



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

Processo n° 10980.005168/2005-91
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.267 – 1ª Turma
Sessão de 5 de dezembro de 2017
Matéria SIMPLES - ATIVIDADE VEDADA - OUTROS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ZHI COMUNICAÇÃO LTDA

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2005

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

Não há fundamento para negar a inclusão de pessoa jurídica no regime do SIMPLES por desrespeito ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, se não há prova de que a fiscalizada prestou os serviços constante da acusação, que se baseara apenas na previsão do contrato social.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. SIMILITUDE FÁTICA NÃO COMPROVADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do Recurso Especial de Divergência quando não existe similitude fática entre o acórdão ofertado como paradigma e o acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à atividade de produção de filmes e, no mérito, na parte conhecida, 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 (fls. 531/536) interposto em face do acórdão nº 1302-00.519 (fls. 143/146), assim ementado:

“Comprovado que a recorrente é uma sociedade empresária que se dedica exclusivamente a um pequeno negócio no ramo de meras filmagens inerentes a atividade de produção de eventos e festividades para divulgação da criação publicitária de terceiros, prestados por profissionais de nível médio que independem de habilitação profissional legalmente exigida, ou assemelhados, e que este ramo não se confunde de modo algum com o de "diretor ou produtor de espetáculos e publicitário", sendo essas atividades exercidas pela recorrente, perfeitamente permitidas pela legislação vigente aplicável à espécie, é de se reconsiderar o ADE que a excluiu do sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte - Simples.

De acordo com o respectivo voto condutor, inexistia norma estatuidora da exigência de que os serviços executados pela recorrida fossem realizados por profissional técnico especializado. Nesse sentido, observou-se, ainda, que tais atividades dependiam apenas de conhecimentos empíricos para os quais não se requeria habilitação legalmente estatuída.

O processo foi encaminhado à PGFN em 27/10/2011 (RM de Encaminhamento de fl. 146). Em conformidade com o disposto no artigo 79, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, com a redação da Portaria MF nº 39/2016, a intimação pessoal do procurador da Fazenda Nacional ocorreu em 03/12/2011 (fl. 145).

Recurso Especial da PGFN (fls. 148/160) interposto no dia 05/12/2011 (vide RM datada de 05/12/2011, de fl. 147). Nessa oportunidade, a recorrente aduz que o contrato social da recorrida prevê a realização de atividade econômica de produção de filmes para publicidade; serviços fotográficos; serviços de organização de eventos exclusivos culturais e desportivos; atividades de produção de filmes e fitas de vídeo exceto estúdio fotográfico; e projeção de filmes e vídeos. Essas atividades, de um modo geral, seriam enquadráveis entre os serviços profissionais de diretor ou produtor de espetáculo, publicitário ou assemelhados.

No mais, a recorrente acrescenta que a recorrida descuroou-se do ônus de provar que não prestava serviços listados no contrato social que estivessem vedados pela Lei do Simples.

Para demonstrar a divergência interpretativa, a recorrente apresenta os seguintes arestos:

"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 nº 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)

"SIMPLES. EXCLUSÃO. VEDAÇÃO À OPÇÃO. PRODUÇÃO DE FILMES. A pessoa jurídica que se dedica à atividade de produção cinematográfica ou videofonográfica está impedida de optar pelo Simples, por se enquadrar na vedação de prestação de serviços de produção de espetáculos ou assemelhados." (3º CC, 1ª Câmara, Acórdão nº 301-32.532, de 23/02/2006)

De acordo com o voto condutor do primeiro acórdão, deve preponderar na análise, diversamente 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).

Ao seu turno, o voto condutor do segundo acórdão assentou que a produção de obras cinematográficas e videofonográficas que têm como objetivo a produção de filmes "com a contratação de diversos profissionais, com ou sem habilitação exigida, como atores, técnicos de som, fotógrafos, maquiadores, cinegrafistas, figurinistas, sonoplastas etc [...] guarda semelhança com a de produção de espetáculos, sendo irrelevante a participação, no contexto da produção, de profissionais sem habilitação". Também se ressaltou, no mesmo julgado, que "a existência de semelhança com a produção de espetáculos não guarda dependência com o nível de produção ou com seu grau de grandeza, sendo irrelevante que a produção envolva custos expressivos - aspecto em relação ao qual a lei não se deteve -, bastando que ocorra a produção de filmes ou vídeos".

A recorrida não apresentou contrarrazões, embora regularmente intimada à fl. 169.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

O presente Recurso Especial é tempestivo.

Em primeiro plano, esclareça-se que o Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 163, de 23 de junho de 2008, à fl. 12, retroagiu seus efeitos a partir do dia 01/06/2005. Vale lembrar que o ato constitutivo originário da sociedade recorrida, de 11 de maio de 2005, prescrevia que o objeto social estava circunscrito a "serviços fotográficos; serviços de organização de eventos exclusive culturais e desportivos; atividades de produção de filmes e fitas de vídeo exceto estúdios fotográficos, e projeção de filmes de vídeo". Importa considerar, nesse contexto, que a autoridade da DRF/CTA entendeu que tal objeto social era incompatível

com o Simples desde a origem, razão pela qual, aplicando o disposto no artigo 15, inciso II¹, da Lei nº 9.317/1996, retroagiu os efeitos do citado Ato Declaratório Executivo ao mês seguinte ao da ocorrência da causa excludente, isto é, o mês de junho de 2005.

A recorrida esclareceu, na oportunidade da apresentação da impugnação em primeira instância, que, em 14/12/2007, alterou o objeto social, que passou a abranger: "produção de filmes para publicidade; serviços fotográficos; serviços de organização e eventos exclusivos culturais e desportivos; atividades de produção de filmes e fitas de vídeo exceto estúdio fotográfico; projeção de filmes e vídeos." Nessas circunstâncias, não se pode negar que não há lide quanto à alteração contratual efetuada em 14/12/2007, porquanto o Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 163/2008 restringiu-se ao objeto social consignado no ato constitutivo original, de 2005. No mesmo rumo, é incabível que se examine a eventual prestação de serviço vedado pela Lei do Simples, uma vez que o Despacho Decisório (fls.10/11) que emprestou fundamento ao citado Ato Declaratório Executivo não discorreu sobre a concreta realização de atividade em descompasso com a legislação do Simples. Para a autoridade da DRF/CTA, a exclusão do aludido regime se impunha como medida necessária em decorrência do mero cotejo direto do objeto social com a Lei nº 9.317/1996.

Com efeito, no Despacho Decisório de fls. 10/11 assentou-se que os "serviços de organização de eventos exclusivos culturais e desportivos" e a "produção de filmes" correspondem, por adequação típica, aos serviços profissionais de ator, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, ou assemelhado, afigurados no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. O acórdão da DRJ, por sua vez, indeferiu a manifestação de inconformidade com o suporte de provas referentes a serviços prestados em 2007 e 2008. Tal decisão ultrapassou o limite da cognoscibilidade fixada na instauração da lide, que havia sido predefinida pela DRF/CTA e reservada ao momento da constituição da sociedade, em 2005, em razão da incompatibilidade entre o objeto social, abstratamente posto no contrato social, e a Lei nº 9.317/1996. Já a decisão da Turma recorrida conteve-se na afirmação de que inexistia exigência de que os serviços que vêm sendo exercidos ("serviços de organização de eventos exclusivos culturais e desportivos" e "produção de filmes") devam ser "feitos" (sic) mediante profissionais com conhecimentos técnicos especializados ou habilitação legalmente estatuída. À vista do exposto, o acórdão recorrido despregou-se dos limites delineados pela acusação, pois, retornando ao ponto de partida, a questão que deveria ser decidida é aquela que indaga se "serviços de organização de eventos exclusivos culturais e desportivos" e "produção de filmes", abstratamente convencionados no contrato social, se ajustam tipicamente, ou não, a serviços profissionais de ator, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, ou assemelhado.

Seja como for, o Recurso Especial de Divergência não se presta à revisão de decisão da segunda instância, mas à harmonização da jurisprudência do CARF. Para tal desiderato, cabe ao recorrente apresentar divergência interpretativa entre a decisão recorrida e outro acórdão do CARF, em relação a certo dispositivo da legislação. Nessa empreitada, a recorrente insurgiu-se contra a Turma recorrida, que deliberou contrariamente à Fazenda Nacional com base no argumento de que os "serviços de organização de eventos exclusivos culturais e desportivos" e a "produção de filmes" não são suscetíveis à exigência de serem

¹ Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito: [...]

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

prestados por profissionais com conhecimentos técnicos especializados ou habilitação legalmente estatuída.

Preliminarmente, na sustentação da similitude fática, a recorrente suscitou o acórdão nº 202-12.341, no bojo do qual se decidiu sobre pessoa jurídica cujo objeto social consistia na prestação de serviços de propaganda, publicidade, eventos e serviços gerais. Já no acórdão nº 301-32.532, também ofertado como paradigma, constata-se que a lide circunscreveu-se à discussão sobre a atividade cinematográfica ou videofonográfica. Assim, depreende-se que a atividade de produção de filmes, reportada no acórdão recorrido, é faticamente similar à atividade de produção cinematográfica ou videofonográfica, referida no acórdão nº 301-32.532. Além disso, a Turma recorrida decidiu no sentido de que, sendo dispensada a presença de um técnico especializado ou um profissional com habilitação legalmente estatuída, as atividades questionadas não se subsomem ao disposto no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, ao passo que, no acórdão paradigma de nº 301-32.532, prevaleceu a tese de que a atividade cinematográfica ou videofonográfica se sobsome, sim, ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1997, porque é assemelhada à atividade de diretor ou produtor de espetáculos. Por conseguinte, é inevitável a conclusão de que o acórdão recorrido e o acórdão paradigma nº 301-32.532 controvertem quanto à interpretação do inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996. No entanto, é preciso assinalar que a similitude fática é parcial, já que a recorrente não ofertou paradigmas que se abeirassem dos "serviços de organização de eventos exclusive culturais e desportivos", motivo por que o conhecimento do presente Recurso Especial deve ser parcial e restrito à atividade de produção de filmes.

No mérito, a questão a ser decidida recai sobre a subsunção, ou não, da atividade de prestação de filmes, conforme convencionada no contrato social, ao inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, *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.”

A Fazenda Nacional não tem razão.

De modo algum há prova de que a recorrida tenha sido constituída para atuar na área de espetáculos, com a produção ou direção de peças de cinema ou dança, circenses, teatrais, musicais, com vistas à exibição comercial em salas adequadas a essas finalidades. Enfim, nada que possa sugerir produção ou direção de atividades artísticas, para as quais, em última instância, se dirige a vedação em tela, assim como para as atividades de cantor, músico ou dança, que sucedem, no texto do dispositivo ora interpretado, os diretores ou produtores de espetáculos. Já na impugnação, a sociedade expressou que realizava filmagens de palestras, cursos e eventos, para as quais jamais recorreu a serviços profissionais de artistas, diretores ou produtores de espetáculos.

É certo, pois, que o serviço prestado em dissonância com o artigo 9º da antedita Lei implica vedação ao ingresso no regime do Simples. 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 vedação à opção pelo regime do Simples. No entanto, os autos carecem de prova da realização das atividades apontadas pela Fiscalização, motivo pelo qual a acusação não pode prosperar.

CONCLUSÃO: conheço parcialmente do Recurso Especial da Fazenda Nacional apenas para a atividade de produção de filmes e, no mérito, nego provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa