



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

Processo n° 13710.003013/2004-16
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-002.576 – 1ª Turma
Sessão de 13 de março de 2017
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TRUQUE EMPREENDIMENTOS ARTISTICOS LTDA - ME

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

Ano-calendário: 2001

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. FIGURINISTA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/1996.

Não é vedada a inclusão no Simples Federal de figurinista, que exerce atividade distinta da produção de espetáculos, afastando-se a vedação constante do artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo, que lhe deu provimento.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - 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, Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente)

Relatório

Trata-se de processo originado por Ato Declaratório Executivo DRF/OSA nº 538.393, de 2 de agosto de 2004, 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 o exercício de atividade econômica vedada (**9231-2/99**: outros serviços especializados ligados às atividades artísticas), com ocorrência em 02/09/2000 (fls. 5).

A contribuinte apresentou solicitação de revisão da Exclusão do Simples (fls. 2) em 22 de setembro de 2004, que foi indeferida pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária no Rio de Janeiro (DERAT/RJ), por decisão proferida em 11 de fevereiro de 2008. Consta como justificativa desta decisão da DERAT/RJ (fls. 3):

Atividade vedada: prestação de serviços na área artística técnica, no setor de produção, realização, criação e promoção de show, teatro, cinema, televisão, rádio, enfim todos e quaisquer espetáculos artísticos em geral (conforme contrato social de fls. 05).

A contribuinte, assim, apresentou Manifestação de Inconformidade contra a exclusão do Simples (fls. 29), que foi rejeitada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ), conforme acórdão ementado da forma seguinte (31/36):

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

Data do fato gerador: 01/01/2001

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE ECONÔMICA.

Uma vez que o contrato social faz menção à atividade econômica impeditiva da opção pela Sistemática do SIMPLES, referida no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, cabe ao interessado o ônus de comprovar que não a realiza. Na falta de provas, infere-se que o interessado realiza as atividades descritas no contrato social, o que o impede de estar no Simples.

Solicitação indeferida.

A contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 53/54, ao qual foi dado provimento pela 1ª Turma Especial da 1ª Seção deste Conselho, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir (fls. 160/165):

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

Exercício: 2003

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.

Vale reproduzir trechos do voto da Conselheira Relatora, acolhido à unanimidade:

Para a solução do litígio, cabe buscar esclarecimentos na Classificação

Brasileira de Ocupações – CBO que determina (fonte: <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>, acesso em 20/03/2011):

2622 : Diretores de espetáculos e afins [...]

Descrição Sumária

Os diretores de cinema, teatro, televisão e rádio dirigem, criando, coordenando, supervisionando e avaliando aspectos artísticos, técnicos e financeiros referentes a realização de filmes, peças de teatro, espetáculos de dança, ópera e musicais, programas de televisão e rádio, vídeos, multimídia e peças publicitárias

Compulsando os autos, verifica-se que no Contrato Social está registrado, fls.04/08:

O objeto da sociedade será a prestação de serviços na área artística técnica, no setor de produção, realização, criação e promoção de show, teatro, cinema, televisão, rádio, enfim todos e quaisquer espetáculos artísticos em geral.

As atividades objeto do contrato social podem ser um indicativo, mas não são, por si sós, determinantes da ocorrência de exclusão da pessoa jurídica do Simples. (...)

Os autos estão instruídos com as cópias das Notas Fiscais, fls. 48/92, nas quais se comprova a efetiva prestação de serviços de figurinista, que também é a atividade profissional exercida pelo sócio-gerente Reinaldo Elias, CPF 353.173.37704.

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

que ou aquele que, na produção artística, cuida da indumentária dos atores, projetando figurinos e acompanhando-lhes a confecção.

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 diretor ou produtor de espetáculos 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 18/11/2011, a Procuradoria da Fazenda Nacional tomou ciência do acórdão, apresentando recurso especial em 23/11/2012, no qual sustenta divergência jurisprudencial com o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma nº **202-12341**, no qual consta que *"ainda que não esteja exercendo, efetivamente, por estarem relacionados 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"*. (fls. 169/173)

O recurso especial foi admitido, conforme razões a seguir reproduzidas (fls. 176/178):

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois em situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas.

O voto do relator do acórdão recorrido consigna que "as atividades objeto do contrato social podem ser um indicativo, mas não são, por si sós, determinantes da ocorrência de exclusão da pessoa jurídica do Simples".

Em sentido inverso é o entendimento do acórdão paradigma, qual seja, "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 na norma restritiva". (...)

Atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade, previstos no art. 67 do Regimento Interno do CARF, e tendo sido comprovada a divergência jurisprudencial em relação ao ponto questionado do acórdão recorrido, nos termos acima examinados, DOU SEGUIMENTO ao presente recurso especial.

A contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial, sustentando que: **(i)** a mera previsão no contrato social não é suficiente para a exclusão do Simples, sendo necessário o efetivo exercício de atividade impeditiva; e que **(ii)** as vedações ao ingresso no Simples estão dispostas no artigo 17, da Lei Complementar nº 123/2006 e esta atividade deve ser efetivamente exercida pela pessoa jurídica. A então recorrida aponta precedentes no sentido de suas razões. (fls. 182/186)

Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

O recurso especial da Fazenda Nacional é tempestivo. Passo à análise da divergência indicada neste recurso, para julgar o seu conhecimento.

A divergência apontada no recurso especial refere-se ao ônus da prova para exclusão do Simples na hipótese de previsão em contrato social de atividade vedada para ingresso neste Sistema Simplificado de Recolhimento de Tributos.

A Fazenda Nacional Recorrente aponta como acórdão paradigma o de nº **202-12341**, no qual consta que *"ainda que não esteja exercendo, efetivamente, por estarem relacionados 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"*.

De outro lado, constou do acórdão recorrido: *"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 "*

Como apontado na decisão que conheceu do recurso especial, há divergência na interpretação entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma a respeito da possibilidade de exclusão com fundamento no contrato social.

Não obstante isso, ressalto que o acórdão recorrido foi além deste fundamento, tratando da prova nos autos do exercício de atividade que - no entendimento dos julgadores da Turma de origem - não se subsumiria ao artigo 9º, XIII.

A despeito da existência de outro fundamento relevante no acórdão recorrido, **conheço do recurso especial**, pois entendo que esta Turma da Câmara Superior deve enfrentar a interpretação do artigo 9º, XIII, para decidir se a atividade desenvolvida pela Recorrente amolda-se ao citado inciso XIII, para fins de exclusão do Simples, para, depois disso, então interpretar da lei tributária sobre a forma de prova admitida neste caso.

Passo à análise do seu mérito.

A exclusão do Simples Federal no caso dos autos teve fundamento no artigo 9º, 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 acórdão recorrido a descrição das atividades da contribuinte conforme seu contrato social:

Compulsando os autos, verifica-se que no Contrato Social está registrado, fls.04/08:

O objeto da sociedade será a prestação de serviços na área artística técnica, no setor de produção, realização, criação e promoção de show, teatro, cinema, televisão, rádio, enfim todos e quaisquer espetáculos artísticos em geral.

Além disso, consta do acórdão recorrido que: *"Os autos estão instruídos com as cópias das Notas Fiscais, fls. 48/92, nas quais se comprova a efetiva prestação de serviços de figurinista, que também é a atividade profissional exercida pelo sócio-gerente Reinaldo Elias, CPF 353.173.37704."*

Primeiro ponto que se coloca é se existe diferença entre a atividade efetivamente desenvolvida pela contribuinte e o que prescreve o artigo 9º, XIII. Afinal, caso se entenda que o "figurinista" equivale ao "produtor de espetáculo", ou mesmo assemelhado a este, a contribuinte não poderia aderir ao Simples Federal. De outro lado, se decidido que há distinção entre estas atividades, a Turma deverá avaliar outras questões jurídicas tratadas nos autos, como a prova de que a Recorrida exerce de fato a atividade de figurinista.

Sobreleva considerar que a distinção entre figurinista e produtor de espetáculo não foi objeto de recurso especial a esta Câmara Superior, embora seja fundamental para análise do mérito do recurso especial.

Diante disso, colaciono trecho do acórdão recorrido tratando da diferença entre a atividade de figurinista e diretor de espetáculo:

Para a solução do litígio, cabe buscar esclarecimentos na Classificação

Brasileira de Ocupações – CBO que determina (fonte: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>, acesso em 20/03/2011):

2622 : Diretores de espetáculos e afins [...]

Descrição Sumária

Os diretores de cinema, teatro, televisão e rádio dirigem, criando, coordenando, supervisionando e avaliando aspectos artísticos, técnicos e financeiros referentes a realização de filmes, peças de teatro, espetáculos de dança, ópera e musicais, programas de televisão e rádio, vídeos, multimídia e peças publicitárias

Compulsando os autos, verifica-se que no Contrato Social está registrado, fls.04/08:

O objeto da sociedade será a prestação de serviços na área artística técnica, no setor de produção, realização, criação e promoção de show, teatro, cinema, televisão, rádio, enfim todos e quaisquer espetáculos artísticos em geral.

As atividades objeto do contrato social podem ser um indicativo, mas não são, por si sós, determinantes da ocorrência de

exclusão da pessoa jurídica do Simples. A hipótese de indeferimento da opção da Requerente pelo Simples com efeito desde 01/01/2002 fundamentada na prestação de serviço profissional de diretor ou produtor de espetáculo, pressupõe a obtenção efetiva de receita proveniente de atividade vedada, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Os autos estão instruídos com as cópias das Notas Fiscais, fls. 48/92, nas quais se comprova a efetiva prestação de serviços de figurinista, que também é a atividade profissional exercida pelo sócio-gerente Reinaldo Elias, CPF 353.173.37704.

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

que ou aquele que, na produção artística, cuida da indumentária dos atores, projetando figurinos e acompanhando-lhes a confecção.

É imprescindível para a exclusão do Simples que seja comprovado que a pessoa jurídica se dedique à prestação de serviços profissional impositiva indicada no ato administrativo. Não constam dos autos evidências de que a Recorrente exerça a prestação de serviços profissional de diretor ou produtor de espetáculos 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 que pese divirja da fundamentação do acórdão recorrido - como tratarei ao final -, vislumbro distinção relevante entre a função de figurinista e de produtor de espetáculo.

Com efeito, 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: aquela 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;

De outro lado, a Lei nº 6.533/1978 trata do exercício de atividade por artistas e técnicos em espetáculos e diversões:

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, é considerado:

I - Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública;

II - Técnico em Espetáculos de Diversões, o profissional que, mesmo em caráter auxiliar, participa, individualmente ou em grupo, de atividade profissional ligada diretamente à elaboração, registro, apresentação ou conservação de programas, espetáculos e produções.

O Decreto nº 82.385/1978, que regulamenta a Lei nº 6.533/1978, define o figurinista como aquele que "cria e projeta os trajes e complementos usados pelo elenco e figurantes, de acordo com a equipe de criação; indica os materiais a serem utilizados; acompanha, supervisiona e detalha a execução do projeto (Anexo, tratando dos títulos e descrições das funções em que se desdobram as atividades de artistas e técnicos em espetáculos de diversões)

Note-se que a função do figurinista, assim, limita-se ao projeto e execução do figurino, submetendo-se à equipe de criação, não tendo o profissional dedicado a esta área responsabilidade pela produção do espetáculo.

No mesmo sentido, a Lei nº 6.533/1978 menciona que a "produção" é responsável pela convocação de figurantes¹, função, portanto, de muito mais relevância na obra que o mero figurinista.

Diante disso, confirmo a possibilidade de figurinista, que não se confunde com a função de produtor de espetáculo.

Por fim, pondero que é equivocado o acórdão recorrido, ao distinguir o figurinista do diretor do espetáculo, na medida em que o diretor de espetáculo executa função distinta do produtor e a exclusão do Simples - no caso deste processo - foi pela descrição no contrato social de atividade no "setor de produção, realização, criação e promoção de show".

A esse respeito, colaciono definição de diretor, constante do Decreto nº 82.385/1978: "*aquele que cria, elabora e coordena a encenação do espetáculo a partir de uma idéia, texto, roteiro, obra literária, música ou qualquer outro estímulo utilizando-se de recursos técnicos-artísticos, procurando assegurar o alcance dos resultados objetivados com a*

¹ Art. 57. Considera-se figurante a pessoa convocada pela produção para se colocar a serviço da empresa, em local e horário determinados, para participar, individual ou coletivamente, como complementação de cena.

encenação; estuda a obra a ser representada, analisando o tema, personagem e outros elementos importantes, para obter uma percepção geral do espírito da mesma; define com o coreógrafo, figurinista, cenógrafo, iluminador e outros técnicos, quais as melhores soluções para o espetáculo, preservando assim a unidade da obra; assume uma linha filosófica ou ideológica individual ou coletiva para o trabalho, norteados pelos princípios da liberdade criativa; decide sobre quaisquer alterações no espetáculo; opina e sugere sobre a divulgação do espírito do espetáculo; presta assistência durante o período de apresentação; na relação com o produtor fica preservada a sua autonomia quanto à criação; define com o produtor a equipe técnica e artística"

A definição acima colacionada demonstra que o diretor relaciona-se com o produtor e figurinista, o que reforça a distinção entre todas estas atividades.

Passo ao ponto seguinte, isto é, analisar se a menção de atividade de "produção, realização, criação e promoção de show" no contrato social da contribuinte seria suficiente para a sua exclusão do Simples Federal pela DRF, sem que exista prova de que a contribuinte exerça tais atividades, distintas da atividade de figurinista.

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)

Nesse sentido, decidiu o acórdão recorrido, ao expressar que "As atividades objeto do contrato social podem ser um indicativo, mas não são, por si sós, determinantes da ocorrência de exclusão da pessoa jurídica do Simples."

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.

Ressalto que o auditor fiscal da DERAT /RJ não intimou a contribuinte a apresentar qualquer documento antes da exclusão do Simples, limitando-se a analisar o contrato social, como se observa às fls. 4, ao explicitar: "Atividade vedada....(conforme contrato social de fls. 05)"

Na própria decisão da DRJ (fls. 35 dos autos) consta voto vencido que confirma que a única análise procedida nos autos foi do contrato social da contribuinte:

No presente caso, não constam dos autos do processo, outras informações que trouxessem evidências de que a Interessada exercesse, efetivamente, atividade impeditiva de integrar ao SIMPLES, isto é, que tivesse produzido espetáculos e eventos culturais e caracterizado o exercício da prestação de serviços de "diretor ou produtor de espetáculos" de que trata a norma impeditiva.

O que se tem nos autos é que a referida SRS somente foi analisada em 11/02/2008, fl. 02, sendo julgada improcedente a solicitação, cujo resultado da análise/ justificativa cita como atividades vedadas: trechos do Contrato Social —fl. 05.

Em contrapartida, a contribuinte trouxe aos autos notas fiscais sequenciais (fls. 66/155) que demonstram que prestou serviços de figurinista exclusivamente à TV Globo Ltda. Tal fato foi mencionado pelo voto condutor do acórdão recorrido (Conforme trecho reproduzido: "Os autos estão instruídos com as cópias das Notas Fiscais, fls. 48/92, nas quais se comprova a efetiva prestação de serviços de figurinista").

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 figurinista, que infirma a descrição genérica do contrato social de prestação de serviço de " produção, realização, criação e promoção de show ", voto por **negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional**.

Por tais razões, voto por **conhecer e negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional**.

(Assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa