



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10945.012266/2004-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-004.556 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de junho de 2020
Recorrente L. B. PUBLICIDADES LTDA.
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. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. COMPROVAÇÃO.

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. Inteligência da Súmula CARF nº 134.

Comprovação mediante Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte de serviço de representação comercial por conta de terceiro (venda de anuidade de jornal) com habitualidade.

Irretroatividade da Lcp 123/06 que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples. Súmula CARF nº 81.

Recurso Voluntário conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

Lucas Esteves Borges - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Ricardo Antônio Carvalho Barbosa, Rogério Garcia Peres, Giovana Pereira de Paiva Leite, Lucas Esteves Borges, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

L. B. PUBLICIDADES LTDA. recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ/CTA que NEGOU PROVIMENTO à Manifestação de Inconformidade apresentada.

Trata o presente processo de exclusão do Simples, mediante Ato Declaratório Executivo da DRF de origem, com base na Informação Fiscal SECAT, por incorrer em vedação legal por *exercício de operações relativas a propaganda e publicidade e da atividade vedada de corretor, representante comercial e assemelhados*.

Irresignado, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade na qual alega que o fato de constar em seu contrato social atividades vedadas à opção pelo Simples, por si só, não pode ensejar na exclusão, em razão de que seria necessário a observância ao elemento material e a motivação do ADE.

Aditou a Manifestação de Inconformidade com a apresentação e nova petição em que alega que obteve em 23/09/2003, anteriormente à emissão do ADE (13/06/2005), deferimento do pedido de revisão da exclusão do simples apresentada em processo anterior e que não entende como poderia surgir uma nova decisão em sentido oposto.

Ao se debruçar sobre a questão, a DRJ/CTA julgou improcedente o pleito do contribuinte, sob o entendimento, em síntese, de que:

- consta na cláusula segunda da Segunda Alteração do Contrato Social do contribuinte de 24/01/2001 a previsão das atividades:

"Cláusula Segunda — O ramo da sociedade que era de Prestação de Serviços de Produção de Material Fotográfico e de Publicidade, Produção de Matérias Jornalísticas, Realização de Pesquisa de Mercado, Agenciamento e Propaganda, Locação de Equipamentos Afins e de Sonorização de Ambientes e de Logradouros, a partir da presente data passa a ser tão-somente de: "Prestação de Serviços de Veiculação de Propaganda/Publicidade através de Out Door, Rádio, Jornal, Carro de Som etc., sem criação de propaganda e/ou publicidade, e de Prestação de Serviço de Representação Comercial por conta própria."

- no cadastro do CNPJ, o contribuinte indicou como atividade econômica o CNAE-Fiscal n.º 7440-3/02 — *Agenciamento e locação de espaço publicitários*, que abrange as atividades de colocação de anúncios, tais como, a venda e a obtenção de tempo e de espaço publicitários, o aluguel de espaços publicitários, assim como as atividades de gestão de espaços publicitários sobre todas as formas, como intermediário ou conta própria.

- o início dos efeitos da exclusão deve ser a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação excludente, conforme artigo 15, da Lei 9.317/96, vigente à época da emissão do ADE;

- a prova documental deveria ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo posteriormente, em relação ao aditamento à Manifestação de Inconformidade;

- quanto ao aditamento, ainda, que se tratava de uma ADE anterior que foi revisto o entendimento e que naquele momento não foi identificado causa de vedação ao Simples o exercício da atividade de veiculação de propaganda/publicidade através de out door, rádio, jornal, carro de som, etc., sem criação de propaganda e/ou

publicidade, e de prestação de serviço de representação comercial por conta própria. Contudo, caso em apreço, apurou-se que o contribuinte prestaria serviços de agenciamento e locação de espaços publicitários, o que caracteriza atividade vedada típica da profissão de corretor, ou de profissional assemelhado, além da prestação de serviço profissional assemelhado a representante comercial

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário reforçando os argumentos já trazidos aos autos, afirmando que não realiza serviços de agenciamento e locação de espaços publicitários e que já teria realizado nova alteração em seu contrato social retirando o código CNAE 7440-3/02 e incluindo o código CNAE 7440-3/99 – outros serviços de publicidade.

Colaciona jurisprudência com entendimento de que a representação comercial por conta própria pode optar pelo Simples, sendo a representação comercial por conta de terceiro a vedada.

Pleiteia a aplicação retroativa da Lcp 123/2006, em razão de ter revogada a Lei 9.317/96 e, com isso, teria retirado do ordenamento jurídico as atividades vedadas apontadas para a sua exclusão do Simples.

Intenta, ainda, que os efeitos da exclusão operem somente após decisão definitiva na esfera administrativa, com base na garantia à Segurança Jurídica.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Esteves Borges, Relator.

Conheço do Recurso Voluntário, porque tempestivo e atendido os demais requisitos para sua admissibilidade.

Analisando o que dos autos constam, entendo que não merece guarida a pretensão do recorrente, explico.

No ponto em que o recorrente alega que devido ao fato de ter obtido uma revisão em ADE anterior que o manteve no Simples lhe servir como garantia para impossibilitar a mudança de entendimento posterior, não deve prosperar.

Ora, conforme pontuado pelo próprio contribuinte, a revisão se deu em relação a outra ADE anterior a que deu causa ao presente litígio administrativo e, o fato de ter tido uma decisão favorável anterior não lhe garante ou concede perpetuidade da decisão favorável. Não há que se falar em imutabilidade da decisão.

Ademais, quanto a esse fato, não é que houve uma mudança da decisão que lhe manteve no Simples em relação a ADE anterior, mas, com base em novos fatos e novas provas o entendimento foi de forma diversa, pela sua exclusão em razão da prática de atividade expressamente vedada por lei. Não há que se falar, pois, em afronta ao Princípio da Segurança Jurídica

Vale ressaltar que não se trata de mera existência no contrato social de atividade vedada, mas de conjunto probatório, em especial, Nota Fiscal emitida pelo recorrente em que demonstra a prática de representação comercial do Jornal Gazeta Paraná, onde atuou como intermediário para a assinatura anual de clientes do jornal. Nesse contexto, afasto a aplicação da Súmula CARF n.º 134 em razão de existência de conjunto probatório suficiente a demonstrar a prática da atividade vedada, não se tratando de uma mera existência da atividade vedada no contrato social da empresa.

No que se refere à retroatividade da Lcp 123/06 para que seja utilizada em seu benefício, em razão de ter revogado expressamente a Lei 9.317/96 que fundamentou a sua exclusão do Simples, da mesma forma não merece acolhida.

Nesse ponto específico, me filio ao entendimento exarada pela I. Conselheira Susy Gomes Hoffmann, no Acórdão 9101-001.219:

Com efeito, no caso não se vislumbra hipótese cabível de retroatividade da Lei Complementar n.º 123. Isto porque, também aqui, tanto quanto na hipótese discutida no recurso repetitivo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, não se caracteriza quaisquer dos casos previstos de retroatividade, conforme estabelecido no artigo 106 do Código tributário Nacional, que dispõe nos seguintes termos:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de trata-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática

De fato, em primeiro lugar, tem-se que a Lei Complementar não é expressamente interpretativa. Pelo contrário, os seus artigos 88 e 89 estabelecem que:

Art. 88. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 1o de julho de 2007.

Art. 89. Ficam revogadas, a partir de 1o de julho de 2007, a Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei n.º 9.841, de 5 de outubro de 1999.

Não faz, destarte, a lei, qualquer menção à sua aplicabilidade retroativa, sobre os dispositivos constantes da Lei n.º 9.317/96. Pelo contrário, prevê, de forma expressa, a revogação desta lei. Ora, como poderia uma norma ser interpretativa da norma que revoga?

Ademais, lei expressamente interpretativa, por sua própria natureza, não inova no ordenamento jurídico, senão que se refere apenas e tão-somente ao ordenamento já existente quando do seu surgimento. Não é, sem dúvida, o que se dá com a Lei Complementar n.º 123.

Por outro lado, não incidem, outrossim, as demais hipóteses de retroatividade da lei, conforme previsto no artigo 106, inciso II, do CTN. Este dispositivo refere-se, exclusivamente, à superveniência de lei mais branda, mais benigna, em se tratando de matéria concernente, tão-somente, às infrações tributárias. Neste sentido, Eduardo Sabbag, ao cuidar do artigo 106, inciso II, do CTN, esclarece que:

“O supracitado dispositivo, aproximando-se do campo afeto às sanções tributárias, permite que se aplique retroativamente a lei nova, quando mais favorável ao sujeito passivo, comparativamente à lei vigente à época da ocorrência do fato.

(...)

Nessa medida, o dispositivo protetor dá azo à retro-operância da lei mais branda, intitulada Lex mitior, na esteira da retroatividade benéfica ou benigna em Direito Tributário, exclusivamente para as infrações”.

Inequivocamente, não pertence, a matéria ora em julgamento, à seara infracional do direito tributário. As normas que a integram, assim como no Direito Penal, atendem a uma estrutura característica, composta pelo preceito primário, na qual se prevê a prática do fato descrito no tipo.

No presente caso, cuida-se apenas de rol de atividades, antes previstas na Lei n.º 9.317/96, e hoje na Lei Complementar n.º 123/06, proibidas de serem exercidas pelo contribuinte que pretende optar pelo Simples. Trata-se, pois, tão-somente de condições à participação do contribuinte no Simples.

Com base nesse entendimento, foi editada a Súmula CARF n.º 81:

É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples. (**Vinculante**, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, para no mérito, negar-lhe provimento.

Lucas Esteves Borges