



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16645.000025/2007-42
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-004.707 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de agosto de 2020
Recorrente MARCELLO MATSUKUMA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO INDEVIDA. ATIVIDADE VEDADA CONSTANTE DO CONTRATO SOCIAL. SÚMULA CARF 134.

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

A prova de que o contribuinte desenvolvia atividade vedada deve ser efetuada anteriormente ao Ato de Exclusão, não podendo ser produzida durante o contencioso, sob pena de inovação da acusação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Souza, Rogério Garcia Peres, Giovana Pereira de Paiva Leite, Lucas Esteves Borges, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1301-004.707 - 1ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16645.000025/2007-42

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário em face de acórdão da DRJ que indeferiu a manifestação de inconformidade do contribuinte.

Por bem descrever os fatos, valho-me em grande parte do relatório da decisão de piso:

Trata o presente processo, formalizado em 27/04/2007, de exclusão do Simples, em razão da emissão, em 07/08/2003, do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 482.004 (fl. 32), tendo por situação excludente o exercício de atividade econômica vedada (evento 306 do CNPJ) relacionada ao CNAE-Fiscal 9211-8-99 (Outras atividades relacionadas à produção de filmes e fitas de vídeos), com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 e data de ocorrência em 01/05/2002 (a interessada optou pelo regime simplificado na data de sua constituição, em 19/04/2002 - fls. 32 e 72).

2. A fundamentação legal foi amparada nos artigos 9º, inciso XIII, 12, 14, inciso I, e 15, inciso II e § 3º, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; art. 73 da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001; artigos 20, inciso XII, 21, 23, inciso I, 24, inciso II e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002.

3. Consignou-se, ainda, no art. 2º do ADE em comento, que a exclusão do Simples surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317/1996, e suas alterações posteriores.

4. Cientificada do ADE em 26/08/2003 (fl. 8), inicialmente a interessada apresentou, em 15/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS - fl. 1), com a alegação de que trata-se de empresa que executa trabalhos de produção de filmes e vídeos, conforme consta em seu objetivo social, atividades que, no seu entendimento, não encontram vedação ao Simples, nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

5. A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 22/03/2007, nos seguintes e exatos termos (fl. 9):

EXCLUSÃO MANTIDA por seus fundamentos legais. Nenhum erro de fato foi detectado. Os documentos que instruíram esta solicitação demonstram que a principal atividade econômica exercida é fator de vedação à opção pelo Simples.

6. Cientificada do indeferimento em 11/04/2007 (fl. 11 - verso), a requerente apresentou manifestação de inconformidade ao despacho denegatório em 27/04/2007 (razões às fls. 12 a 21 e anexos às fls. 22 a 67). Alega, em síntese, que:

6.1. A empresa foi devidamente inscrita na RFB para obtenção do CNPJ no regime tributário do Simples e todas as Declarações exigidas pelo fisco foram entregues na sistemática simplificada, com o aceite do referido órgão; os impostos foram pagos em conformidade com a exigência da lei, sem nunca haver sido cobrada anteriormente qualquer diferença, o que denota a concordância da RFB com a situação da recorrente.

6.2. O momento requer uma breve reflexão sobre a importância das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

(...)

6.7. Como não poderia deixar de ser a Lei Complementar, em seu artigo 17, § 1º, consagrou a atividade da defendente, incluindo-a na sistemática simplificada, o que

demonstra de forma inequívoca a interpretação errônea da RFB em excluir a empresa do regime tributário diferenciado.(transcreve o dispositivo legal às fls. 17 e 18).

6.8. "Numa ação judicial semelhante em trâmite na 20ª Vara Federal Cível - SP-Processo 2006.61.00.019865-4, a Juíza concluiu:" (transcreve trecho de despacho exarado no referido processo à fl. 18).

(...)

6.11. "Trata-se de uma invasão do poder público no patrimônio do contribuinte, porque o meio utilizado, "Ato Declaratório" interpretativo, agride o princípio constitucional da legalidade, ou melhor, "*Nullum tributum sine praevia lege*", a interpretação da lei 9.317, art.9º, XIII, não aduz que as atividades fins relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeo do qual Impugnante exerce a atividade meio de artes gráficas, não cabendo sua exclusão. (...)

6.12. "As leis tributárias não podem ter efeitos retroativos, sendo que a lei aplicável, é a vigente ao tempo da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, conseqüentemente, se fosse considerar que o ato declaratório da administração tem validade, não poderia o mesmo ter retroagido a data de 04/05/2001."

6.13. Deve-se levar em consideração a capacidade contributiva da contribuinte, ao teor do art. 145, § 1º, da Constituição Federal/1988, demonstrado não haver excesso de receita e a atividade exercida ser compatível com o regime simplificado.

6.14. A atitude da RFB pode se transformar em verdadeiro confisco, que dificultará e criará um ônus insuportável para a contribuinte, que terá que recolher aos cofres públicos a diferença de todos os impostos pagos desde o ano de 2002 com os acréscimos legais, cumprir com todas as obrigações acessórias em atraso, com o pagamento de multas exorbitantes, o que ocasionará a impossibilidade de continuar a exercer sua atividade.

6.15. "A propósito, não se pode negar que o art. 106 do CTN, menciona em seu texto a aplicação a ato e fato pretérito, porém, com a ressalva do Inciso I, que exclui a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados, isto é, se havia duas condutas possíveis a ser utilizadas pelo contribuinte, não pode haver aplicação de penalidade quanto aos dispositivos ora interpretados."

A DRJ julgou a **manifestação de inconformidade** improcedente, através de acórdão cuja ementa segue transcrita:

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

Ano-calendário: 2002

DIRETOR OU PRODUTOR DE FILMES. VEDAÇÃO.

Está impedida de usufruir a sistemática do Simples a pessoa jurídica que dirigir ou produzir filmes, por essa atividade estar equiparada à produção de espetáculos.

INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES. PRECARIIDADE.

O ingresso ou a permanência no Simples é situação precária, diga-se, sempre sujeita à reapreciação da satisfação dos requisitos exigidos em lei, seja pelo próprio contribuinte, seja pela administração tributária.

EFEITOS DA EXCLUSÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA.

A pessoa jurídica que optou pelo Simples em 19/04/2002, e foi excluída por atividade econômica vedada a partir de 2003, tem o efeito da exclusão retroagido para 01/05/2002, na hipótese de situação excludente ocorrida na data de opção do regime.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO

A instância administrativa não é foro apropriado para discutir inconstitucionalidade de normas, pois qualquer discussão sobre constitucionalidade deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal.

JULGAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA.

O ato de julgamento é atividade que se subordina às normas legais e regulamentares vigentes, não comportando ação discricionária por parte do julgador.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN) - APLICAÇÃO DA LEI A ATO OU FATO PRETÉRITO. DISCUSSÃO IMPERTINENTE.

Incabível a discussão acerca da aplicação da lei a ato ou fato pretérito, nos termos do art. 106 do CTN, posto que os efeitos retroativos do ato de exclusão discutido nos autos estão fundamentados em lei que autoriza a sua aplicação.

Em **02/05/2012**, o sujeito passivo foi cientificado da decisão da DRJ (AR fl. 99), e em **16/05/2012**, interpôs **recurso voluntário**, através do qual alega, em síntese que:

- Foi devidamente inscrita no Simples e apresentou todas as declarações, o que denota concordância da Receita;
- A decisão recorrida fere frontalmente a Lei Complementar nº 123 com alterações posteriores, instituindo um novo Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, cujo dispositivo legal entrou em vigor em 1º de Julho de 2007;
- A Lei Complementar em seu artigo 17, § 1º, consagrou a atividade da Recorrente incluindo na sistemática do SIMPLES, o que demonstra de forma inequívoca a interpretação errônea da Administração Pública em excluir a Recorrente do regime tributário diferenciado;
- A interpretação da lei 9.317, art.9º, XIII, não aduz que as atividades fins relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeo do qual a Recorrente exerce a atividade meio de artes gráficas, não cabendo sua exclusão;

- Os serviços prestados pela Recorrente não reclamam necessariamente a atuação de profissionais legalmente habilitados ou especializados nem se enquadram na categoria dos "assemelhados", conforme previsto no inciso XIII do Artigo 9º da Lei 9.317/96;

- O ato declaratório da administração não poderia ter retroagido;

Por fim, o contribuinte requereu o recebimento do Recurso, bem como a Reinclusão da Recorrente no SIMPLES, na forma da Lei nº 9.317/96 e legislação posterior.

É o relatório.

Voto

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Trata o presente processo de exclusão do contribuinte da sistemática do Simples, uma vez que a autoridade fiscal entendeu tratar-se de atividade vedada.

O ADE n. 482.004 (fl.34) trouxe a descrição da situação excludente nos seguintes termos:

- Descrição: atividade econômica vedada: 9211-8-99 Outras atividades relacionadas à produção de filmes e fitas de vídeos
- Data da ocorrência: 19/04/2002

A fundamentação legal foi o art. 9º, inc. XIII da Lei n. 9.137/96, abaixo reproduzido:

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;

Em sua impugnação a Recorrente alegou que era uma empresa que executava trabalhos acessórios de produção de filmes e vídeos conforme seu objetivo social, onde a atividade executada se limitava a artes gráficas, atividade meio, e não o Filme ou Vídeo final. Também alegou que não estava enquadrada nas atividades impeditivas listadas no art. 9º, XIII e assemelhadas de qualquer outra profissão, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

A DRJ manteve o ato de exclusão do contribuinte no Simples, porque entendeu que a atividade descrita Declaração de Firma Individual da empresa impossibilitava sua adesão ao sistema de tributação simplificado, e que o contribuinte não provou através de documentos hábeis e idôneos que não realizava aquela atividade. Além do que, o I. Relator realizou consulta à Internet e juntou aos autos para corroborar o entendimento de que o contribuinte produzia filmes, consoante excertos do voto abaixo transcritos (fl. 90):

9. **A Declaração de Firma Individual requerente**, registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) em 19/04/2002, consigna que a contribuinte tem por objetivo social comunicação visual; comercialização, distribuição e produção **de filmes**, fotos e vídeo, finalização, corte e montagem; produção, edição e finalização de imagem e texto; filmagem para produção de vídeo e edição de imagem; artes gráficas; produção de página para internet; editoração eletrônica, sendo seu titular o publicitário Marcello Matsukuma (CPF 090.277.208-27 - fls. 22 e 72).

10. Efetuada pesquisa no sítio da internet www.porlaldapropaganda.com encontrou-se a seguinte referência ao Sr. Marcello Matsukuma (fl. 82):

21/10/2005 18:07 Temporada de férias Luis Patriani A CVC assina campanha institucional e promocional, criadas pela agência G7 Comunicação, que começam a ser veiculadas neste domingo, 23 de outubro. A partir do conceito "Sonhe com o mundo. A gente leva você", a empresa pretende mudar sua linha comunicativa e incorporar valores emocionais à marca.

O filme "Sonhos" entra no universo da sugestão e faz um jogo de representação entre brincadeiras infantis e belos roteiros de viagens. Uma criança se divertindo com um barco na banheira, um menino que "voa" numa balança e uma guerra de travesseiros que termina com as penas caindo como neve, dão o tom lúdico e ilustram a locução que diz: "Viajar é um desejo que todos têm desde pequenos".

"Uma marca forte precisa se basear em valores relevantes para os consumidores, e, sem dúvida realizar sonhos e viajar são praticamente sinônimos quando analisamos os sentimentos das pessoas", explica João Fernando Vassão, sócio diretor da G7. Além dos comerciais, o esforço terá, encartes, anúncios em mídia impressa e materiais para a rede de lojas CVC, que serão veiculados por 30 dias.

Logo após o início da peça institucional, entra no ar o segundo filme, que lança a promoção "Férias dos Sonhos", onde condições de pagamento especiais serão ofertadas para os clientes que comprarem seus pacotes de viagem entre 27 de outubro e 13 de novembro. No comercial, uma mãe causa estranheza em seus filhos quando, em um trivial café da manhã, ela oferece água de coco e brinquedos de praia. Ao final, a locução em off: "A gente sabe que você está sonhando com umas férias".

A criação é de Marcos Guedes, Marcelo Matsukuma e Adriano Panda. A produção é da Sentimental Filmes, com direção de Luis Alberto "Kid" e trilha da YB. (grifos acrescidos)

(...)

15. Trazendo a questão ao ponto, é indiscutível que a prestação de serviços de diretor ou produtor de espetáculos impede a opção pelo Simples, haja vista estar textualmente listado na lei criadora do regime simplificado.

16. Do cotejo das atividades consignadas no objeto social da interessada, no que se relaciona à produção de filmes, com o descrito art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, vislumbra-se o exercício de atividade impeditiva ao regime simplificado.

17. A produção de filmes materializa o conceito de espetáculo, no qual a concepção artística é elemento essencial na sua caracterização.

(...)

20. Assim, há óbice à sua permanência na sistemática simplificada, nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996. (grifos originais e adicionados)

Inconformado com a decisão, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário, através do qual argumenta que não poderia ter sido excluído do Simples, pois a interpretação da lei 9.317, art.9º, XIII, não aduz que as atividades desenvolvidas pela Recorrente (atividade meio de artes gráficas) estariam relacionadas a atividades fins de produção de filmes e fitas de vídeo.

Compulsando os autos, constata-se que o Ato de Exclusão do contribuinte da sistemática do Simples decorreu tão somente da indicação de atividade vedada constante da Declaração de Firma Individual apresentada à Junta Comercial.

Não há nos autos qualquer outro documento que que tivesse embasado o Ato de Exclusão que demonstrasse que a Recorrente desenvolvia a atividade de produção de filmes e vídeo. Sua exclusão foi efetivada exclusivamente em razão da descrição das atividades informadas no ato constitutivo da Firma Individual, apesar de a Recorrente afirmar que não desenvolvia tal atividade, limitando-se ao desenvolvimento de artes gráficas.

É de se observar que o I. Relator adicionou prova ao processo, qual seja, a tela de consulta à internet realizada em 07/01/2001 (fl. 84), para tentar provar que a Recorrente desenvolvia atividade de produção de filmes, a qual equiparou à produção de espetáculos.

Tendo em vista que a exclusão do Simples se baseou apenas no ato constitutivo da Firma Individual, sem que a autoridade fiscal houvesse carreado aos autos qualquer elemento de prova de que o contribuinte desenvolvia aquela atividade impeditiva, há de se considerar indevida sua exclusão do Simples Federal, em razão da aplicação da Súmula CARF n. 134:

Súmula CARF nº 134

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

A Súmula deixa claro que o contribuinte não pode ser excluído do Simples, sem que a autoridade comprove que o mesmo realizava atividade vedada para sua permanência ou ingresso.

Acrescente-se ainda que concerne a juntada de provas pelo Colegiado *a quo*, produziu fatos novos, e só seria possível através de diligência que possibilitasse ao contribuinte exercer o contraditório e a ampla defesa. A fundamentação realizada pelo Turma da DRJ, com base no documento juntado, inovou a acusação. A prova de que o contribuinte desenvolvia atividade vedada deveria ter sido colhida pela Autoridade Fiscal anteriormente ao Ato de Exclusão, não podendo ser produzida durante o contencioso, sob pena de inovação da acusação, com consequente cerceamento do direito de defesa.

Além disso, o próprio documento juntado não faz prova de que o sujeito passivo desenvolvia atividade de produção de filmes (tese do Fisco), ao contrário, a consulta corrobora

os argumentos da Recorrente, a de que desenvolvia atividades meio de artes gráficas, pois a *criação* é de Marcello Matsukuma, mas a *produção do filme* coube à Sentimental Filmes.

Portanto, a decisão de piso merece reforma, devendo ser cancelado o Ato de Exclusão da Recorrente em razão do exercício de atividade vedada para ingresso no Simples.

Conclusão

Por tudo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e, no mérito, por DAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite