, que está prevista no § 5B, inciso XV do art. 18 da LC 133/2009”;
- que “Se no passado a atividade de produção artística, pelo entendimento da Receita Federal, não poderia ser enquadrada no sistema do Simples, pela legislação atual ela pode, e é expressa no art. 18 § 5B da LC 123/06, com as alterações posteriores, portanto, pelo art. 106 do C.T.N. esta permissão retroage à época pretérita. É o entendimento do art. 106 do C.T.N.”;
- que “os fatos mencionados nesta impugnação estão prescritos, por força da prescrição intercorrente. A exclusão do Simples deu-se em 02/08/2004, portanto data da constituição do crédito tributário. O pedido de revisão foi em 14/09/2004, data da instauração do processo administrativo. O julgamento foi em 26/04/2011, quase 7 (sete) anos após”, tendo ocorrido a “Prescrição dos fatos, conforme art. 174 do C.T.N.”. Ademais, “O art. 156, V do C.T.N., claramente menciona que se extingue o crédito tributário pela prescrição e a decadência”.

É o relatório.”

instância: A seguir, a transcrição da ementa do acórdão proferido pelo órgão julgador de 1ª

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

Ano-calendário: 2003

Ementa: SIMPLES. Exclusão.

Faz-se mister manter-se a exclusão do Simples quando verificada a incidência, no caso concreto, de hipótese de vedação legalmente estabelecida à opção por tal sistemática.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

No acórdão proferido pela DRJ, esta destacou as seguintes razões de mérito:

“(…) Inicialmente, há que se esclarecer à interessada que o cerceamento de defesa, na seara tributária, é algo possível de acontecer apenas no curso do processo, vale dizer, a natureza do procedimento fiscal é de instrumento inquisitorial e preparatório à lavratura de um ato administrativo. Este ato, por seu turno, poderá ou não ser contestado pelo sujeito passivo. Na hipótese afirmativa, é justamente a manifestação do contribuinte que inaugurará a lide processual, arena em que deve se observar, ao máximo, o contraditório e a ampla defesa.

No caso dos autos, o fato de a autoridade revisora ter alterado os termos da fundamentação da exclusão, de “organização de festas e eventos” para “produções artísticas”, em nada cercea a defesa da interessada, pois, como referido acima, tal medida se deu em fase pré-processual.

A interessada manifesta entendimento pelo qual a exclusão só poderia ser realizada após um “processo fiscalizatório” que constataste que a atividade formalmente constante do contrato social é de fato exercida pelo contribuinte. Malgrado a Fazenda se satisfaça com a lavratura de atos fiscais exclusivamente sustentados em processamento eletrônico dos dados que possui, é forçoso reconhecer, tanto quanto lamentar, que inexistente norma que imponha ao Fisco o dever de incumbir seus Auditores de perquirir a realidade fática de cada um dos casos que resultem em esgarçamento sobre contribuinte. Ademais, ainda que seja possível compreender que uma sociedade estabeleça seu objetivo social com viés ampliativo em seu estatuto, de sorte a comportar futura ampliação de seu portfólio de atividades, é igualmente cognoscível que, ao agir dessa forma, a entidade toma para si o ônus de demonstrar que parte daquele rol é meramente programático.

Sobre a existência de uma Solução de Divergência que autorizava a atividade “organização de festas” no escopo do Simples, faz-se mister salientar que não se trata de ato vinculante a esta esfera de decisão administrativa. Não bastasse, a interessada faz mera menção a ementa daquela solução, sem traçar o devido paralelo com o caso lá solucionado e o aqui em julgamento. É de se lembrar que, mesmo quando não vinculante, a jurisprudência é fonte do direito, mas pelo seu inteiro teor, jamais pelo conteúdo ementado. Noutras palavras, ementa não é precedente, mas mera síntese de uma decisão que, sendo do interesse da parte, precisa ter sua congruência com o caso concreto, por esta demonstrada.

Quanto à retroatividade pretendida pela interessada, precisamente aquela referida no art. 106 do CTN, embora eu reconheça sua aplicação em casos análogos por respeitáveis órgãos decisórios, tanto judiciais quanto administrativos, não é o entendimento de que comungo. Explico, mas, para tanto, preciso reproduzir o mencionado dispositivo:

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 trata-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.

Interessante notar que, a despeito da genérica referência da interessada ao artigo 106 supra, a hipótese do inciso I não trata da chamada “retroatividade benigna”. É que se a lei do caso em análise for meramente interpretativa, concretamente não estará retroagindo, mas dando suporte seguro à norma interpretada.

Já no campo da retroatividade benigna, há o inciso II, que abriga os casos em que a lei em consideração se perfaça numa espécie de *novatio legis in melius*, seja porque revoga ou porque ameniza uma sanção, o que na esfera penal é referido, respectivamente, como *abolitio criminis* ou *lex mitior* criminal. O primeiro caso é o das alíneas “a” e “b”, não se podendo [sic] olvidar, quanto a esta, que a lei que “*deixe de trata-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão*” reporta-se a caso que, antes, cuidava-se de uma infração pela não condução conforme a “*ação*” ou “*omissão*” então prescrita.

Ocorre que o art. 18 da LC n.º 123/06, com suas alterações posteriores, não cuida de extinguir ou minorar sanção alguma. Ao contrário, concorre para desenhar o campo de vedação ao ingresso no Simples Nacional, ou ampliar o de permissão, a depender do ponto de vista quanto ao critério da atividade econômica explorada pelo sujeito passivo.

Ainda contra a defendida retroatividade, argumente-se que ao optar indevidamente por regime tributário que implicou o pagamento minorado dos tributos, tal fato acarretou falta de pagamento de tributo, circunstância que também impede a retroação. Ademais, se o lançamento tributário reporta-se à ocorrência do fato gerador e, por isso, rege-se pela lei então vigente, nada há que autorize pensar que o regime tributário não siga o mesmo regramento, afinal, em ambos os casos está-se diante de norma de direito material.

Por fim, sobre a alegação de prescrição aduzida na peça de bloqueio, não só a interessada explicitamente confundiu constituição de crédito tributário com exclusão do Simples como trouxe à colação a hipótese de prescrição intercorrente, instituto sabidamente inadmitido no processo administrativo fiscal, por absoluta falta de previsão legal.

Ante o exposto, mantenho a exclusão da interessada da sistemática do Simples.

É como voto.”

Cientificado da decisão de primeira instância em 29/08/2012 (Aviso de Recebimento à e-Fl. 61), inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 25/09/2012 (e-Fl. 63 a 72), e documentos anexos (e-Fls. 73 a 82).

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto nº 70.235/72. Razão, pela qual, dele conheço.

Tem-se que a controvérsia do presente caso reside na exclusão da Recorrente do SIMPLES (Lei nº 9.317/96), por meio de Ato Declaratório Executivo - ADE (e-Fl. 6), que constatou uma atividade econômica supostamente vedada ao regime de tributação, qual seja, “7499-3/07 Serviços de organização de festas e eventos –excetos culturais e desportivos”.

Como enquadramento legal, o ADE fundamentou no inciso XIII, do Art. 9º da Lei nº 9.317/96, ao qual transcreve-se para melhor exame:

“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;”

Analisando-se, portanto, o dispositivo legal, verifica-se que a atividade constante na ADE não se encontra no rol de atividades vedadas pela lei.

Acontece que, como relatado, após a Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples (e-Fl. 3), apresentada pelo contribuinte, a unidade de origem proferiu um Despacho indeferindo a impugnação, com fundamento diverso do ADE, ao constatar em alteração no contrato social a atividade de “produções artísticas”, conforme verifica-se a seguir:

Trata o presente processo de Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples Federal (SRS), tendo o contribuinte impugnado tempestivamente conforme comprova o AR de fls.19, recebido em 30/08/2004 e, a protocolização do pedido de fls. 01 feito em 14/09/2004.

Ocorre que a empresa foi excluída desse Sistema, através do Ato Declaratório nº. 537.917 (fls. 03), por atividade econômica vedada.

Através da Alteração Contratual, de fls. 05/12, verificamos que consta no seu objetivo social a atividade de “produções artísticas”, que é vedada à opção pelo Simples Federal conforme artigo 9º, inciso XIII da Lei nº. 9317/96.

Isto posto, INDEFIRO o pleito de fls. 01, e que se intime a interessada a tomar ciência, informando que poderá apresentar impugnação ao Delegado de Julgamento, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do dia seguinte ao da ciência da decisão.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o instrumento administrativo, previsto em lei, para fundamentar a exclusão do contribuinte do SIMPLES é o Ato Declaratório, conforme observa-se no Art. 15, §3º da Lei nº 9.317/96, “in verbis”:

“Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.”

Dessa forma, não se pode conceber a alteração do critério jurídico que embasou o ADE, no curso do processo administrativo, devendo-se a autoridade ater-se aos fundamentos que dele originou. Assim, tem-se que o Despacho de indeferimento trata-se de um ato administrativo nulo.

Todavia, apesar da nulidade identificada, entendo por julgar o mérito, com fundamento no §3º, do Art. 59, do Decreto nº 70.235/72, a seguir transcrito:

“Art. 59. São nulos:

(...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)”

Como visto, a única atividade constatada pelo ADE, no CNAE da contribuinte, não se encontra vedada pelo Art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, haja vista a ausência de qualquer menção ao mero serviço de organização de festas, razão pela qual a exclusão fora indevida.

Tal entendimento, inclusive, fora ratificado à época, pelo Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 30, de 22 de dezembro de 2004:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n.º 259, de 24 de agosto de 2001, e considerando o disposto no inciso XIII do art. 9º da Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e no processo n.º 10508.000308/2001-97, declara:

Artigo único. **Pode optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) a pessoa jurídica que presta serviços de organização de festas e recepções, salvo se, dentre suas atividades, incluir a contratação de atores, cantores, dançarinos ou assemelhados, e desde que observadas as demais condições estatuídas na legislação.**” (grifo nosso)

Por fim, apenas por apelo ao debate, ainda que se considerasse a constatação da unidade de origem da atividade “produções artísticas” no contrato social, cumpre apontar o recente entendimento cristalizado pelo CARF:

“Súmula CARF n.º 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.”

Dessa forma, ao compulsar os autos, verifica-se não haver quaisquer provas de que a contribuinte tenha exercido de fato a atividade de produção artística.

Pelos argumentos expostos, entendo que assiste razão à Recorrente no que tange à improcedência do Ato Declaratório Executivo Derat/RJO n.º 537.917, de 02 de agosto de 2004, que excluiu a empresa do SIMPLES.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves

