



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

Processo n° 11080.001542/2006-77
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-00.582 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 25 de maio de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente WEINGARTNER & WINOGRON LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2005

EXCLUSÃO. COMPROVAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE.

É imprescindível para a exclusão do Simples que seja comprovado que a pessoa jurídica se dedique à prestação de serviços profissional impeditiva indicada no ato administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Ausente momentaneamente o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Magda Azario Kanaan Polanczyk, Edgar Silva Vidal e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A Recorrente 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/POA/RS nº 135, de 03 de setembro de 2007, com efeitos a partir de 01/01/2004, fl. 63, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

DECLARA a empresa WEIGARTNER & WINOGROW LTDA, CNPJ nº 02.619.747/0001-58, conforme o processo n.º 11080.001542/2006-77, EXCLUÍDA do SIMPLES, Sistema Integrado de Pagamento dos Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, em decorrência da prática de atividade de propaganda publicidade e outros serviços ligados a atividades artísticas, vedadas pela legislação tributária, a luz do inciso XIII, do art. 9.º, da Lei 9.317/96.

Dispositivo Legal: Inciso XIII, art. 9º da Lei nº 9.317/96, de 05.12.96 (DOU de 06.12.96) e do inciso XII, do art. 20 da IN nº 608 de 09.01.2006 (DOU de 12.01.2006).

Os efeitos da EXCLUSÃO DO SIMPLES dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2004, em conformidade com o disposto no art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, alterado pelo art 73 da Medida Provisória nº 2.158-35 de 24 de agosto de 2001 e inciso II do art.24 da IN SRF nº 608/2006.

Cientificada em 20/12/2007, fl. 64, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade em 16/01/2008, fls. 67/81, com as alegações abaixo resumidas.

Suscita que embora conste em seu contrato social o comércio de jornais e revistas especializadas, produção, comercialização, edição de textos e programas para rádio, tv, jornais e revistas e representações comerciais não auferiu receita de atividade impeditiva. Esclarece que não se dedica à atividade de propaganda e publicidade e outros serviços ligados a atividades artísticas.

Diz que

Toda a receita auferida pela Requerente, provém, basicamente, do recebimento de uma parte do que é pago pelos patrocinadores de programas vinculados à área de "medicina e saúde", em emissora de rádio (Rádio Guaíba) e de televisão (Televisão Guaíba), onde um dos sócios da Requerente, por ser médico, assume o encargo de entrevistador de médicos e especialistas nas mais diversas áreas da medicina [...e que...] é inconteste que ela não pratica nenhuma atividade de propaganda e publicidade e nem outros serviços ligados a atividades artísticas, notadamente porque isto não consta dos seus objetivos sociais.

Esclarece que não se dedica à criação da parte visual e do conteúdo do texto, com o objetivo de divulgar uma idéia ou um produto como faz uma agência de publicidade e propaganda, nos termos da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965 e no Decreto nº 57.690, de 01 de fevereiro de 1966.

Defende a tese de que

Por tudo o quanto foi exposto nos itens precedentes, a constatação a que se chega é no sentido de que o Fisco incorreu em equívoco ao excluir a Requerente do

Simplex, sob a justificativa de que ela exerce atividade vinculada à propaganda e publicidade, o que, como comprovado, não condiz com a realidade.

Tece comentário a respeito da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para ressaltar que é vedado à Administração Pública impor obrigação em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público. Argúi que não se incluem no seu objeto social as atividade de publicidade e propaganda.

Indica a legislação que rege a matéria, princípios que alega foram violados ainda entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Por todo o exposto, requer que seja dado provimento à presente manifestação de inconformidade, para o fim de determinar que seja tornado nulo e de nenhum efeito o Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 135/2007, bem como a Notificação nº 258/2007/DRF/P0A/SECAT/CNPJ.

São os termos em que pede e espera deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/POA/RS nº 10-19.696, de 03/06/2009, fls. 93/94: “Solicitação Indeferida”.

Restou ementado

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

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES - ATIVIDADE VEDADA

Exercendo atividade vedada, não pode a pessoa jurídica ser optante pelo SIMPLES.

Notificada em 14/10/2009, fl. 96, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 10/11/2009, fls. 98/114, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera todos os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

Conclui

Por todo o exposto, a Recorrente requer que seja dado provimento ao presente recurso, para o fim de determinar que seja tornado nulo e de nenhum efeito o Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 135/2007, bem como a Notificação n. 258/2007/DRF/P0A/SECAT/CNPJ.

São os termos em que

pede e espera deferimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

A Recorrente alega que o procedimento é nulo. O Ato Declaratório Executivo DRF/POA/RS nº 135, de 03 de setembro de 2007, fl. 63, foi lavrado por servidor competente que regularmente intimou a Recorrente para cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. No exercício da função pública, a autoridade administrativa, de forma vinculada e obrigatória, procedeu com observância de todos os requisitos legais que lhe confere existência, validade e eficácia. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. Foi oferecida à interessada a oportunidade de apresentar, no prazo legal, a manifestação de inconformidade acompanhada de todos os meios de prova a ela inerentes. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e assim a indicação do enquadramento legal não propicia a nulidade do ato em litígio. Foram asseguradas à Recorrente as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) e Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972). Desta forma, a sua alegação não tem fundamento.

A Recorrente discorda do procedimento de ofício.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, determina:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

XII - que realize operações relativas a:

d) propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação;

[...]

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)

[...]

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Por seu turno, a Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, determina:

Art 1º São Publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.

Art 2º Consideram-se Agenciadores de Propaganda os profissionais que, vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros.

Art 3º A Agência de Propaganda é pessoa jurídica, ... VETADO ..., e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.

Para a solução do litígio, cabe buscar esclarecimentos na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO que determina (fonte: <http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>, acesso em 20/03/2011):

2531 :: Profissionais de relações públicas, publicidade, mercado e negócios

[...]

Descrição Sumária

Estruturam estratégias de projeto; pesquisam o quadro econômico, político, social e cultural; analisam mercado; desenvolvem propaganda e promoções; implantam ações de relações públicas e assessoria de imprensa; vendem produtos, serviços e conceitos. No desenvolvimento das atividades é mobilizado um conjunto de capacidades comunicativas.

No dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0, o verbete publicitário está assim definido:

profissional que planeja, cria, executa ou dirige a execução de campanhas publicitárias

A partir destas definições pode-se concluir que publicitário é o profissional que exerce a difusão de mensagem de conteúdo informativo mediante os veículos de divulgação, planejando, criando, dirigindo e executando campanhas para a promoção da venda de produtos e serviços.

No Contrato Social, fls. 85/90, está consignado como objeto:

A sociedade terá como objetivo social o comercio de jornais e revistas especializadas, produção, comercialização, edição de textos e programas para rádio, TV., jornais e revistas, representações comerciais.

Em conformidade com o instrumento constitutivo que a Recorrente se dedica também a edição de textos e programas em veículos de comunicação.

Na Declaração Anual Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ - Simples) do ano-calendário de 2004, fls. 20/39, consta que a Recorrente auferiu receita decorrente de prestação de serviços. No Livro Caixa do período, fls. 40/45, estão registradas valores creditados a título de “entradas”. Com o objetivo de identificar a natureza de tais montantes, cabe analisar os contratos de prestação de serviços.

No Contrato para Produção e Apresentação de Programa de Televisão avençado entre a Televisão Guaíba Ltda (Contratante) e a Recorrente (Contratada) está registrado, fls. 03/10:

A CONTRATADA se obriga a produzir e apresentar um programa de televisão, as terças-feiras, com duração de 60 (sessenta) minutos brutos, incluindo os comerciais, para ser exibido pela CONTRATANTE no horário das 21:30 horas às 22:30 horas, sob a denominação de "ABRAÃO VINOGRON - MEDICINA E SAÚDE".

[...]

A CONTRATADA, deverá submeter a apreciação da CONTRATANTE os nomes dos apresentadores e entrevistados do programa em questão, solicitando permissão para as entrevistas possibilitando deste modo, preservar a "Linha da Emissora".

[...]

A CONTRATADA terá o direito de vender Cotas de Patrocínio, Cotas de Participação (PTE'S), Chamadas de "Próxima Atração", Top de 8" (Oito segundos), "Merchandising" e comerciais avulsos dentro do programa.

[...]

Pelos serviços prestados pela CONTRATANTE' a CONTRATADA, assim como pela veiculação do programa, a CONTRATADA deverá pagar à CONTRATANTE o valor mínimo de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais), líquidos mensais a partir de 01.06.1996, livres de qualquer despesa, inclusive de comissão de agenciamento, sendo que este valor será corrigido mensalmente de acordo com a inflação. Haverá ainda, sobre este valor a incidência do ICMS caso venha a ocorrer.

No Contrato de Prestação de Serviços Autônomos ajustado entre a Unimed Porto Alegre Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda (Contratante) e a Recorrente (Contratada) está registrado, fls. 11/13:

O CONTRATADO prestará seus serviços profissionais especializados à CONTRATANTE de forma autônoma, sem vinculação de horário e sem determinação de local.

[...]

O presente instrumento é de prestação de serviço profissionais do CONTRATADO para com a CONTRATANTE, havendo, em nenhuma hipótese, qualquer vínculo trabalhista entre as partes .

[...]

O CONTRATADO compromete-se a prestar seguintes serviços à CONTRATANTE:

a) elaboração de textos comerciais a serem apresentados na rádio Guaíba AM, diariamente, às 11h44min, quando da apresentação do programa "O COMENTÁRIO DE A. WINOGRON";

b) produção e apresentação do referido programa 05 (cinco) vezes por semana, com comentários de própria elaboração, abordando de forma crítica a atualidade médica do Brasil e mundo, informando os principais temas médicos e abordando de forma mais ampla a saúde e medicina. Principais doenças e, eventualmente, respondendo cartas dos ouvintes. Temas gerais e universais, palpantes, que despertem a atenção dos ouvintes também serão eventualmente abordados.

No Contrato de Irradiação de Mensagens Publicitárias Através da Rádio Guaíba-AM avençado entre Portocred S/A (Contratante) e a Recorrente (Contratada) está registrado, fls. 14/19:

Abraão Winogron divulgará de viva-voz duas mensagens publicitárias da PORTOCRED em cada edição do programa Medicina & Saúde, produzido e apresentado por ele na Rádio Guaíba - AM, aos sábados, nos dias 6, 13,20 e 27 de dezembro de 1997. O teor das mensagens será acertado entre as partes.

Para a maiores esclarecimentos, vale examinar os conceitos constantes na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO que determina (fonte: <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>, acesso em 20/03/2011):

3763 :: Apresentadores de espetáculos, eventos e programas

[...]

Descrição Sumária

Apresentam e/ou animam programas de rádio e televisão, festas populares, eventos, atrações circenses ou outros tipos de espetáculos; orientam-se por roteiros ou fazem improvisações para divertir, informar, instruir o público, telespectador ou ouvinte

No dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0, o verbete apresentador está assim conceituado:

que ou quem, em determinado programa jornalístico ou de entretenimento, conduz entrevistas, debates etc.

Assim, o apresentador faz a apresentação um programa para um veículo de comunicação. A Recorrente juntou as provas aos autos mediante documentos hábeis que demonstram sua afirmativa de que presta serviço de apresentador, que, a partir dos conceitos já estabelecidos deduz-se que não é assemelhada à de publicitário. Ademais, ainda que se considerasse como ambígua a atividade constante no Contrato de Irradiação de Mensagens Publicitárias Através da Rádio Guaíba-AM avençado entre Portocred S/A (Contratante) e a Recorrente (Contratada), fls. 14/19, este teve vigência anterior aos efeitos da exclusão e não pode ser considerado prorrogado a 01/01/2004. É imprescindível para a exclusão do Simples que seja comprovado que a pessoa jurídica se dedique à prestação de serviços profissional impeditiva indicada no ato administrativo. Não constam dos autos evidências de que a Recorrente exerça a prestação de serviços profissional de publicitário de que trata a legislação de regência. Não restando evidenciada a subsunção do fato à hipótese legal de exclusão do Simples, é admissível a manutenção no mencionado sistema.

Em face do exposto voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva