



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 13837.000794/2003-71
Recurso nº 137.696 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.156
Sessão de 26 de março de 2008
Recorrente RM 3 PRODUÇÕES TELEVISIVAS, COMÉRCIO E MULTIMÍDIA LTDA
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

Ano-calendário: 2002

Atividade Vedada. Não caracterização.

A filmagem e edição de imagens, para comerciais veiculados na televisão não se confunde nem se assemelha à coordenação e intermediação da captação de recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros empregados na produção de espetáculos audiovisuais, atividades típicas do produtor de espetáculos.

Direito Intertemporal. Mudança do Regime de Vedações. Alcance.

Na vigência da Resolução CGSN nº 04, de 2007, pessoas jurídicas aptas a aderir ao regime instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006 não devem ser afastadas do regime da Lei nº 9.317, de 1996.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Vanessa Albuquerque Valente. Ausente o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli. Ausente justificadamente o Conselheiro Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou a decisão recorrida, que passo a transcrever:

Trata-se de manifestação de inconformidade a respeito da exclusão do SIMPLES, efetuada em decorrência do código CNAE 9211-8/99, (outras atividades relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeo.

O contribuinte foi cientificado por Edital com data de afixação 09/12/2003, à fl. 12, e apresenta manifestação de inconformidade, em 31/12/2003, dizendo em síntese e fundamentalmente, que código CNAE é muito abrangente e não espelha a verdadeira atividade da empresa. Salienta que o objetivo principal da empresa é a prestação do serviço de filmagem em vídeo de eventos sociais e empresarias com finalidade comercial, acrescentando que tais serviços independem de habilitação profissional, pois se trata de operar a câmara de vídeo que qualquer amador tem acesso.

Ao final, reafirma que sua atividade não é proibida e que não tem nenhuma vinculação com a produção de filme cinematográfico. Anexa três notas fiscais de prestação de serviços às fls. 09/11.

Ponderando os fundamentos expostos na manifestação de inconformidade, decidiu o órgão julgador de 1ª instância por, nos termos do voto do relator, indeferir o pedido de inclusão, conforme se observa na leitura da ementa abaixo transcrita:

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

Ano-calendário: 2002

FILMES. VÍDEO. OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A pessoa jurídica que exerça a atividade de produção para emissoras de televisão e vídeo não pode optar pelo SIMPLES.

Solicitação Indeferida

Resumidamente, os fundamentos para a prolação do acórdão hostilizado são:

a) o contrato social da recorrente (doc. de fls. 07 e 08) consignaria, como objeto societário, as atividades de *Produções para Emissoras de Televisão e Produções de Vídeo, Produções de Multimídia CD Rom*, atividades assemelhadas à de diretor ou produtor de espetáculos, expressamente elencadas dentre as vedações do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996;

b) apesar da negativa do contribuinte, a documentação apresentada não seria suficiente para demonstrar que ele não se dedicaria aos serviços profissionais expressamente vedados.



Inconformada, comparece a pessoa jurídica excluída aos autos para, em sede de recurso voluntário, pleitear a reforma da decisão de 1ª instância, alegando, sinteticamente:

a) nulidade da intimação do Simples, que descumprira o rito fixado no Decreto nº 70.235, de 1972;

b) equívoco na aplicação da legislação que rege a atividade de produtor e o impedimento consignado na Lei nº 9.317, de 1996. Trouxe à colação a Solução de Divergência Cosit nº 10, de 15 de julho de 2003 e juntou aos autos notas fiscais de fls. 43 a 137 (nº 001 a 100);

c) impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos ao ato de exclusão.

É o Relatório



Voto

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Relator

O recurso é tempestivo: conforme se observa no AR de fl. 19, a recorrente tomou ciência da decisão de 1ª instância em 27 de dezembro de 2006 e, no protocolo de fl. 20-verso, apresentou suas razões de recurso em 17 de janeiro de 2007. Preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dele se deve tomar conhecimento.

Em nome da clareza, penso que cada um dos fundamentos do recurso dever ser enfrentado separadamente.

1- Nulidade da Intimação da Exclusão

Pretende a recorrente, em sede de recurso voluntário, ver anulada a exclusão objeto do presente processo em razão dos alegados vícios processuais consignados na peça recursal, fundamento que não fez parte da peça impugnatória.

Assim sendo, há que se delimitar o litígio, que, como é cediço, em homenagem à regra insculpida no art. 17¹ do Decreto nº 70.235/72, só se forma se matéria vier a ser argüida perante a autoridade de 1ª Instância.

Superada essa fase, opera-se a preclusão sobre a matéria não impugnada, sendo defeso a este Colegiado enfrentá-la.

Note-se que a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais é firme nesse sentido:

MATÉRIA PRECLUSA - O julgamento administrativo inicia-se com o exame do lançamento sobre o qual pode falar o julgador independentemente de argumentação por parte do sujeito passivo. Admitida a legalidade do ato, questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, constituem matérias preclusas das quais não pode o Conselho tomar conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. O não enfrentamento da matéria na inicial implica em concordância tácita do contribuinte com a tributação do valor omitido, sendo "extra petita" a decisão que afasta a exigência. Recurso de ofício provido. (Câmara Superior de Recursos Fiscais - Primeira Turma/ACÓRDÃO n.º CSRF/01-03.351 de 17/04/2001, publicado no D.O.U de 28/09/2001) Destaque nosso.

¹ Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Com efeito, se não se afigura ilegalidade capaz de fulminar o ato e, nessa condição, ser conhecida de ofício pelo julgador, não há porque adentrar no julgamento de matéria preclusa.

Em assim sendo, voto no sentido de não tomar conhecimento da alegação de vício da intimação por meio de edital.

2- Vedação

Antes de definir se a recorrente presta ou não atividade assemelhada à de produtor de espetáculo, entendo essencial delimitar rol das atribuições que caracterizam essa atividade.

Em primeiro lugar, veja-se a descrição constante do Código Brasileiro de Ocupações:

2621 :: Produtores de espetáculos²

Planejam, coordenam e geram recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros para assegurar a realização de espetáculos cênicos (teatro, dança, ópera e outros) e audiovisuais (cinema, vídeo, televisão e rádio).

De forma semelhante, consignou Senhora Coordenadora-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil, na Solução de Divergência Cosit nº 10, de 15 de julho de 2002:

"Inicialmente, cumpre observar que a produção de espetáculos abrange todas as providências relacionadas à contratação de artistas tais quais: cantores, músicos, dançarinos, ou assemelhados, caracterizando papel de intermediação entre o interessado em realizar o evento e as pessoas que constituam sua atração, a ponto de lhe conferir o caráter de espetáculo."

Delimitado esse universo de atribuições, entendo relevante comparar essas atividades com as consignadas no contrato social da recorrente, elemento documental que deu espeque à decisão recorrida, juntamente com as notas fiscais colacionadas aos autos.

Prevê o contrato social que a recorrente, dentre outras atividades, se dedicará à realização de **"Produções para Emissoras de Televisão e Produções de Vídeo"**

Penso que a vagueza das expressões transcritas acima, principalmente no que se refere à atividade de "produção para emissoras de televisão", com o máximo respeito, não são capazes de formar a convicção de que a recorrente se dedica à produção de espetáculos.

Poder-se-ia, apenas para argumentar que tal atividade seria considerada assemelhada, para efeito de impedimento.

Quanto a esse argumento, faço duas ressalvas:



² <http://www.mtecbo.gov.br/busca/descricao.asp?codigo=2621>

a) compulsando as notas fiscais, vê-se que, o a atividade que se denominou “produções para emissoras de televisão”, em verdade representam a gravação de filmes que serão veiculados por aquele meio de comunicação. Senão vejamos:

- Nota fiscal nº 003, no valor de R\$ 465,00

Descrição: produção comercial de 15 segundos para Rede Globo e TV Bragança...

- Nota fiscal 006, no valor de R\$ 500,00

Descrição: produção de material comercial de 50 segundos para veiculação na TV...

- Nota fiscal 008, no valor de R\$ 1.200,00

Descrição: produção de material comercial de segundos para veiculação em TV Auto - Renault...

- Nota fiscal 009, no valor de R\$ 600,00

Descrição: produção de material comercial de 30”para veiculação na Rede Globo e TV Bragança...

b) filmes gravados são exclusivamente um meio de veiculação de propagandas. Não se confunde com um programa, show ou outra atividade que possa ser equiparada a um espetáculo transmitido por meio da televisão, **produzido** por profissional encarregado de coordenar e intermediar a captação de recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros.

Também não vejo, como pretendeu a recorrente, que a ausência de capacitação por parte dos sócios represente um empecilho à caracterização do impedimento.

A meu ver, pouco importa se os sócios possuem qualificação acadêmica para o exercício da atividade vedada. A lei que institui a vedação não faz ilações a esse respeito, ao contrário, exige apenas a efetiva prestação de um dos serviços elencados.

Também não vejo que o rol de atividades consignado no contrato social seja a prova cabal do impedimento.

A meu ver, a lei nº 9.317, de 1996, ao elencar as condições impeditivas, não impõe restrições à intenção de realizar determinada atividade, ainda que consignada no ato que deu vida à sociedade. Tais restrições são definidas de acordo com a atividade efetivamente executada. Senão vejamos:

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; (destaquei)

Nesse aspecto, vejo como extremamente importantes as ponderações consignadas na mesma Solução de Divergência Cosit nº 10, de 15 de julho de 2002, onde se registrou, literalmente:

É importante verificar, para o correto posicionamento quanto à possibilidade de adesão ao Simples, quais atividades, de fato, são empreendidas pela pessoa jurídica; ainda que não conste do estatuto determinado objeto social, a prática de determinada atividade que vede a opção impossibilitará o gozo do benefício de adesão na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Ainda que o contrato social consignasse a prestação de serviço profissional considerada impeditiva, esse indício poderia, como de fato foi, elidido pela apresentação de elementos que demonstrassem a verdadeira atividade desenvolvida.

3- Mudança no Regime de Vedações

Outro ponto fundamental é a alteração do regime de vedações promovido pela Lei Complementar 123, de 2006 que, por força do art. 18 da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007, passou a ser considerado quando da aplicação da Lei nº 9.317, de 1996 a processos pendentes de julgamento. Diz o art. 18:

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução.

§ 1º Para fins da opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto. (os destaques não constam do original)

A meu ver, portanto, a norma acima transcrita, definiu como regularmente optantes a pessoa jurídica que, outrora excluída do regime da Lei nº 9.317, de 1996, passou a ser tratada como não impedida pelo regime da Lei Complementar nº 123, de 2006, desde que a exclusão não se encontrasse definitivamente julgada na esfera administrativa ou judicial.

Impende esclarecer, finalmente, que a atividade de produtor foi expressamente incluída dentre aquelas em que é possível aderir à nova sistemática.

Veja-se o que diz o art. 12 da mesma resolução CGSN nº 04:



Art. 12. *Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:*

(...)

§ 3º As vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput 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:

(...)

XVII – produção cultural e artística;

Ou seja, não ficou demonstrado que a recorrente atue como produtor artístico ou de espetáculos, mas se ficasse, isso não impediria a sua manutenção no regime do Simples.

4- Conclusão

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, determinando a inclusão da recorrente na sistemática do simples a partir do exercício em que manifestou sua intenção de aderir a essa sistemática, desde que, por óbvio, não existam impedimentos diversos dos discutidos no presente processo.

Restou prejudicada, portanto, a discussão acerca dos efeitos do ato de exclusão.

Sala das Sessões, em 26 de março de 2008



LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Relator