



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

Processo n° 13963.000524/2004-04
Recurso n° Embargos
Acórdão n° **1801-001.512 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 9 de julho de 2013
Matéria Simples Federal - Exclusão
Embargante ART TV LTDA.
Interessado ART TV LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

São cabíveis e devem ser acolhidos os embargos de declaração quando o acórdão recorrido for omissivo em ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma julgadora.

PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO VOLUNTÁRIO. PONTO FACULTATIVO

O critério de contagem de prazos adotado pelo PAF exclui a possibilidade de o início (*dies a quo*) e o fim (*dies ad quem*) recaírem em data em que o expediente na repartição fiscal não seja normal, assim entendido os sábados, domingos, feriados e pontos facultativos, bem como as datas em que, por qualquer circunstância, a repartição não tenha funcionado em seu horário pleno, a exemplo dos casos de greve, paralisação ou decretação de meio expediente.

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Não podem optar e/ou permanecer na sistemática do Simples Federal a empresa que preste serviços de produção de comerciais publicitários, propagandas televisivas além de filmagens e edições de eventos, pois tais atividades são típicas ou assemelhadas às de produtor ou diretor de espetáculos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração interpostos e , no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Declarou-se impedida de votar, por ter participado do julgamento em 1ª. instância, a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Cláudio Otávio Melchiades Xavier, Carmen Ferreira Saraiva, Sandra Maria Dias Nunes, Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Cuida-se de recurso, recebido como embargos de declaração, apresentado pela empresa acima referenciada, contra o Acórdão n.º 1801-00.634, proferido em sessão de julgamento realizada por esta 1ª. Turma Especial / 3ª. Câmara / 1ª. Seção do CARF, em 29/06/2011 que, por unanimidade de votos, deliberou por não conhecer do recurso voluntário interposto, em face da intempestividade em sua apresentação.

HISTÓRICO.

A optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES foi excluída de ofício da sistemática pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 552.666, de 02 de agosto de 2004, fl. 03, com efeitos a partir de 01/01/2002, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Data da opção pelo Simples: 11/08/1997

Situação excludente: (evento 306):

Descrição: atividade econômica vedada: 9211-8/02 Atividades de produção de filmes e fitas de vídeo, exceto estúdios cinematográficos

Data da ocorrência: 02/09/2000

A empresa manifestou-se contrariamente ao procedimento apresentando a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS, com pedido de revisão do ato em rito sumário, fls. 128/129, que foi negada.

Cientificada do indeferimento em 30/09/2004, fl. 20, a interessada apresentou manifestação de inconformidade, fls. 01/03, informando que o mesmo objeto litigioso consta do processo n.º 13963.000413/2002-28. Em face do exposto requereu o cancelamento do ato de exclusão.

Pelo Despacho DRJ/BHE n.º 25, de 30 de julho de 2007, fls. 22/24, houve solicitação de realização de diligência, com observância do disposto no art. 10, § 8º do art. 15 e

§ 2º do art. 22 da Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006, com retorno do processo à unidade de origem para:

- anexar as cópias do ato constitutivo e suas possíveis alterações;
- anexar a cópia da decisão administrativa relativa à SRS;
- anexar a prova do recebimento da decisão administrativa relativa à SRS mediante a qual a contribuinte foi intimada por via postal;
- anexar as cópias do processo nº 13963.000413/2002-28, fl. 05;
- identificar a prestação do serviço profissional que a pessoa jurídica exerce mediante a qual a receita bruta é auferida a partir de 01/01/2002, nos termos do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

Efetuada a diligência a auditoria fiscal produziu o relatório de fls. 125 a 127. Nele restou consignado que a empresa teria encerrado suas atividades em março de 2004. Entretanto, enquanto esteve operante, suas atividades consistiam na produção de filmes cinematográficos em DVDs e fitas (predominantemente para uso em publicidade) e que, para tanto, fazia a contratação de atores, quando necessário. Estas eventuais contratações eram efetuadas de forma indireta (ou seja, não contratava diretamente os atores, e sim o serviço de agências fornecedoras de elenco). Foram anexadas cópias de notas fiscais de prestação de serviços e cópia do Contrato Social.

Ao apreciar o litígio a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte indeferiu o pleito e manteve a exclusão do simples ao fundamento de que estaria provado, nos autos, que a empresa prestaria serviços profissionais de produtor de espetáculo com a contratação de atores, o que seria vedado pela sistemática.

A intimação para ciência do Acórdão da DRJ em Belo Horizonte foi encaminhada por via postal para o endereço cadastral da empresa. Entretanto, o AR retornou com a informação “desconhecido” (fl. 138 e verso), razão pela qual foi providenciada a intimação por Edital, afixado em 27/04/2009, conforme fl. 139.

Cientificada do acórdão da DRJ em Belo Horizonte/MG pelo Edital de fl. 139, a interessada apresentou o recurso voluntário de fls. 140 a 159, em 12/06/2009. Em extenso arrazoado a recorrente explicou que pelo processo 13963.000413/2002-28 obteve o direito de ser incluída retroativamente no Simples, a partir de 1997, por não haver motivos impeditivos e, posteriormente, teria sido surpreendida com o Ato de Exclusão discutido nestes autos. Invoca os princípios da coisa julgada formalizada nos autos do processo 13963.000413/2002-28 e da segurança jurídica.

No mérito, em síntese, observa que o conceito de "produção de filmes cinematográficos" seria extremamente amplo e abrangente, mas que não poderia ser penalizada pela simples interpretação do ente fiscalizador pois, em verdade, prestaria apenas serviços de filmagens de eventos. Requer perícia técnica para provar que não é empresa de produção cinematográfica. Apresenta entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a favor de sua tese e, ao final, pede pelo provimento do recurso para que seja declarado nulo o presente processo, com deferimento de prova pericial e juntada posterior de outros documentos.

Em sessão realizada em 29 de junho de 2011, esta 1ª. Turma Especial da 3ª. Câmara / 1ª. Seção do CARF, por unanimidade de votos, não conheceu do recurso voluntário diante da intempestividade da peça de defesa.

Extraio, do voto condutor por mim proferido, os seguintes trechos:

A recorrente, não localizada no endereço cadastral informado à SRF, foi cientificada do Acórdão da DRJ em Belo Horizonte/MG por meio de Edital afixado na repartição da ARF em Criciúma/SC. Note-se que o Edital no 007, de 27 de abril de 2009, à fl. 139, foi afixado no dia 27/04/2009 e desafixado no dia 15/05/2009.

...

O edital foi publicado/afixado no dia 27/04/2009, uma segunda-feira. Como na contagem dos prazos o primeiro dia deve ser excluído— dia do início - então os quinze dias a partir da publicação do Edital começaram a correr no dia 28/04/2009, terça-feira, sendo este o primeiro dia do prazo de quinze dias e o dia 12/05/2009 (terça-feira) o 15º. dia do prazo. Este é o dia em que se considera feita a intimação. O recurso voluntário deve ser apresentado no prazo de 30 dias a contar da data da ciência da intimação. A data da ciência ocorreu no dia 12/05/2009, terça-feira. Assim, o prazo de 30 dias passou a correr do dia seguinte àquele em que foi feita a intimação, ou seja, a partir do dia 13/05/2009, sendo este o 1º. dia do prazo de 30 dias. O 30º. dia, ou último dia do prazo, recaiu no dia 11/06/2009. Assim, o recurso voluntário apresentado no dia 12/06/2009 é intempestivo pois foi protocolizado após o prazo de 30 dias determinado pelo PAF.

Cientificada do Acórdão em 06/02/2012, na pessoa de seu procurador (fl. 181), apresentou, a interessada, em 10/02/2012 recurso ao qual denominou de “Recurso Especial”, alegando que o dia 11 de junho de 2009, considerado como o *dies ad quem* do prazo para apresentação do recurso voluntário, foi feriado de Corpus Christi, considerado pelo calendário oficial como ponto facultativo das repartições públicas federais, conforme Portaria nº 525, emitida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em novembro de 2008 e publicada no DOU em 07 de novembro de 2008. Assim, teria se equivocado o colegiado julgador ao decidir por não conhecer do recurso, pois embora estivesse correta a contagem do prazo recursal constante do voto desta Relatora do acórdão, desconsiderou-se a existência do ponto facultativo das repartições federais, o que teria impedido a apresentação do recurso naquela data.

Em procedimento de juízo de admissibilidade do Recurso Especial interposto a Presidência da 3ª. Câmara da 1ª. Seção, à qual subordina-se esta 1ª. Turma Especial, assinalou que, em que pese a insurgência contra a decisão recorrida, a recorrente não teria apontado nenhuma contrariedade daquela com relação à jurisprudência administrativa bem como não teria indicado no processo nenhuma decisão proferida por outra câmara, turma de câmara, turma especial ou pela própria CSRF, que integraram a estrutura dos Conselhos de Contribuintes ou que integram a estrutura deste CARF, com o objetivo a demonstrar a divergência.

Nada obstante, aquela autoridade concluiu que a situação retratada pela recorrente em suas razões recursais seriam aquelas típicas de serem veiculadas mediante a apresentação de embargos de declaração, previstos no art. 65 do RICARF, já que detectada **omissão no acórdão recorrido** na análise do prazo recursal, por desconsiderar a existência do feriado considerado como ponto facultativo nas repartições federais.

Assim, pelo princípio da fungibilidade dos recursos, a Presidência da 3ª. Câmara recebeu o recurso interposto como embargos de declaração e determinou fosse dada ciência de seu despacho à Procuradoria da Fazenda Nacional.

Cientificada, a PGFN manifestou-se contrariamente ao conhecimento do recurso, sob a justificativa de que, tendo sido interposto pela parte Recurso Especial, este não deveria ser conhecido diante do não atendimento dos seus requisitos.

Discorreu sobre a previsão legislativa e evolução do princípio da fungibilidade dos recursos para concluir que a função e a razão de ser do referido princípio é a de não prejudicar a parte em razão de uma imperfeição no sistema recursal, o que não se verificaria no presente caso, em que as hipóteses de cabimento de um - recurso especial - e de outro - embargos de declaração - estariam perfeitamente delineadas no Regimento Interno do CARF, de forma a não suscitar quaisquer dúvidas acerca do recurso adequado, assinalando quanto à impossibilidade de conhecer da matéria relativa à tempestividade quando não superado o juízo de admissibilidade. E consignou:

Nelson Nery Jr. explica o efeito translativo como sendo aquele em que órgão *ad quem* está autorizado pelo próprio sistema processual a julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso sem incorrer em julgamento *ultra, extra* ou *infra petita*. Logo, o efeito translativo é exceção ao efeito devolutivo próprio dos recursos que é regido pelo princípio dispositivo e, portanto, limita a apreciação do órgão *ad quem* ao pedido feito na esfera recursal. O autor estabelece que o efeito translativo se opera apenas nos recursos ordinários, não sendo possível o referido efeito nos recursos excepcionais.

...

Por todas as razões acima expostas, não há a possibilidade de análise, ainda que de ofício, da referida matéria, pois o recurso interposto pelo contribuinte não merece ser conhecido, seja como recurso especial, seja como embargos de declaração, seja como requerimento de inexatidão material.

Ao final pleiteou que o recurso seja recebido como Recurso Especial e, diante do não atendimento dos requisitos, seja-lhe negado seguimento. Alternativamente requereu, caso recebido o recurso como Embargos de Declaração, seja mantida a conclusão do acórdão recorrido, diante da intempestividade do recurso voluntário. E, ainda, em homenagem ao princípio da eventualidade, uma vez ultrapassadas as preliminares com o eventual conhecimento do recurso voluntário, seja a este negado provimento e mantido o indeferimento do pleito da recorrente.

É o relatório.

Conselheira Maria de Lourdes Ramirez, Relatora.

Em relação ao primeiro dos pleitos feitos pela Douta PGFN assinalo, apenas, que a Presidência da 3^a. Câmara /1^a. Seção do CARF, analisou o recurso interposto, decidindo por admiti-lo como Embargos de Declaração, não havendo mais qualquer juízo de admissibilidade a ser feito neste voto, a respeito da natureza jurídica do recurso interposto.

1 Preliminarmente

1.1 REQUISITOS DOS EMBARGOS.

Tratando-se, pois, de Embargos de Declaração, verifica-se preliminarmente, a sua tempestividade. Tendo sido a recorrente cientificada do Acórdão combatido em 06/02/2012, na pessoa de seu procurador (fl. 181), e o recurso apresentado em 10/02/2012, tempestiva é a peça.

No que toca aos demais requisitos materiais entendo ter havido, de fato, no Acórdão, omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

Ao apreciar a tempestividade da peça recursal esta Relatora, responsável também pela relatoria do voto condutor naquele Acórdão, deixou de verificar se nos dias de início e término de contagem do prazo para apresentação do recurso voluntário, houve algum feriado ou ponto facultativo, o que caracteriza **omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma** julgadora, prejudicando, assim, o total conhecimento das circunstâncias que envolveram o juízo de admissibilidade do Recurso Voluntário. Portanto, conheço dos Embargos de Declaração.

1.2 TEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Em virtude da interposição do presente recurso de Embargos de Declaração, sabe-se, agora que, de fato, o dia 11 de junho de 2009, foi declarado ponto facultativo nas repartições públicas federais, pela Portaria do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 525, de 2008:

PORTARIA Nº 525, DE 6 DE NOVEMBRO DE 2008

O SECRETÁRIO EXECUTIVO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, no uso de suas atribuições e considerando o que consta da Nota Técnica nº 93/COGES/ DENOP/SRH/MP, de 30 de outubro de 2008, resolve:

Art. 1º Divulgar os dias de feriado nacional e de ponto facultativo no ano de 2009, para cumprimento pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, sem prejuízo da prestação dos serviços considerados essenciais:

...

VIII - 11 de junho, Corpus Christi (ponto facultativo);

...

O Decreto n.º 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal dispõe na Seção II – Dos Prazos:

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

O critério de contagem de prazos adotado pelo PAF exclui, pois, a possibilidade de o início (*dies a quo*) e o fim (*dies ad quem*) recaírem em data em que o expediente na repartição fiscal não seja normal, assim entendido os sábados, domingos, feriados e **pontos facultativos**, bem como as datas em que, por qualquer circunstância, a repartição não tenha funcionado em seu horário pleno (a exemplo dos casos de greve, paralisação ou decretação de meio expediente).

As normas relativas a prazos processuais restringem direitos dos litigantes e impõem-lhes a perda de faculdade processual garantidora de seu direito de defesa. Sua aplicação deve, pois, estar restrita aos casos em que a perda do prazo estiver realmente demonstrada de forma inequívoca, o que não ocorreu no caso concreto.

Como o recorrente demonstrou de forma inequívoca que o *dies ad quem* do prazo para apresentação do recurso voluntário foi declarado como ponto facultativo em todas as repartições públicas federais, pode ele praticar o ato no dia de expediente normal imediatamente posterior, a exemplo, inclusive, do que acontece no processo judicial (CPC art. 181). Assim, o recurso voluntário apresentado no dia útil imediatamente posterior - 12/06/2009 - àquele em que teria vencido o prazo - 11/06/2009, é considerado tempestivo e deve ser conhecido.

2 Mérito do Recurso Voluntário.

O litígio circunscreve-se à exclusão da empresa recorrente da sistemática do Simples Federal, pela prática de atividade vedada, qual seja, “Atividades de produção de filmes e fitas de vídeo, exceto estúdios cinematográficos”.

A recorrente contesta a exclusão ao argumento de que, por ter sido deferido seu pedido de inclusão no Simples Federal em outro processo, teria se operado, em relação ao assunto, a coisa julgada e que qualquer alteração no quanto decidido acarretaria violação do princípio da segurança jurídica.

Afirma, ainda, não praticar serviços profissionais de diretor ou produtor de espetáculos, atividade vedada pela legislação para ingresso e/ou permanência no Simples Federal.

Para obter mais elementos e assim, formar adequadamente sua convicção, a Turma Julgadora de 1ª instância solicitou fossem efetuadas diligências a fim de elucidar a real atividade praticada pela empresa.

Feitas as diligências, foi produzido o relatório de fls. 125/127, do qual extraio os seguintes trechos:

[...]

Nos termos do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0920100.2007-00448-5, efetuei diligência junto ao contribuinte acima qualificado não conseguindo localizar o estabelecimento no endereço cadastrado no CNPJ. Naquele local (Rua Padre Cícero SN, esquina com Rua D. Pedro II - Criciúma/SC) funciona, atualmente, escritório da Martinelli Advogados, no qual ninguém soube informar o endereço atual da empresa Art TV.

Após reiteradas tentativas de localização, tanto do estabelecimento quanto dos sócios, em Criciúma e outros municípios, conforme indicações colhidas em diversos endereços, finalmente conseguiu-se chegar a um dos sócios, Sr. Márcio Custódio Serafim, CPF 615.111.539-20, que recebeu o Termo de Intimação Fiscal - fl. 76.

Em resposta ao aludido termo, aquele sócio forneceu cópia do Contrato Social consolidado e última alteração (fls. 77 a 82), além dos originais das notas fiscais emitidas a partir de 01/01/2002. Anexeii cópias de diversas notas, a título de amostragem, às fls. 83 a 124.

O Sr. Márcio Custódio Serafim compareceu a esta repartição e esclareceu, pessoalmente, que a empresa encerrou as atividades em março de 2004 e, enquanto esteve operante, exercia a atividade de produção de filmes cinematográficos em DVDs e fitas (predominantemente para uso em publicidade) e que, para tanto, fazia a contratação de atores, quando necessário. Informou que estas eventuais contratações eram efetuadas de forma indireta (ou seja, não contratava diretamente os atores, e sim o serviço de agências fornecedoras de elenco). Esclareceu também que os elementos apresentados - notas fiscais de prestação de serviços e cópia do Contrato Social - são os únicos documentos que possui. Demais informações, tais como propagandas, impressos promocionais, *site* na internet etc, não foram apresentadas.

[...]

Às fls. 85 a 124 foram juntadas cópias de Notas Fiscais de Serviços emitidas pela empresa recorrente. Tais notas trazem as seguintes descrições dos serviços prestados (rol exemplificativo):

Edição de locução, conforme autorização;

Informe publicitário – autorização de produção;

Direção projeto documenta Brasil ;

DVD's

Produção de VT 30" Vitor Mendes;

Produção Audiovisual;

Produção de VT conforme autorização de produção

Edição + Locuções, conforme autorização;

Produção de VT 30" – Parque da Luz;

Produção de Comercial 30”

Edição e Finalização

Captação de Depoimentos para Audiovisual;

Janela de Ofertas;

Desfile Primavera-Verão

Verifica-se, pois, pelas declarações prestadas pelo sócio da empresa, Sr. Márcio Custódio Serafim, e pelas cópias das notas fiscais de prestação de serviços anexadas aos autos, que a empresa exercia a atividade de produção de filmes cinematográficos em DVDs e fitas, para uso em publicidade) e, para tanto, fazia a contratação de atores, quando necessário, através de agências fornecedoras de elenco.

Tais atividades se assemelham àquelas típicas de diretor e produtor de espetáculos, o que se confirma, inclusive, pela afirmação feita pela própria recorrente no item 27 das razões do recurso voluntário:

27 - Como afirmado por um dos sócios da RECORRENTE Sr. Márcio Custódio Serafim, o principal objeto de trabalho da RECORRENTE era a produção de comerciais publicitários, ou seja, propagandas televisivas além de filmagens e edições de eventos, exatamente como comprovam as Notas Fiscais anexas.

(destaques acrescidos)

A recorrente presta, pois, serviço profissional de produtor de espetáculo com a contratação de atores, atividade vedada pelo Simples, fato provado pela declaração da própria requerente, fls. 125/127/150, pelas Notas Fiscais de Serviços, fls. 83/124, razão pela qual deve ser confirmada a sua exclusão do Simples Federal, com efeitos a partir de 01/01/2002, nos termos da legislação de regência.

Em face do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Maria de Lourdes Ramirez – Relatora

CÓPIA