



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

Processo nº 13706.000202/2004-98
Recurso nº 139.916 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.083 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de maio de 2009
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente WORK STATION PRODUÇÕES LTDA
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES EXCLUSÃO. EDIÇÃO DE IMAGENS, MIXAGEM SONORA E DUBLAGEM, ATIVIDADES ASSEMBELHADAS ÀS DE PROGRAMADOR OU PRODUTOR CINEMATOGRAFICO.

Pessoa jurídica que explore a atividade de prestação de serviços de filmagem para produção de vídeos, e edição de imagens pode aderir ao Simples, consoante Decisão SRRF/6ª RF/DISIT Nº 286, de 11 de dezembro de 1998, proferida em processo de consulta.

Admite-se a inclusão no SIMPLES quando as atividades exercidas pela pessoa jurídica não são vedadas pela lei vigente ao tempo do julgamento, que especifica as atividades exercidas de forma mais benéfica, retroagindo para beneficiar o sujeito passivo, a teor do disposto no artigo 106, I, do CTN.

NULIDADE - INTIMAÇÃO

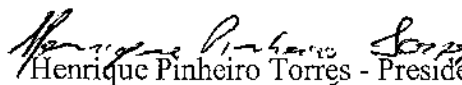
Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

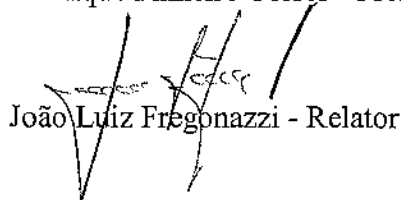
Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

A


Henrique Pinheiro Torres - Presidente


João Luiz Fregonazzi - Relator

EDITADO EM 01/12/2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, João Luiz Fregonazzi, Rodrigo Cardozo Miranda, Valdete Aparecida Marinheiro, Susy Gomes Hoffmann e Hécio Lafetá Reis (Suplente).

Ausente o Conselheiro Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão DRJ/RJOI n.º 12-513.688, de 21 de março de 2007, da 7.ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I, que, por unanimidade de votos, indeferiu a solicitação da interessada e manteve a exclusão do SIMPLES por considerar que as atividades exercidas encontravam-se vedadas pela legislação vigente à época.

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da autoridade julgadora de primeira instância, abaixo transcrito.

O processo tem origem no Ato Declaratório Executivo DERAT/RJO n.º 450024, de 07/08/2003, expedido pelo Delegado da Receita Federal de Administração Tributária no Rio de Janeiro (fl. 16), que determinou a exclusão da interessada do regime do SIMPLES, a partir de 01/01/2002, em virtude da constatação de exercício de atividade econômica vedada. De acordo com o mencionado ato declaratório executivo, a atividade da interessada seria: "9239-8/99 – Outras atividades de espetáculos, não especificadas anteriormente".

O referido ato declaratório apresenta o seguinte enquadramento legal: Lei n.º 9317, de 05/12/1996: art. 9º, XIII; art. 12; art. 14, I; art. 15, II. Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27/07/2001: art. 73. Instrução Normativa SRF n.º 250, de 26/11/2002: art. 20, XII; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

A interessada apresentou a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples, fls. 01 e 02, em 05/03/2004, tomou ciência da análise, mantendo sua exclusão, em 20/11/2006 (fl. 22 – verso), e impugnou em 20/12/2006 (fl. 23), trazendo os seguintes argumentos:

De plano, afirma que não recebeu nenhuma notificação sobre a exclusão do SIMPLES, bem como não foi informada sobre a causa da exclusão. Alega ainda que as atividades de dublagem e mixagem sonora, únicas exercidas pela empresa, não estão incluídas no art. 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/1996. Por fim, aduz que os efeitos da exclusão do SIMPLES não podem

retroagir a 01/01/2002, conforme art. 146 do Código Tributário Nacional.

A autoridade julgadora de primeira instância julgou indeferiu a solicitação por considerar que as atividades exercidas pela interessada encontravam-se vedadas, consoante ementa abaixo transcrita:

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PROPAGANDA E PUBLICIDADE.

Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que realizem operações relativas a propaganda e publicidade.

PRODUÇÃO DE ÁUDIO E VÍDEO INABILITA A INSCRIÇÃO NO SIMPLES.

Ainda que restrita a edição de áudio às atividades de colocação de locução, ruídos ambientes e efeitos especiais ou à sincronização áudio-visual, de som com imagem, obstat o ingresso no SIMPLES, por serem etapas na produção de áudio e vídeo, e por demandarem conhecimento técnico científico.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA

Irresignada, a querelante interpôs recurso voluntário onde reitera argumentação antes expendida na fase impugnatória.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Luiz Fregonazzi, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR DE NULIDADE

A recorrente alega nulidade em razão de não ter sido cientificada do ato de exclusão do SIMPLES, não sendo possível recorrer da decisão administrativa. Apenas por acaso veio a ter ciência do ato administrativo de exclusão, tendo então apresentado sua defesa.

Compulsando os autos, não se vislumbra outro instrumento de citação da contribuinte além do edital publicado, conforme documentos de fls. 16 e 19. Somente após esgotarem-se as possibilidades de intimação previstas no Decreto nº 70.235/72, artigo 23, é que a intimação mediante edital poderia ter lugar. Restando improficuos os meios previstos para se intimar o sujeito passivo caberia a intimação mediante edital, consoante o disposto no §1.º do mesmo dispositivo legal, verbis:

Art.23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento no domicílio tributário do sujeito passivo ou mediante registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo, de acordo com regulamentação da Administração Tributária.

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da Administração Tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial ou local.

Ocorre que a questão pode ser superada em razão dos elementos acostados aos autos, que permitem julgamento do mérito a favor do sujeito passivo. Dessa forma, deixo de declarar a nulidade em razão da norma contida no Decreto n.º 70.235/72, artigo 59, Inciso II, § 3.º, *verbis*:

Art.59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.748, de 9/12/93)

MÉRITO

No mérito, assiste razão à impugnante.

Conforme se depreende do indeferimento da solicitação de fls.01, decisão autuada às fls. 02, a exclusão foi motivada pela “prestação de serviços em vídeos e musicais e prestação de serviços em cinema, conforme alteração contratual de fls. 05”.

Da análise dos autos, em especial cópias de documentos acostadas às fls. 08 a 11, e fls. 67 e seguintes, a recorrente presta serviços de editoração e inserção digital de caracteres, cópias computadorizadas inclusive editoração de imagens. Inclui-se dentre essas atividades a dublagem e mixagem sonora.

Essas atividades estariam vedadas, a teor do disposto na Lei nº 9.317/96, artigo 9.º, incisos XII, d, e XIII, verbis:

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

I - na condição de microempresa que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

(...)

XII - que realize operações relativas a:

a) omissis;

(...)

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;*

Como bem anotou a autoridade recorrida, a Solução de Consulta 309, SRRF/7ª RF/DISIT nº 309, de 17 de outubro de 2003 já declarou que tais atividades impedem a opção pelo SIMPLES:

"3. Na Classificação Nacional de Atividades Econômicas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística lê-se:

*".....
....."*

Hierarquia

Seção: OUTROS SERVIÇOS COLETIVOS, SOCIAIS E PESSOAIS

Divisão: 92 ATIVIDADES RECREATIVAS, CULTURAIS E DESPORTIVAS

Grupo: 92 ATIVIDADES CINEMATOGRAFICAS E DE VIDEO



Classe: 9211-8 PRODUÇÃO DE FILMES
CINEMATOGRAFICOS E FITAS DE VIDEO

Subclasse

CNAE-FISCAL: 9211-8/03 SERVIÇOS DE DUBLAGEM E
MIXAGEM SONORA

Notas Explicativas:

Esta subclasse compreende:

As atividades de dublagem e mixagem de filmes por conta de terceiros

.....".

Dispõe o artigo 9.º inciso XIII da Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, que:

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

(...)

XIII - que preste serviços profissionais de diretor ou produtor de espetáculos, **programador**, jornalista, **publicitário**, **ou assemelhados**, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

5.O Parecer Normativo CST n.º 25/80, esclarece que, da análise comparativa dos serviços listados, decorre como nota comum o caráter eminentemente civil de todos eles e que "excetuando-se da lista a profissão de despachante, todas as demais integram-se no universo das chamadas profissões liberais, entendidas como tais aquelas cujo exercício dependa de **conhecimentos técnico-científicos** adquiridos mediante adequada **habilitação profissional** em escolas, faculdades ou universidades. Ante isso, tais elementos se convertem em indicadores de semelhança; qualquer outro serviço que os apresente, ou qualquer atividade que requeira conhecimentos assim adquiridos, é tido como assemelhado...." (subitens 5.7.4 e 5.7.5, nossos os grifos).

6.O termo **programador**, entendido de forma genérica, abrange inclusive os serviços de programação visual e editoração eletrônica que nada mais são do que sub-ramos do vasto campo da informática.

7.Nas atividades da consulente, outrossim, identificam-se ainda etapas de trabalho jornalístico e publicitário, que igualmente convertem-se em indicadores de semelhança.

8.Ademais, é importante assinalar o objetivo da lei ao utilizar a expressão serviços profissionais; dentro deste comando legal está implícito o propósito do legislador de excluir do SIMPLES

aquelas pessoas jurídicas que auferem rendimentos decorrentes de serviços profissionais.

9. Feitos esses esclarecimentos sobre os impedimentos que obstem o enquadramento da Consulente no SIMPLES, resta-nos por conclusão que seu enquadramento no Sistema carece de base legal o que a sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, com os respectivos encargos legais'.

No que tange às atividades constantes do contrato social, é de se questionar se a atividade de produção de peças promocionais deve ser considerada execução de propaganda e publicidade, atividade vedada pela legislação vigente à época dos fatos. Ocorre que as atividades de fato produzidas pela recorrente restringem-se à edição de imagens e não à produção de peças de propaganda ou publicidade, próprias de publicitários. Os documentos acostados às fls. 67 e seguintes podem representar no máximo a edição de imagens, jamais atividade econômica própria de publicitário.

Outrossim, a exclusão não foi motivada pelo exercício de atividades de propaganda e publicidade, como entende a autoridade julgadora de primeira instância, mas sim pela “prestação de serviços em vídeos e musicais e prestação de serviços em cinema”. Não pode a autoridade julgadora alterar o critério jurídico que motivou a exclusão, contrariando o disposto no artigo 146 do CTN.

Outra questão é que na Solicitação de Revisão para Exclusão do Simples – SRS, autuada às fls. 01 deste processo, a interessada alega exercer apenas a atividade de prestação de serviços de dublagem e mixagem sonora. Essa alegação não foi contestada pelo órgão incumbido da análise do pedido e tampouco pela autoridade julgadora de primeira instância, que limitaram-se à análise das atividades econômicas constantes do objeto social da pessoa jurídica. Sob esse prisma, veja-se o disposto no artigo 31 do Decreto n.º 70.235/72, verbis:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Ora, as razões da defesa são que a impugnante exerce apenas a atividade de dublagem e mixagem sonora, fato não contestado pelas instâncias inferiores, que, portanto, limitaram-se a avaliar as atividades econômicas insertas no objeto social da pessoa jurídica, desprezando aquelas realmente exercidas.

A propósito, veja-se a Decisão SRRF/6ª RF/DISIT Nº 286, de 11 de dezembro de 1998, relativa a processo de consulta, cuja ementa assim dispõe:

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

Ementa: OPÇÃO. 

Pessoa jurídica que explore a atividade de prestação de serviços de filmagem para produção de vídeos, e edição de imagens pode aderir ao Simples.

Dispositivos Legais: Lei nº 9.317, de 05/12/96, art. 3º e 9º.

Portanto, a pessoa jurídica que explore a atividade de prestação de serviços de filmagem para produção de vídeos e edição de imagens podia aderir ao Simples, desde que a atividade não fosse assemelhada à de publicitário.

Concluindo, admitindo-se que a recorrente exerce as atividades de dublagem e mixagem sonora, mencionadas em sua impugnação e não contestadas, bem como as atividades de programação e edição de imagens, inclusive prestação de serviços em vídeos musicais e prestação de serviços em cinema, razões do indeferimento da SRS, é de se considerar que tais atividades não se encontravam vedadas em face da norma interpretativa da própria administração tributária. Somente as atividades assemelhadas à de programador e de produtor cinematográfico encontravam-se de fato vedadas pela lei vigente à época, razão pela qual assiste razão à recorrente.

Quanto à atividade relativa à propaganda e publicidade, tal hipótese deve ser descartada pois não consta como motivadora do ato de exclusão, não é citada na SRS, não é citada no indeferimento da SRS e tampouco na manifestação de inconformidade. Acolhê-la seria incorrer em nova afronta ao princípio do devido processo legal, em novo cerceamento do direito de defesa.

DA ANÁLISE CONSIDERANDO A LEI COMPLEMENTAR n.º 123/2006

Ocorre que, a teor do disposto na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Simples Nacional em substituição ao sistema antigo, as atividades de programador e a produção cinematográfica, consistente em edição de imagens oriundas de filmes, vídeos e correlatos, não são mais vedadas, verbis:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

I – (...)

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

(...)

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

I – (...)

XVII – produção cultural e artística;

XVIII – produção cinematográfica e de artes cênicas;

(...)

XXIII – elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

XXIV – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

XXV – planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;

(...)

Assim, pela novel legislação não há vedação para as atividades exercidas pela recorrente.

RETROATIVIDADE DA LEI

No que respeita à retroatividade da lei mais benéfica, é de se considerar que a Lei n.º 9.317/1996, assim dispunha sobre o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

§ 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

A novel legislação, que veio a regular a tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, institui sistema em tudo semelhante às disposições que revogou,

inclusive definindo o novo sistema como um regime unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, a teor do disposto na Lei Complementar n.º 123/2002, art. 12, verbis:

Art. 12. Fica instituído o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Da comparação entre as normas, verifica-se que o novo sistema veio tão só regular a tributação das micro e pequenas empresas substituindo e aperfeiçoando o sistema anterior, disciplinando idêntica matéria.

Dessa forma, a lei deverá retroagir se for mais benéfica, em face do disposto no artigo 106, inciso II, alíneas “a”, “b” ou “c”, do CTN:

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 tratá-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.

Entendo que pela inteligência do artigo 106, I, que diz respeito à retroatividade da norma interpretativa quando mais benéfica, é de se considerar o disposto na novel legislação. As atividades praticadas pela recorrente não estão especificadas na lei vigente à época. Foi necessário um esforço interpretativo para considerá-las incluídas. Dessa forma a nova legislação esclarece o assunto, não admitindo a vedação das atividades que à época dos fatos não se encontravam expressamente vedadas, admitindo-se a interpretação retroativa para beneficiar o sujeito passivo.

Concluindo, as atividades supostamente vedadas são agora admitidas, a teor do disposto no artigo 17, § 1.º, XVII e XVIII da Lei Complementar n.º 123/2006.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

João Luiz Fregonazzi