



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

**Processo n°** 13894.000023/2004-81  
**Recurso n°** Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9101-001.015 – 1ª Turma  
**Sessão de** 24 de maio de 2011  
**Matéria** Simples - exclusão  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** ANDREAS ADRIANO ME

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 2001

Ementa: INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. DECISÃO RECORRIDA COM DUPLO FUNDAMENTO. RECURSO INCOMPLETO. Não se conhece de recurso de divergência que cumpre os requisitos de admissibilidade em relação a apenas parte dos fundamentos da decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(assinado digitalmente)*

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Francisco Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Júnior, Alberto Pinto Souza Júnior, Karem Jureidini Dias, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antônio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffmann.

## Relatório

Trata-se de recurso especial em face de acórdão nº 391-00.024, prolatado pela antiga Primeira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes, em procedimento decorrente de solicitação de revisão da exclusão da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

A exclusão se deu pelo Ato Declaratório de Exclusão DRF/GUA nº 471.162, de 07/08/2003 (fls.12), com fundamento no exercício de atividade vedada, correspondente a “outras atividades relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeos”. Caracterizou-se a situação excludente prevista no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, pela semelhança com a atividade de direção ou produção de espetáculos.

A Câmara *a quo*, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário, consignando a seguinte ementa:

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

*ANO-CALENDÁRIO: 2002*

*Simples. Exclusão. Atividade excetuada da suposta restrição. Retroatividade da lei superveniente. Produção cinematográfica e de artes cênicas citadas na Lei Complementar 123, de 2006, como atividades econômicas beneficiadas pelo recolhimento de impostos e contribuições na forma simplificada, fato com repercussão pretérita -por força do princípio da retroatividade benigna previsto no Código Tributário Nacional.*

*RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO*

Inconformada, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional interpõe recurso especial com fulcro no art. 7º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais vigente à época, alegando divergência jurisprudencial quanto à interpretação do art. 106 do CTN, que prevê as hipóteses em que a legislação tributária poderá retroagir.

Em suas razões recursais, discorre sobre o princípio da irretroatividade e suas exceções na seara tributária. Afirma que a exclusão se deu sob a égide da Lei nº 9.317/96, que vedava a opção de atividades relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeo.

Destaca os arts. 88 e 89 da Lei Complementar nº 123/2006, que prevêem a revogação da Lei nº 9.317/96 a partir de 01.07.2007. Aduz que a retroatividade benigna do art. 106 do CTN somente pode se operar quando se tratar de penalidade pelo descumprimento da legislação tributária, havendo pacificação da jurisprudência do STJ quanto ao tema.

Junta paradigma para comprovar divergência também no que se refere ao enquadramento de atividades de produção, de serviços técnicos e de criação nas áreas de cinema, vídeo e televisão como atividades vedadas ao Simples.

Afirma que a análise do objeto social descrito na declaração de firma individual, às fls. 05, não deixa dúvida quanto à atividade praticada de “*prestação de serviços auxiliares à produção de cine, vídeo e áudio, tais como, produção, pós-produção, roteirização, locução, edição, revisão de textos, elaboração, execução e produção de projetos na área de cine, vídeo e TV, produções artísticas e fotográficas, produção de arte para fotografia e comércio de fitas VHF*”. Aduz que basta o exercício da prestação daqueles serviços, ainda que por pessoa não habilitada, para que a opção pelo Simples seja vedada.

Ao final, pede a reforma do acórdão.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Ao recurso especial de divergência apresentado pela Fazenda Nacional foi dado seguimento pelo Presidente da Câmara *a quo*, após verificado o cumprimento dos requisitos de admissibilidade pela apresentação de julgado divergente quanto à aplicação retroativa de lei que passou a permitir determinada atividade na sistemática do Simples.

Todavia, ao examinar os fundamentos do acórdão recorrido, verifiquei a existência de mais de um fundamento, como se extrai do seguinte trecho, *in verbis*:

*Cabe salientar desde logo a imprecisão e a contradição da decisão recorrida, pois ao mesmo tempo em que confirma que a exclusão deu-se pelo simples cadastramento da empresa em código que abrange "outras atividades relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeo", afirma não ser possível dizer "peremptoriamente, que o requerente não produz vídeo, ou que não presta serviços nesta área de atuação."*

***Ora, se a Corte "a quo" não considera possível dizer, peremptoriamente, que o Recorrente não produz vídeo, então também não pode excluí-lo sumariamente do regime, invertendo o ônus de provar a incompatibilidade de suas atividades e o estatuto do Simples.***

*Com efeito, a obrigação de demonstrar essa incompatibilidade é da fiscalização, nos exatos termos do art. 142 do CTN, que impõe à autoridade fazendária a obrigação de determinar a matéria tributável.*

***A inversão do ônus de evidenciar esse fato é inadmissível também porque o direito brasileiro não contempla a produção de prova negativa.***

*Ademais, remanescendo a dúvida sobre a atividade desenvolvida, apontada na decisão recorrida, esta só beneficia o contribuinte, e não a Fazenda, em face do disposto no art.112 do CTN, que exige interpretação em favor do acusado.*

***Mas não é só.***

*Há que se ter em conta, também, que a Lei Complementar no. 123, de 14 de dezembro de 2006, contemplou no inciso XVIII do parágrafo primeiro do art. 17 a atividade de "produção cinematográfica e de artes cênicas", que me parece ser a mais próxima da desenvolvida pelo Recorrente.*

*Nessas condições, e conforme vem decidindo a Primeira Câmara dessa Corte, aplica-se ao caso dos autos o princípio da retroatividade benigna, insculpido no art. 106 do Código Tributário Nacional, eis que a lei superveniente deixou de tratar o exercício dessa atividade como incompatível com a sistemática pretendida pelo contribuinte. (destaquei)*

Nota-se que o acórdão recorrido não se baseou apenas na retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006 para dar provimento ao recurso do contribuinte.

O ilustre relator do voto condutor, inicialmente, concluiu, a partir da decisão de primeira instância, que as provas constantes dos autos não seriam suficientes a demonstrar a atividade efetivamente praticada. Considerou que a obrigação de provar o exercício de atividade vedada seria da fiscalização, por não ser possível ao contribuinte produzir prova negativa e aplicou o princípio previsto no art. 112 do CTN.

Em seguida, acrescentou outro fundamento: a aplicação retroativa da LC nº 123/2006.

Em relação a esse fundamento, o recurso da PGFN preenche todos os requisitos de admissibilidade.

Quanto ao fundamento anterior, a PGFN traz um paradigma referente à atividade (Acórdão 301-32584), com a seguinte ementa:

*“OPÇÃO PELO SIMPLES. EXCLUSÃO.*

*É vedada opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que preste serviços profissionais de produção, de serviços técnicos e de criação nas áreas de cinema, vídeo e televisão, além de diretor ou produtor de espetáculos, de consultor ou assemelhados, e de qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.*

*RECURSO VOLUNTARIO NEGADO.”*

Ocorre que o paradigma apontado não analisa a questão fulcral para a conclusão do colegiado *a quo* pela invalidade do ato de exclusão do Simples, qual seja, o ônus da prova da atividade vedada.

Em suas razões recursais, a PGFN limita-se a digredir sobre o motivo da exclusão, consideradas as atividades constantes do código CNAE 9211-8/99, em cotejo com as descritas na declaração de firma individual. Nesse ponto, a divergência jurisprudencial não restou provada.

Caso afastado o fundamento da retroatividade da legislação superveniente, restaria inócuo o recurso especial, pois a decisão recorrida afastou a exclusão também por falta de prova, que deveria ter sido carreada aos autos pelo fisco, de que a recorrida estaria praticando atividade vedada pelo Simples.

Este fundamento seria suficiente para a manutenção daquela decisão, inviabilizando o conhecimento do recurso ora analisado.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, através do enunciado da súmula nº 283: *“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assente em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”*.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional.

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner