



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

Processo nº 16645.000032/2007-44
Recurso nº 900.622 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.678 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2012
Matéria SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO.
Recorrente E-MÍDIA COMUNICAÇÕES LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO.

As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário.

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 direção ou produção de espetáculos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. INCLUSÃO POSTERIOR NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006.

Exercendo atividade vedada, não pode a pessoa jurídica ser optante pelo Simples. O fato de uma atividade ter sido expressamente incluída pela Lei Complementar nº 123/06 entre aquelas às quais é permitida opção ao Simples Nacional não autoriza nem desautoriza qualquer conclusão a respeito da mesma atividade quanto à possibilidade de opção ao Simples nos termos da Lei nº 9.317/96.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS

Para a hipótese de exclusão do Simples, com fundamento no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a data a partir da qual surtirão os seus efeitos decorre da previsão do inciso II do art. 15 da mesma Lei, sendo que, no caso

de pessoa jurídica que optou pelo Simples até 27.07.2001, e foi excluída por atividade econômica vedada a partir de 2002, os efeitos da exclusão retroagem para 01.01.2002, na hipótese de situação excludente ocorrida até 31.12.2001.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Documento assinado digitalmente.

Ivete Malaquias Pessoa Monteiro - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Silvana Rescigno Guerra Barretto, João Otávio Oppermann Thomé, Leonardo de Andrade Couto, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário interposto por E-MÍDIA COMUNICAÇÕES LTDA - ME, contra o Acórdão nº 16-27.630, de 10 de novembro de 2010, da 1ª Turma de Julgamento da DRJ/SP-1, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta contra o Ato Declaratório Executivo (ADE) Derat/SPO nº 483.697, de 07/08/2003 (fls. 3), que impôs a exclusão do Simples Nacional a partir de 1º/01/2002, por exercício de atividade qualificada como “Outras atividades relacionadas a produção de filmes e fitas de vídeos”, CNAE-Fiscal 9211-8-99.

Cientificada do ADE, inicialmente a interessada apresentou, em 16/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS – fl. 1), com a alegação de que se trata de empresa que executa trabalhos acessórios de produção de filmes e vídeos, conforme consta em seu objetivo social; a atividade executada se limita a artes gráficas, atividade meio, e não o filme, que é de responsabilidade da produtora, agência ou veículo, atividades que, no seu entendimento, não encontram vedação ao Simples, nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996.

A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 24/03/2007, nos seguintes e exatos termos (fl. 15):

“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.”

Cientificada do indeferimento de sua SRS, a requerente apresentou manifestação de inconformidade (fls. 19 a 28), alegando, em síntese, o seguinte:

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. Melhor ainda, 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.

Ao ser excluída do Simples, sob a alegação da prática de atividades impeditivas à opção, solicitou ao órgão da administração a revisão de sua exclusão, comprovando, através de documentos, que sempre realizou atividade compatível com o regime tributário, bem como manteve seu faturamento dentro dos parâmetros de enquadramento.

O Simples é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às pessoas jurídicas consideradas como microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), nos termos definidos na Lei nº 9.317/ 1996 e estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988.

Foi aprovada recentemente a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, instituindo um novo Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, cujo dispositivo legal entrará em vigor a partir de 01/07/2007.

Como não poderia deixar de ser, a referida 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.

Todos os documentos juntados nos Autos comprovam de forma inquestionável que a Recorrente em nenhum momento apresentou características empresariais de outro regime tributário, que não seja o reconhecido pelo SIMPLES, confirmado inclusive pela Ilustre Magistrada por ocasião da concessão da Tutela Antecipada em processo semelhante, em trâmite na 20ª Vara Federal Cível – SP (Processo 2006.61.00.019865-4, cujo trecho de despacho exarado transcreve).

A exação em comento não deve prosperar, em razão de ferir frontalmente os dispositivos constitucionais, podendo ser melhor apreciada por meio da Notas Fiscais emitidas conforme anexo.

O meio utilizado, “Ato Declaratório” interpretativo, agride o princípio constitucional da legalidade, e também da irretroatividade, pois não poderiam ter seus efeitos retroagido a 25.04.2000.

A atitude da RFB pode se transformar em verdadeiro confisco, em desrespeito à capacidade contributiva da contribuinte.

O art. 106, inciso I, do CTN, exclui a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados

Finaliza requerendo sua reinclusão no Simples.

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ/SP-1 julgou improcedente a manifestação de inconformidade. Fundamentou seu entendimento no fato de o Contrato Social expressamente prever, entre outras atividades, a produção de filmes, circunstância esta reforçada pelas pesquisas feitas em páginas eletrônicas, anexas aos autos, nas quais constam informações acerca da produção de vídeos e documentários que contam com a direção do sócio e representante legal da interessada, o Sr. Fernão da Costa Ciampa. Além disto, observou a DRJ que, ao contrário do alegado pela contribuinte, não ocorreu a juntada de nenhuma nota fiscal ao processo, de sorte que não restou evidenciado nos autos que a empresa prestaria exclusivamente serviços de artes gráficas, como alega, o que poderia ter sido provado por meio de um conjunto completo de Notas Fiscais, ou por Contratos de prestação de serviços eventualmente firmados, entre outros documentos.

O Acórdão está assim ementado:

“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 direção ou 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 até 27/07/2001, e foi excluída por atividade econômica vedada a partir de 2002, tem o efeito da exclusão retroagido para 01/01/2002, na hipótese de situação excludente ocorrida até 31/12/2001.

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. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

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.”

Cientificada desta decisão em 11.01.2011, conforme AR de fls. 68, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 28.01.2011, fls. 69 a 74, no qual reprisa os mesmos argumentos já expostos por ocasião da inicial. Instrui o recurso com cópias de decisões administrativas favoráveis a outros contribuintes, fls. 77 a 86, os quais comprovam a mesma situação da Recorrente, ferindo assim o princípio da igualdade tributária garantido pelo Artigo 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Dispõe o art. 9º da Lei nº 9.317/96:

“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.”
(Grifei)

Diante da clareza do texto legal, não há dúvidas quanto à vedação à permanência no Simples de pessoas jurídicas que preste serviços profissionais de diretor ou produtor de espetáculos.

Espetáculo, na definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 1ª edição, Nova Fronteira), entre outras acepções do termo, compreende:

“4. Exibição de cinema, televisão, etc., ou qualquer demonstração pública de canto, dança, interpretação musical, etc., por uma pessoa ou um conjunto de pessoas;” (grifo acrescido)

Semelhante definição também encontra-se na popular Wikipédia (<http://pt.wikipedia.org>):

“Um espetáculo (AO 1945: espectáculo), ainda chamado de concerto ou show, é uma representação pública que impressiona e é destinada a entreter. Pode ser uma apresentação teatral, musical, cinematográfica, circense, uma exibição de trabalhos artísticos etc.” (grifos acrescidos)

A decisão recorrida destaca ainda a definição dada pelo dicionário Michaelis:

“s. m. 1. Tudo o que atrai a vista ou prende a atenção. 2. Vista grandiosa ou notável. 3. Qualquer representação pública que impressiona ou é destinada a impressionar. 4. Representação teatral, cinematográfica, circense etc. 5. Exibição de trabalhos artísticos. 6. Objeto de escândalo ou desdém.” (grifo acrescido)

Portanto, não há dúvidas de que a direção ou produção de filmes é atividade vedada ao Simples.

Ocorre que a recorrente alega não desempenhar a direção ou produção de filmes, mas tão somente atividade a ela acessória, qual seja, artes gráficas.

Entretanto, o único documento relativo à própria recorrente, por ela anexa aos autos, conforme visto, é o seu Contrato Social, fls. 5 a 8, registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) em 25/04/2000, o qual assim dispõe sobre o seu Objetivo Social, *verbis*:

“CLAUSULA TERCEIRA: - OBJETIVO SOCIAL

A sociedade tem por objetivo a comercialização, distribuição e produção de filmes, fotos e vídeo, finalização, corte e montagem.

Produção e finalização de Imagem.”

Às fls. 33 a 38, consta a Alteração Contratual e Redação Consolidada do Contrato Social, datada de 01.01.2006, na qual os sócios, de comum acordo, deliberaram alterar o seu objetivo social para:

“Comercialização, distribuição, representação, intermediação e produção de fotos, vídeos, filmes, sites, multimídia, interativo, imagens e áudio-visuais, podendo efetuar apresentações em público, instituições, espetáculos e eventos em geral.”

Assim, é certo também que desde o início de suas atividades, ainda no ano de 2000, sempre constou dos objetivos sociais da recorrente a produção de filmes.

Ora, a inclusão de certa atividade econômica no contrato social de uma sociedade empresária, que se situa no âmbito dos atos de sua exclusiva responsabilidade, é prova bastante por si só, incumbindo à parte interessada, seja a própria empresa ou o Fisco, descaracterizar o registro.

Poderia ter a recorrente demonstrado que, apesar do registro no seu Contrato Social, não teria exercido a referida atividade, mediante a apresentação de suas notas fiscais e contratos eventualmente firmados, conforme, aliás, lhe sinalizara a decisão recorrida, mas ela nada fez neste sentido.

Além disto, de se observar que os elementos juntados aos autos e referidos pela decisão recorrida (pesquisas em páginas eletrônicas) apontam no sentido diametralmente oposto às suas alegações.

Em lugar de provar as próprias atividades desempenhadas, optou a recorrente por mostrar decisões em processos administrativos e judiciais que deram razão às pessoas jurídicas naqueles processos diretamente envolvidas, o que em nada lhe favorece, pois as decisões ali proferidas produzem efeitos apenas entre as partes, além do que não se tem conhecimento, apenas pela decisão, das circunstâncias específicas que permearam cada caso concreto.

Aliás, nos documentos anexos pela recorrente ao recurso (decisões administrativas em sede de Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples) destaca-se sempre a observação da apresentação de prova documental consistente para dar suporte à decisão proferida (e.g., *“Conforme documentos juntados à SRS...”*, *“Há comprovação documental...”*), justamente o que faltou no presente caso.

Curiosa é a alegação recursal de que a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, que instituiu um novo Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em seu artigo 17, § 1º, consagrou a atividade da defendente, incluindo-a na sistemática simplificada, o que demonstraria de forma inequívoca a interpretação errônea da RFB em excluir a empresa do regime tributário diferenciado.

Ora, se a empresa não produzia filmes, não há necessidade de trazer a Lei Complementar nº 123/2006 à baila, posto que a recorrente simplesmente não se enquadraria nas vedações impostas pela Lei nº 9.317/96 à opção pelo Simples. Por outro lado, se o artigo 17, § 1º, da referida Lei Complementar, citado pela recorrente, justamente veio a expressamente referir, no inciso XVIII, a “produção cinematográfica e de artes cênicas” como atividade à qual é permitida a opção ao Simples Nacional (posteriormente, esta previsão deslocou-se para o inciso XI do parágrafo 5º-D do artigo 18), só resta concluir que efetivamente a recorrente produz filmes.

Neste ponto, é imperativo afirmar que o fato de a atividade da recorrente ter sido expressamente incluída pela Lei Complementar nº 123/06 entre aquelas às quais é permitida opção ao Simples Nacional não autoriza nem desautoriza qualquer conclusão a respeito da mesma atividade quanto à possibilidade de opção ao Simples nos termos da Lei nº 9.317/96.

Isto porque trata-se de dois regimes jurídicos totalmente distintos, com suas próprias normas jurídicas, e o que se aplica a um pode não se aplicar ao outro, e vice-versa.

Assim, se a Lei Complementar nº 123/06 expressamente incluiu a atividade da recorrente entre as permitidas ao Simples Nacional, por outro lado a Lei nº 9.317/96 expressamente a incluía entre as atividades vedadas à opção pelo Simples.

Portanto, correta a exclusão procedida.

Com relação à alegação de que os efeitos do Ato Declaratório não poderiam retroagir, tampouco assiste razão à recorrente, pois os seus efeitos retroativos estão expressamente previstos em lei, no caso o art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, sendo cediço que o CARF não pode deixar de aplicar lei tributária sob o fundamento de violação a princípios constitucionais.

Pelo mesmo motivo (expressa previsão em lei) não tem nenhuma aplicação ao caso concreto a alegação recursal de que o art. 106, inciso I, do CTN, quando trata da aplicação da lei a ato ou fato pretérito, excluiria a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

No caso concreto, a retroação dos efeitos à data de 01.01.2002 foi muito bem explicitada pela decisão recorrida, cujos fundamentos adoto, como se aqui transcritos estivessem.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator