



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

Processo nº 11080.103589/2004-11
Recurso nº 341.575 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.186 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08/04/2010
Matéria SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA
Recorrente M SCHMIEDT PRODUÇÕES LTDA
Recorrida DRJ/PORTO ALEGRE - RS

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A fase litigiosa do procedimento fiscal de exclusão do Simples inicia-se somente com a impugnação (manifestação de inconformidade) ao Ato Declaratório de Exclusão, momento a partir do qual tem a pessoa jurídica assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, e do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal.

NULIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO. INOCORRÊNCIA.
RETROATIVIDADE DOS EFEITOS PREVISTA EM LEI.

Não há nulidade no Ato de Exclusão por alegada impossibilidade de retroação dos seus efeitos em razão do princípio da segurança jurídica, se esta retroatividade está determinada na própria Lei nº 9.317/96, que instituiu o Simples.

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

Ano-calendário: 2002

Ementa:

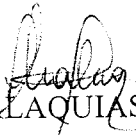
EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA

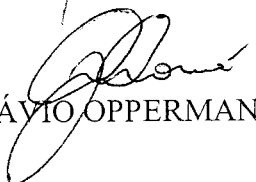
Exercendo atividade vedada, não pode a pessoa jurídica ser optante pelo Simples. O fato de uma atividade estar expressamente incluída pela Lei Complementar nº 123/06 entre aquelas às quais é permitida opção ao Simples Nacional não autoriza nem desautoriza qualquer conclusão a respeito da mesma atividade quanto à possibilidade de opção ao Simples nos termos da Lei nº 9.317/96.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS - Para a hipótese de exclusão do Simples, com fundamento no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a data a partir da qual surtirão os seus efeitos decorre da previsão do inciso II do art. 15 da mesma Lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente.


JOÃO OTÁVIO OPPERMANN THOMÉ - Relator.

EDITADO EM: 20 MAI 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice-Presidente), João Otávio Opperman Thomé (Relator), Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes (Suplente Convocado), e Manoel Mota Fonseca (Suplente Convocado).

Relatório

Trata o presente processo de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, promovida pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/POA nº 547.003, emitido em 02/08/04, fl. 23, sob o fundamento de a contribuinte exercer atividade vedada de opção ao Simples, de acordo com o disposto na Lei nº 9.317/96.

A atividade econômica principal da empresa, constante do seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ – fls.21, conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE – corresponde ao código 9211-8/02 - atividades de produção de filmes e fitas de vídeo, exceto estúdios cinematográficos

Em 23/09/04, a interessada apresentou tempestivamente sua Manifestação de Inconformidade, contra o ADE, solicitando a Revisão da Exclusão à Opção pelo Simples, fls. 01 a 14, alegando que a empresa não exerce atividade vedada ao Simples, e contrapondo-se também aos efeitos do Ato Declaratório Executivo, retroativos a 01-01-2002. Pugna pela nulidade do Ato Declaratório Executivo.

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ/Porto Alegre julgou correta a exclusão efetuada, ao entendimento de que a atividade de produção de filmes de longa, média e curta metragens, peças teatrais, eventos culturais em geral e afins, atividade declarada como seu objeto no contrato social, fls. 17, impede a opção pelo Simples.

Quanto à data dos efeitos do Ato Declaratório, esclarece que a Lei nº 9.317/96, em seu art. 15, inciso II, determina que a exclusão do Simples, para este caso, surtirá efeito a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, portanto a retroatividade decorre da Lei. Acrescenta ainda que a Receita Federal, por meio da IN SRF nº 608/2006, delimitou que, nos casos em que essa situação excludente tenha ocorrido até 31.12.2001 e a referida exclusão tenha sido efetuada a partir de 01-01-2002, o referido ato de exclusão somente surtiria efeitos a partir de 01-01-2002. Assim, estando os julgadores de DRJ vinculados a esta interpretação, correta a data especificada no ADE.

Inconformada com a decisão prolatada, a contribuinte apresenta recurso a este Conselho, fls. 50 a 62, alegando violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a nulidade do ato de exclusão.

Afirma que a atividade constante no objeto social da Recorrente não é citada no inciso XIII, tampouco no artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, utilizados como fundamento pelo Ato Declaratório de Exclusão.

Afirma ainda que a Recorrente é uma produtora independente de obras cinematográficas e videofonográficas, ou seja, que o seu objetivo é a produção de filmes, e que, nesta atividade, contrata diversos profissionais, com ou sem habilitação legalmente exigida, como atores, técnicos de som, fotógrafos, maquiadores, cinegrafistas, figurinistas, sonoplastas, etc. Que a atividade da Recorrente é realizada através da reunião destes diversos profissionais. Que o quadro societário da empresa não é composto por pessoa que desenvolva

profissão que dependa de habilitação legalmente exigida. Que o ônus de provar que a Recorrente realmente desenvolve atividade vedada é da autoridade tributária. Que a Lei Complementar 123/06, que regulamenta o Novo Simples, elenca expressamente a atividade desenvolvida pela Recorrente como passível de ingresso no sistema de recolhimento integrado, corroborando com os argumentos até então apresentados de que, em momento algum, o legislador pretendeu incluir a atividade de produção de filmes no rol de atividades vedadas no Simples.

Conclui acusando de nulidade a exclusão da Recorrente por estabelecer efeito retroativo para essa exclusão, visto que a Administração Pública não teria o direito de anular, após decorridos mais de cinco anos da data de constituição, os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para o contribuinte, nos termos do artigo 54, *caput*, da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – no caso em tela, a opção pelo Simples foi efetuada em 1º de janeiro 1999, e o ato de exclusão em 02 de agosto de 2004.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Conforme acima relatado, verifica-se que a recorrente teve assegurado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, tendo apresentado Manifestação de Inconformidade à autoridade julgadora de primeira instância, e ora o presente recurso, aos quais juntou toda a documentação que entendeu pertinente. Também demonstrou total compreensão dos motivos que levaram à exclusão da empresa do Simples, apresentando inteligentes argumentações e fundamentação legal coerente aos seus argumentos.

Além disto, dispõe o § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96 que:

§ 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.

Nos termos da legislação que rege o processo tributário administrativo (Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), não há dúvidas de que são assegurados aos administrados o contraditório e a ampla defesa, sendo certo que a fase litigiosa do procedimento inicia-se com a impugnação da exigência, nos termos do seu art. 14, *verbis*:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

No mesmo sentido caminha a Lei nº 9.317/96. A administração tributária não pratica nenhum ato no sentido de expressamente reconhecer o direito de uma empresa ao Simples. Ao contrário, é a pessoa jurídica quem, por meio de ficha cadastral específica, informa a sua intenção de ingressar no sistema. A partir do momento em que ocorre alguma das vedações impostas pela Lei para opção ao Simples, e a empresa voluntariamente não solicita a sua exclusão do Sistema, cabe à Administração Pública efetuar-la de ofício, mediante Ato Declaratório, conforme dispõe o § 3º do art. 15, acima reproduzido, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa. É precisamente o que foi feito no presente caso.

Além disto, a retroatividade dos efeitos do ato de exclusão está determinada na própria lei que instituiu o Simples e, de qualquer forma, no caso concreto, dita retroatividade não atingiu situação ou condição da contribuinte ocorrida há mais de cinco anos.

Afasto, portanto, as preliminares argüidas de nulidade por cerceamento do direito de defesa bem como pela alegada impossibilidade de retroação dos efeitos da exclusão.

Passo ao mérito.

Início pela alegação de que a Lei Complementar nº 123/06, que regulamenta o Simples Nacional, elenca expressamente a atividade desenvolvida pela Recorrente como passível de ingresso no sistema de recolhimento integrado, fato que corroboraria o argumento de que, em momento algum, o legislador pretendeu incluir a atividade de produção de filmes no rol de atividades vedadas no Simples.

Este argumento não se sustenta, na medida em que se pode facilmente contra-argumentar no sentido de que, justamente pela necessidade de expressamente elencar a atividade da empresa entre aquelas passíveis de opção ao Simples Nacional, é que se pode concluir que, antes da edição da Lei Complementar nº 123/06, aquela atividade era vedada à opção ao Simples.

Tenho para mim que ambos os argumentos pecam pela fragilidade. A interpretação de uma norma não pode ser feita dissociada do contexto em que está inserida. Neste sentido, é imperativo afirmar que se tratam de dois regimes jurídicos distintos: de um lado, o Simples, estabelecido pela Lei nº 9.317/96, e de outro, o Simples Nacional, estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06. O que se aplica a um pode não se aplicar ao outro, e vice-versa. Cada qual contém as suas próprias normas jurídicas, exclusivamente a cada um deles aplicável. Não há qualquer comunicabilidade entre as normas de um e de outro, e elas não devem ser interpretadas a partir da semelhança ou dessemelhança de umas com as outras.

Neste sentido, não há dúvidas de que a atividade da recorrente foi expressamente incluída pela Lei Complementar nº 123/06 entre aquelas às quais é permitida opção ao Simples Nacional, porém tal fato não autoriza nem desautoriza qualquer conclusão a respeito da mesma atividade quanto à possibilidade de opção ao Simples nos termos da Lei nº 9.317/96.

Dispõe o art. 9º da Lei nº 9.317/96:

“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)

Destarte, três diferentes hipóteses de vedação decorrem deste dispositivo legal:

A primeira, que se destina às pessoas jurídicas que prestem ou vendam os serviços relativos às profissões expressamente listadas. A segunda, que estende a vedação para as pessoas jurídicas que prestem ou vendam serviços profissionais assemelhados àqueles listados anteriormente. E a terceira, que dispõe que a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida também incorre em vedação à opção.

Interligadas as duas primeiras hipóteses pela caracterização da atividade exercida, tal como expressamente listada, na primeira hipótese, ou assemelhada, na segunda, depreende-se do próprio dispositivo legal que elas são distintas e independentes da terceira,

bastando que a pessoa jurídica incorra em uma só delas para que a sua permanência no Simples seja vedada.

Dispõe o art. 2º do Contrato Social da recorrente à época dos fatos, fls. 17, *verbis*, que:

“A sociedade terá por objeto a produção e distribuição de filmes de longa, média e curta metragens, vídeos, peças teatrais, eventos culturais, em geral e afins.”

Em consonância com o objeto descrito, afirma ainda a Recorrente na peça recursal que é uma produtora independente de obras cinematográficas e videofonográficas, ou seja, que o seu objetivo é a produção de filmes, e que, nesta atividade, contrata diversos profissionais, com ou sem habilitação legalmente exigida, como atores, técnicos de som, fotógrafos, maquiadores, cinegrafistas, figurinistas, sonoplastas, etc, e que a atividade da Recorrente é realizada através da reunião destes diversos profissionais.

Portanto, a própria recorrente se caracteriza como produtora de espetáculos, atividade esta que a Lei nº 9.317/96 expressamente menciona entre aquelas às quais é vedada a opção pelo regime simplificado. *Espetáculo*, na definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 1ª edição, Nova Fronteira), entre outras acepções do termo, compreende:

“4. Exibição de cinema, televisão, etc., ou qualquer demonstração pública de canto, dança, interpretação musical, etc., por uma pessoa ou um conjunto de pessoas;”

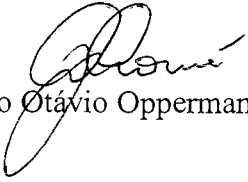
Semelhante definição também encontra-se na popular Wikipédia (<http://pt.wikipedia.org>):

“Um espetáculo (AO 1945: espectáculo), ainda chamado de concerto ou show, é uma representação pública que impressiona e é destinada a entreter. Pode ser uma apresentação teatral, musical, cinematográfica, circense, uma exibição de trabalhos artísticos etc.”

Ante estes fatos, irrelevante é a circunstância de o quadro societário da empresa não ser composto por pessoa que desenvolva profissão que dependa de habilitação legalmente exigida. Conforme referido, esta é apenas uma das hipóteses previstas no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96 para a vedação à opção.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.


João Otávio Oppermann Thomé - Relator

