



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

Processo n° 13706.000183/2004-08
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.547 – 1ª Turma
Sessão de 08 de fevereiro de 2017
Matéria SIMPLES
Recorrente A M S ASSESSORIA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MODA LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2000

PROCESSOS EM FASES DISTINTAS. DESAPENSAMENTO. FALTA DE INTIMAÇÃO NO PROCESSO APENSO. AMPLA DEFESA. CONTRADITÓRIO.

É determinado o desapensamento de processo administrativo no qual não houve intimação do sujeito passivo sobre o acórdão da Turma Ordinária e, portanto, encontra-se em fase processual distinta do processo principal. A medida evita prejuízo à ampla defesa e contraditório.

ATIVIDADE VEDADA. SIMPLES FEDERAL. CONTRATO SOCIAL. INDÍCIO. NOTAS FISCAIS. PROVA.

A mera descrição de atividade vedada no contrato social é insuficiente para a exclusão do Simples, sendo necessária a demonstração do efetivo exercício desta atividade por outros meios de prova.

Além disso, a prova pela contribuinte do não exercício de atividade vedada, com a apresentação de notas fiscais sequenciais, infirma a descrição genérica de atividade vedada no contrato social.

SIMPLES. DESIGNER DE JÓIAS. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/1996.

É permitida a permanência no Simples Federal de designer de jóias, eis que sua atividade que não se amolda àquelas descritas pelo artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher a preliminar de desapensamento do processo nº 15374.000267/2007-19, para dar ciência do Acórdão nº 1301-001.089 ao sujeito passivo e, assim, dar seguimento ao julgamento do processo nº 13706.000183/2004-08, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura e Gerson Macedo Guerra, que votaram no sentido de declarar nulo o acórdão nº 1301-001.089 do processo nº 15374.000267/2007-19 e o retorno para a turma *a quo* para novo julgamento, por ter incorrido em preterição do direito de defesa ao não tratar do mérito e determinar pela conexão sem base normativa. Restou vencido, também, o conselheiro Luís Flávio Neto, que votou pelo sobrestamento do processo nº 13706.000183/2004-08 até que o de nº 15374.000267/2007-19 chegue à mesma fase processual, para que sejam julgados em conjunto. Por unanimidade de votos, acordam em conhecer do recurso e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício)- Presidente.

(Assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício).

Relatório

Como há dois processos administrativos apensados, divido o presente relatório para esclarecer o que consta em cada um dos processos.

Processo 13706.000183/2004-08

Trata-se de processo originado por Ato Declaratório Executivo DRF nº 301.162, de 02 de outubro de 2000, pelo qual a contribuinte foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples). Neste ato foi identificada como situação excludente a existência de pendências da empresa e/ou sócios junto à PGFN. (cópia às fls. 23).

O pedido de revisão de exclusão do Simples foi negado, justificando-se tal negativa na existência de débitos inscritos em dívida ativa (fls. 467/480) e no exercício de atividade vedada pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, considerando alteração contratual de fls. 09 (fls. 557/559 - volume 3)

A contribuinte, assim, apresentou Impugnação em 29/07/2004 (fls. 565/570-volume 3), que foi rejeitada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro conforme acórdão ementado da forma seguinte (fls. 580 - volume 3):

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

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO. ASSESSORIA. CONSULTORIA.

As pessoas jurídicas que executam serviços de assessoria e produção de eventos artísticos para terceiros não podem optar pelo Simples, por serem assemelhados aos de consultor e de produtor de espetáculo.

Solicitação Indeferida

Destaca-se trecho da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento:

Contudo, não obstante o pagamento e/ou parcelamento das dívidas junto à PGFN, certo é que a Administração Tributária, ao analisar o pedido de inclusão retroativa datado de 22/02/2004, não o deferiu pelo fato de entender que a interessada também exercia atividade (descrita em seu contrato social) considerada vedada pela lei norteadora do regime simplificado.

Ora, a causa excludente, apesar de ter sido uma, não pode ser a única diante de todo um conjunto de circunstâncias as quais impõem limites à opção e à permanência das empresas no regime simplificado.

Não se pode apenas analisar a pessoa jurídica, in casu, sob o prisma inicial se, ao ingressar com petição, alegando ter tomado todas as providências para permanecer no Simples, em face de atividade econômica descrita em seu contrato social, a mesma jamais poderia ter realizado a opção simplificada.

A época excludente as dívidas com a PGFN foi a causa determinante da sua exclusão. Entretanto, não há como ultrapassar a questão da atividade econômica vedada.

Tem-se, assim, que a prestação de serviços de assessoria e produção artística para terceiros, por ser assemelhada a de produtor de espetáculos, bem como a de consultoria, incompatibiliza o interessado com as normas da lei para ingresso ou permanência no Simples, conforme dispõe taxativamente o inciso XIII, do art. 9º, da Lei n.º 9.317/1996.

Ademais, observe-se, ainda, que a denominação social as empresa é "A M S Assessoria Comércio e Indústria de Moda" reforça ainda mais a atividade de assessor.

A contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 588), ao qual foi negado provimento pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção deste Conselho, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir:

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

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. REMUNERAÇÃO DO TRABALHO INTELECTUAL. É vedada ao Simples empresa cuja parte da receita é

decorrente de remuneração do trabalho intelectual de seu sócio-gerente (designer), mormente quanto não há prova nos autos de que esse recebeu pagamentos dessa empresa pela atividade e que ofereceu os rendimentos a tributação como pessoa física.

Recurso Voluntário Negado.

Destaque-se trecho do voto do relator, vencedor pelo voto de qualidade:

Pela análise dos autos, formei convencimento que no faturamento da empresa AMS, especialmente proveniente da venda de jóias/bijouterias, está incluída a remuneração pelo trabalho de criação do Designer Alberto Sabino, sócio-gerente, da empresa, que por sua vez nada recebe desta a esse título e, portanto, não oferece a tributação como pessoa física. A remuneração de profissão regulamentada ou de produtos/serviços que evidenciam a atividade intelectual não podem ser tributadas no Simples, à luz do art. 9º. da Lei 9.372, inciso XIII, acima transcrito.

A contribuinte foi intimada por edital quanto ao acórdão da Turma Ordinária, publicado em 11/08/2011 (fls. 669 - volume 3), apresentando recurso especial em 25/08/2011, no qual sustenta divergência jurisprudencial com o entendimento manifestado no **acórdãos paradigmas nº 391-00.017** (processo administrativo nº 19679.011093/2003-12), no qual consta que "*atividade de designer de jóias não exige habilitação profissional específica, e como tal, não se insere nas restrições do ordenamento aplicável*" e (fls. 671)

A Recorrente ainda sustenta a nulidade do Ato Declaratório de exclusão do simples sem indicar acórdão paradigma sobre este tema. Além disso, sustenta que a assessoria e produção artística não é assemelhada à produção de espetáculo; e, mesmo que houvesse similitude, a Recorrente nunca teria exercido tal atividade. Sustenta que há notas fiscais nos autos demonstrando que comercializa roupas, acessórios de moda e peças para decoração de ambientes. Aponta outros acórdãos do CARF sem identificá-los como paradigma (301-32.622, 303.34.460, 1402-00.146, 301-0.810), tratando de ônus da prova e descrição genérica de atividade em contrato social. Solicita assim a reinclusão no Simples.

O recurso especial foi admitido por decisão do Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção (André Mendes de Moura), conforme razões a seguir reproduzidas:

Observa-se que há similitude fática em ambos os julgados, não em relação objeto social da empresa propriamente dita, que no contexto dos julgados passa a ser acessório, mas ao enquadramento final na atividade de designer de jóias em ambos os Acórdãos, sendo que no Acórdão recorrido decidiu-se como atividade vedada pelo Simples e no paradigma, de forma oposta decidiu que não há vedação no Simples para esse tipo de atividade. (...)

Atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade (art. 67 e art. 68 do Anexo II do RICARF), e tendo a recorrente comprovado as divergências jurisprudenciais argüidas, DOU SEGUIMENTO ao seu recurso especial.

Sendo intimada em 11/11/2015 (fls. 712), a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso especial em 12/11/2015, nas quais sustenta que **(a)** a atividade de produção artística para terceiros é assemelhada à de produtor de espetáculos, bem como a de consultoria, com permanência no Simples vedada pelo artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996; **(b)** a denominação social da empresa reforça a atividade de assessor ("AMS Assessoria Comércio e Indústria de Moda"). A Procuradoria pleitea, assim, seja negado provimento ao recurso.

A contribuinte solicitou a retirada do processo de pauta em janeiro/2017 - por e-mail, "tendo em vista que outro semelhante processo da Recorrente (15374.000267/2007-19), que também deveria ter sido pautado para julgamento em conjunto, por haver conexão entre as matérias nele contidas (conforme decidido pelo Acórdão 1301.001.089, de 07.11.2002), não foi incluído nesta pauta de janeiro de 2017". Este requerimento foi atendido pelo Presidente da 1ª Seção, como consta da ata de sessão de julgamento.

Processo Administrativo nº 15374.000267/2007-19 (apenso)

O processo originou-se por Ato Declaratório Executivo Derat/RJO nº 15, de 07/02/2007, identificando-se como causa de exclusão o exercício de atividade econômica vedada (assessoria e produção artísticas para terceiros), com data da ocorrência em 03/01/2000. O citado ADE teve por fundamento o artigo 9º, III, da Lei nº 9.317/1996, dentre outros dispositivos da mesma (fls. 12). Há informação da Delegacia da Receita Federal em 27/02/2007 (fls. 13) mencionando o contrato social da contribuinte, nos seguintes termos: "verificamos no contrato social (...) que a interessada exerce atividade vedada à opção por esse Sistema".

Consta do contrato social consolidado (fls. 7/9) como objeto social da contribuinte: "A sociedade terá por objetivo indústria e comércio de roupas, acessórios de moda, peças para decorações de ambientes, compra e venda de artigos para presente e assessoria e produção artística para terceiros", registrado em 03/01/2000 perante a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

A contribuinte foi intimada quanto a este ADE em 21/06/2007 (fls. 15), apresentando impugnação (fls. 16/18).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro manteve a exclusão do Simples Federal, conforme ementa de acórdão (fls. 42/45):

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

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ASSESSORIA E CONSULTORIA.

As pessoas jurídicas que executam serviços de assessoria e produção de eventos artísticos para terceiros não podem optar pelo Simples, por serem assemelhados aos de consultor e de produtor de espetáculo.

Solicitação Indeferida

A contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 55/63), requerendo distribuição por prevenção ao processo nº 13706.000183/2004-08 e a sua reinclusão no Simples. Em julgamento deste recurso, a 1ª Turma da 3ª Câmara decidiu pelo apensamento deste processo ao de nº 13706.000183/2004-08, *verbis*:

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

Ano-calendário: 2007

CONEXÃO DE MATÉRIAS. ANÁLISE CONJUNTA.

Identificada conexão entre as matérias contidas em processos administrativos distintos, com litispendência reconhecida, os autos devem ser reunidos para que as decisões prolatadas sejam fundadas na totalidade dos elementos trazidos à consideração da autoridade julgadora.

Destacam-se trechos do acórdão, conforme voto do relator ex-Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas:

Logo, constata-se que foi deferido a apensação do presente processo ao de nº 13706.000183/2004-08 após julgamento pela DRJ. No entanto, tal processo (13706.000183/2004-08), nesta data, encontra-se pendente de análise ao Recurso Especial do sujeito passivo pela 4a. Câmara da 1a. Sejul desta Corte Administrativa (doc. de fls. 588/605).

Por pertinente, importa salientar, que no referido processo administrativo 13706.000183/2004-08, que trata da mesma matéria exclusão do Simples/atividade vedada e pelos mesmos fundamentos restou mantida a exclusão, com efeitos a partir de 01/01/2000, nos termos do ADE 301.162, de 02/10/2000, conforme atesta o Acórdão 140200.393, (fls. 575/578), julgado relativo ao ano calendário de 2004.

Resta evidente, assim, que a análise de mérito tratado no presente processo depende do julgamento administrativo em definitivo do processo conexo (nº 13706.000183/200408), pois, os feitos administrativos se relacionam (exclusão do Simples), mas, num processo os efeitos se processam a partir de 01/01/2000 e noutra a partir de 01/01/2002. Portanto, o apensamento deste processo àquele já referido é medida que se

impõe pela litispendência evidente. Entendo que a decisão de se excluir a empresa recorrente do Simples nos termos do presente processo representa matéria dependente da decisão final administrativa a ser dada no outro processo de nº 13706.000183/2004-08, sob pena de decidirmos sob um ato de exclusão do Simples quando a pessoa jurídica acusada já fora excluída anteriormente.

Diante disso, o processo de 2007 foi apensado ao de 2004 em novembro de 2014, sem que tenha sido cientificada a contribuinte a respeito do acórdão.

Voto

Cristiane Silva Costa, Relatora

Apensamento do Processo Administrativo nº 15374.000267/2007-19

A contribuinte alega conexão do presente processo (13706.000183/2004-08) com o processo apenso (15374.000267/2007-19), conforme e-mail enviado a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais acima citado. O tema também foi tratada no recurso voluntário de ambos os processos, sendo acolhido tal pedido pela Turma Ordinária no processo de 2007 (apenso), em acórdão acima citado, do qual se destaca:

"os autos devem ser reunidos para que as decisões prolatadas sejam fundadas na totalidade dos elementos trazidos à consideração da autoridade julgadora." (processo de 2007 - apenso)

Ocorre que não houve intimação formal da contribuinte a respeito deste acórdão, como tampouco a interposição de eventual recurso.

Por questão de ordem, portanto, faz-se necessário decisão desta Turma da CSRF sobre o apensamento destes processos, especialmente porque sequer houve intimação das partes para apresentação de recurso especial sobre o tema no processo de 2007.

Após debates nesta Turma, decidiu-se, majoritariamente, pela determinação de desapensamento do processo 15374.000267/2007-19, para dar ciência do Acórdão nº 1301-001.089 ao sujeito passivo, evitando-se qualquer prejuízo à ampla defesa e contraditório, até porque os processos encontravam-se em fases distintas. Ademais, decidiu-se pelo prosseguimento do julgamento do processo administrativo nº 13706.000183/2004-08, em termos para tanto.

Portanto, voto pelo desapensamento do processo administrativo nº 15374.000267/2007-19, para dar ciência do Acórdão nº 1301-001.089, como pelo prosseguimento regular do processo administrativo 13706.000183/2004-0.

Conhecimento e Mérito do Processo Administrativo nº 13706.000183/2004-08 (principal)

Conheço do recurso apresentado no processo administrativo nº 13706.000183/2004-08, eis que tempestivo e devidamente demonstrada a divergência na interpretação da lei federal, adotando as razões do Presidente de Câmara para admitir o recurso.

Passo à apreciar o mérito, ressaltando que a matéria devolvida à apreciação por esta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais refere-se à interpretação do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, que prevê

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;

Consta do voto vencedor, como reproduzido em relatório deste acórdão:

Pela análise dos autos, formei convencimento que no faturamento da empresa AMS, especialmente proveniente da venda de jóias/bijouterias, está incluída a remuneração pelo trabalho de criação do Designer Alberto Sabino, sócio-gerente, da empresa, que por sua vez nada recebe desta a esse título e, portanto, não oferece a tributação como pessoa física. A remuneração de profissão regulamentada ou de produtos/serviços que evidenciam a atividade intelectual não podem ser tributadas no Simples, à luz do art. 9º. da Lei 9.372, inciso XIII, acima transcrito.

Vale, ainda, lembrar que a DRJ indicou como causa determinante para manutenção da exclusão do Simples a descrição em contrato social de atividade vedada, que interpretou assemelhada à de produtor de espetáculos, bem como de consultoria:

Não se pode apenas analisar a pessoa jurídica, in casu, sob o prisma inicial se, ao ingressar com petição, alegando ter tomado todas as providências para permanecer no Simples, em face de atividade econômica descrita em seu contrato social, a mesma jamais poderia ter realizado a opção simplificada. (...)

Tem-se, assim, que a prestação de serviços de assessoria e produção artística para terceiros, por ser assemelhada a de produtor de espetáculos, bem como a de consultoria, incompatibiliza o interessado com as normas da lei para ingresso ou permanência no Simples, conforme dispõe taxativamente o inciso XIII, do art. 9º, da Lei n.º 9.317/1996. Ademais, observe-se, ainda, que a denominação social as empresa é "A M S Assessoria Comércio e Indústria de Moda" reforça ainda mais a atividade de assessor.

Consta de seu contrato social, conforme consolidação datada de 09/12/1999 (fls. 527): "A Sociedade terá por objetivo indústria e comércio de roupas, acessórios de moda, peças para decorações de ambientes, compra e venda de artigos para presente e Assessoria e produção artísticas para terceiros".

De fato, é incontroverso nos autos que o contrato social da Recorrente prevê o exercício de "*assessoria e produção artísticas para terceiros*".

Remanesce a discussão sobre ser tal atividade assemelhada à de produtor de espetáculos ou consultor (como identifica a DRJ), ou mesmo se tal atividade intelectual impediria a permanência no Simples (como consta do acórdão recorrido).

Caso esta Turma da CSRF interprete que a atividade de "*assessoria e produção artísticas para terceiros*" amolda-se aos critérios definidos pelo artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996, ainda remanesce a análise de efetivo desenvolvimento da atividade genericamente descrita no contrato social da Recorrente, questão também debatida no processo.

Primeiramente, analisaremos se a atividade ("*assessoria e produção artísticas para terceiros*") enquadra-se no artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

A DRJ, lembramos, tratou de enquadrar a atividade da Recorrente como assemelhada à de **produtor de espetáculos**, bem como a de **consultoria**.

A Instrução Normativa nº 1/2013, do Ministério da Cultura, trata da definição de **produtor**, relacionando-o ao orçamento da produção artística:

Art. 3º Para aplicação desta Instrução Normativa, serão consideradas as seguintes definições:

XIII – produtor majoritário: aquele que, em coproduções, tiver participação em mais de cinquenta por cento do orçamento total;

XIV – produção cultural independente: aquela cujo produtor majoritário não seja empresa concessionária de serviço de radiodifusão e cabodifusão de som ou imagem, em qualquer tipo de transmissão, ou entidade a esta vinculada, e que:

a) na área da produção audiovisual, não seja vinculada a empresa estrangeira nem detenha, cumulativamente, as funções de distribuição ou comercialização de obra audiovisual, bem como a de fabricação de qualquer material destinado à sua produção;

b) na área de produção fonográfica, não seja vinculada a empresa estrangeira nem detenha, cumulativamente, as funções de fabricação ou distribuição de qualquer suporte fonográfico;

c) na área da produção de imagem não detenha, cumulativamente, as funções de fabricação, distribuição ou comercialização de material destinado à fotografia ou às demais artes visuais, ou que não seja empresa jornalística ou editorial;

A mesma Instrução Normativa do Ministério da Cultura trata os espetáculos como forma de expressão artística, relacionando-os no artigo 11, inciso V:

Art. 11. No momento do cadastramento da proposta cultural, no campo correspondente do Salic, serão anexados os seguintes

documentos em meio digital e prestadas as seguintes informações, relativas ao proponente e à sua proposta: (...)

V – informações relacionadas a propostas nas áreas de artes cênicas e música, para espetáculos, shows ou gravação de CD, DVD e mídias congêneres:

- a) ficha técnica, com currículo do diretor, do produtor e dos artistas protagonistas, quando for o caso;*
- b) sinopse ou roteiro do espetáculo de circo, da peça teatral, do espetáculo de dança ou de performance de outra natureza;*
- c) anuência do autor para a montagem do espetáculo teatral objeto da proposta; e*
- d) listagem detalhada do conteúdo a ser gravado ou justificativa quando não definido;*

As atividades identificadas pela Recorrente como objeto social (produção artística), portanto, amoldam-se à produção de espetáculos, atividade impeditiva descrita no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Resta analisar se a menção de atividade de "*produção artística*" no contrato social da contribuinte seria suficiente para a sua exclusão do Simples Federal pela DRF, ou se a exclusão dependeria de prova de que a contribuinte exerça efetivamente tal atividade.

A respeito do objeto social da sociedade, são os ensinamentos de Modesto Carvalhosa:

"Para os efeitos de se poder responsabilizar administradores e controladores, deve-se entender o objeto social como limite da atividade societária.

Nesse sentido, o objeto social é o fim para o que a sociedade é constituída.

Esse aspecto substancial do objeto societário é o que mais interessa aos acionistas, aos credores, aos concorrentes e à coletividade. Para os efeitos de responsabilidade dos administradores e controladores, o objeto social representa o limite da atividade, não podendo extravasar os precisos termos contidos nos estatutos sociais." (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 16)

De fato, a descrição de atividade vedada no contrato social é indício do exercício desta atividade, mas não é suficiente à sua prova, cabendo ao auditor fiscal da Receita Federal demonstrar o efetivo exercício desta atividade vedada para exclusão do Simples. Lembro que, após pedido de revisão de exclusão do Simples, a DRF justificou a revisão da exclusão por dois motivos: a existência de débitos inscritos em dívida ativa e no exercício de atividade vedada, descrita em contrato social.

Portanto, é evidente que não houve análise de outros elementos para verificar o exercício, ou não, de atividade vedada pela Recorrente.

Em contrapartida, a contribuinte trouxe aos autos notas fiscais sequenciais, que demonstram a venda de jóias, comprovando o exercício de atividade de "designer de jóias".

Nesse panorama, tanto porque a descrição de atividade vedada no contrato social é, isoladamente, insuficiente à prova do exercício desta atividade, na medida em que é mero "fim" pretendido pelo empresário; quanto porque há prova dos autos da atividade de designer de jóias, que infirma a descrição genérica do contrato social de prestação de serviço de "produção artística", voto por dar provimento ao recurso especial da contribuinte.

Ademais, a contribuinte não exerce atividade de consultoria, tratada pela legislação federal como atividade distinta da de assessoria. Tanto assim que consta do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) o tratamento como conceitos diferentes:

Art. 647. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional (Decreto-Lei nº 2.030, de 9 de junho de 1983, art. 2º, Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 1º, inciso III, Lei nº 7.450, de 1985, art. 52, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 6º).

§ 1º Compreendem-se nas disposições deste artigo os serviços a seguir indicados:(...)

6. assessoria e consultoria técnica (exceto o serviço de assistência técnica prestado a terceiros e concernente a ramo de indústria ou comércio explorado pelo prestador do serviço); (...)

12. consultoria;

A distinção entre assessoria e consultoria também se observa na Lei nº 10833/2003:

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

XXV - as receitas auferidas por empresas de serviços de informática, decorrentes das atividades de desenvolvimento de software e o seu licenciamento ou cessão de direito de uso, bem como de análise, programação, instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de software, compreendidas ainda como softwares as páginas eletrônicas.

Como se não bastasse, o conceito de consultoria e assessoria empregado pelo inciso XIII, do artigo 9º é técnico, não se aplicando a qualquer situação em que há utilização do termo "assessoria" em contrato social.

A COSIT emitiu Solução de Consulta nº 253, em 12/09/2014, no qual menciona interpretação do que sejam consultoria e assessoria, para fins de exclusão do Simples na forma da Lei nº 9.317/1996 e Lei Complementar nº 123/2006:

10.1. É preciso recordar a orientação da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT) que vigorava ao tempo da vedação do art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que regia o Sistema INtegrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal).

10.2. Naquela época, a orientação cristalizada no item 40 do capítulo V do Perguntas e Respostas IRPJ/2007 era de quem "uma forma objetiva de identificar possíveis atividades semelhantes ao do dispositivo em exame é verificar os serviços elencados no parágrafo 1º do art. 647 do RIR/1999, po qual, ainda que para outro fim (imposto de renda na fonte em serviços prestados por PJ para outra PJ), identifica serviços que, por sua natureza, revelam-se inerentes ao exercício de qualquer profissão, regulamentada ou não (PN CST n.º 8, de 1986), bem como os que lhe são similares (pag. V-41)" (...)

10.4. Daí que qualquer serviço de assessoria era considerado, pela Cosit, assemelhado ao de consultoria e, por esse motivo, vedado ao sistema. 10.5. Dispositivo idêntico (item 6 da lista anexa à IN SRF n.º 23, de 21 de janeiro de 1986) já foi objeto de manifestação por parte da administração tributária, por meio do Parecer Normativo (PN) CST n.º 37, de 26 de junho de 1987, que apresenta a seguinte redação (sem destaque no original): (...)

4. Assim, podemos concluir que os serviços de assessoria e consultoria técnica alcançados pela tributação restringem-se àqueles resultantes da engenhosidade humana, tais como: especificação técnica para fabricação de aparelhos e equipamentos em geral; assessoria administrativo-organizacional; consultoria jurídica, etc.

5. Indubitavelmente, estão excluídos do contexto do referido item quaisquer serviços de reparo e manutenção de aparelhos e equipamentos (domésticos ou industriais), uma vez que não evidenciam o grau de profissionalização supra-enunciado. Daí a Instrução Normativa excepcionar do serviço relacionado no item 6 da tabela anexa, a assistência técnica prestada pelo fabricante, ou por oficina especializada no reparo de produto industrializado.'

10.6. Com efeito, essa interpretação conduz à conclusão de que a assistência técnica prestada pelo fabricante não recebe o mesmo rigor legal que é dispensado à assessoria e à consultoria. Ao transpor essa conclusão para o caso em tela, tem-se que a assistência técnica (aqui compreendido também, por analogia, o suporte técnico) não é atividade vedada ao Simples Nacional, desde que prestada pelo "fabricante" (i.e., pela empresa que produz o hardware, elabora, licencia ou cede o direito de uso do software). E suas receitas são tributadas pelo Anexo III, cf. art. 17, § 2º, c/c art. 18, § 5º-F, da Lei Complementar n.º 123, de 2006."

17. Ora, a análise do inciso XI do art. 17 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, não comporta a interpretação do que seria assemelhado à atividade intelectual, e natureza técnica e científica, posto que tal condição simplesmente existe ou não

existe. Não havendo permissão legal para comparação entre atividades como ocorria na Lei nº 9.317, de 1996 (Simples Federal).

O conceito de consultoria e assessoria empregado pela COSIT, aparentemente, tem conteúdo técnico condizente com o contexto em que inserido no inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/1996, não se coadunando com a atividade (simplória) de designer de jóias. Também por esta razão entendo pelo provimento ao recurso especial.

A DRJ ainda aponta que o sócio da Recorrente "*organiza desfiles no hotel Copacabana Palace*" e que haveria uma "*simbiose entre as atividades da sociedade empresária e a pessoa física do sócio*". No entanto, não há qualquer vedação ao exercício de atividades distintas pelo sócio (como pessoa física) e a sociedade, não sendo o exercício de atividade pela pessoa física determinante da possibilidade de exclusão da pessoa jurídica quanto ao Simples.

Acrescento que o acórdão recorrido menciona que a atividade de venda de jóias/bijouterias estaria enquadrada como atividade intelectual, conforme voto vencedor:

Pela análise dos autos, formei convencimento que no faturamento da empresa AMS, especialmente proveniente da venda de jóias/bijouterias, está incluída a remuneração pelo trabalho de criação do Designer Alberto Sabino, sócio-gerente, da empresa, que por sua vez nada recebe desta a esse título e, portanto, não oferece a tributação como pessoa física. A remuneração de profissão regulamentada ou de produtos/serviços que evidenciam a atividade intelectual não podem ser tributadas no Simples, à luz do art. 9º. da Lei 9.372, inciso XIII, acima transcrito.

Ocorre que o exercício de "atividade intelectual" não tem opção vedada pelo Simples, nos termos do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996. As atividades intelectuais vedadas por aquele dispositivo legal são aquelas enumeradas no dispositivo (médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário) ou "*qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida*".

Algumas das atividades enumeradas no artigo 9º são de trabalho intelectual, mas nem todas as atividades de trabalho intelectual estão descritas - ou se ajustam - ao citado dispositivo.

Com efeito, o designer de jóias não se amolda às atividades intelectuais relacionadas exaustivamente no artigo 9º, XIII, como tampouco depende de habilitação profissional. Diante disso, voto por dar provimento ao recurso especial da contribuinte.

Por tais razões, voto por **conhecer e dar provimento ao recurso especial** da contribuinte apresentado no processo 13706.000183/2004-08.

(Assinado Digitalmente)

Cristiane Silva Costa