



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

Processo nº 15521.000180/2007-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1101-00.650 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de janeiro de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente E M P Landim Gomes Serviço de Limpeza Ltda
Recorrida 8ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro□

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

Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

SIMPLES FEDERAL. INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA. ATIVIDADE VEDADA

A prestação de serviços de limpeza impede o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no Simples Federal.

SIMPLES FEDERAL. SIMPLES NACIONAL.

O sistema específico para as ME e EPP criado pela Lei nº 9.317, de 1996, com fundamento no art. 179 da CRFB, denominado de Simples (federal) é diferente do sistema criado pela Lei Complementar nº 123, de 2006, com base no art. 146 da CRFB, denominado de Simples Nacional. Por isso não há como pretender aplicar as regras do Simples Nacional ao Simples (federal).

Assunto: Normas Gerais

Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

ART. 106 DO CTN. HIPÓTESES DE RETROATIVIDADE.

A alínea b do inciso II do art. 106 do CTN trata da possibilidade de retroação de regras que deixem de sancionar violação de deveres. Por isso, não há sentido em pretender que tal dispositivo do CTN tenha o condão de admitir no Simples (federal) atividades vedadas pela Lei nº 9.317, de 1996, que foram admitidas no Simples Nacional pela Lei Complementar nº 123, de 2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa, João Carlos de Figueiredo Neto, José Ricardo da Silva (vice-presidente), e Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão que considerou parcialmente procedente manifestação de inconformidade apresentada em razão de exclusão do Simples e parcialmente procedente auto de infração lavrado em razão da exclusão.

Em 03/10/2007, é feita representação fiscal informando que a empresa optou pelo Simples em 01/01/2001, mas que prestava e continuou prestando serviços de limpeza, ao lado do comércio que passou a exercer em 2002 (proc. fls. 1 e 2). Diz que os contratos de prestação de serviço e notas fiscais de serviço confirmam os fatos. A representação informa que a prestação de serviço de limpeza é vedada pela alínea *f* do inciso XII do art 9º da Lei nº 9.317, de 1996. Adiciona que a empresa tinha 95 empregados em 2002, 135 em 2003 e 2004, e 61 em 2005 e 2006. Em razão destes fatos, propõe que a empresa seja excluída do Simples desde 01/01/2001.

Em 15/10/2007, é lavrado o Ato Declaratório Executivo nº 24, excluindo a empresa do Simples a partir de 01/01/2010 (proc. fls. 72 e 73). O contribuinte é cientificado em 16/10/2007 (proc. fl. 76)

Em 14/11/2007, o contribuinte apresenta manifestação de inconformidade (proc. fls. 78 a 92). Alega que a autoridade fiscal concluiu que sua atividade preponderante era prestação de serviço de limpeza, mas que com o advento da Lei Complementar nº 123, de 2006, nos termos do inciso XXVII, do § 1º, do art. 17, tal atividade passou a ser expressamente admitida. Diz que tal permissão produz efeitos retroativos, conforme a alínea *b* do inciso II do art. 106 do CTN, e por isso não poderia ser feita exclusão na vigência da nova regra. Cita jurisprudência que diz ser favorável ao entendimento que sustenta. Adiciona que, inadmitida a impossibilidade de exclusão, esta não podia retroagir e só poderia ter efeitos no próprio ano em que foi efetuada. Argumenta que por 5 anos a empresa optou e declarou pelo Simples sem sofrer qualquer repreensão por parte do Fisco. Deste modo, teria havido uma aceitação tácita do contribuinte neste sistema que não pode mais ser revogada, sob pena de ferir o princípio da segurança jurídica.

Em 24/01/2008, é determinada a apuração do crédito fiscal decorrente da exclusão (proc. fl. 321). Em 26/03/2008, são lavrados autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins (proc. fls. 382 a). Conforme termo de verificação (proc. fls. 411 a 423), o período fiscalizado foi de 01/01/2003 a 30/06/2007 e o contribuinte foi intimado a informar qual sistemática de tributação adotaria para o período:



...poderá optar pelas formas de tributação Lucro Arbitrado ou Lucro Real Trimestral, visto que as opções pelo Lucro Presumido e Lucro Real Anual ocorrem com o pagamento espontâneo da primeira cota ou cota única do IRPJ, o que não é o caso da empresa em questão.

Conforme o Fisco, a empresa respondeu dizendo optar pelo lucro real trimestral e pedindo prorrogação de prazo para preparar a documentação adequada. No entanto, no prazo acertado com a empresa, esta não conseguiu apresentar os livros diário e razão, sequer para o ano de 2003.

A fiscalização explica que em razão da potencial decadência dos tributos de 2003, fará a apuração deste ano e depois a dos demais. Enfatiza que a atividade da empresa é a prestação de serviço de limpeza e que isso é demonstrado por suas notas fiscais, contrato social, contratos de prestação de serviço, e site. Destaca que, apesar de ser irrelevante para fins de admissão no Simples a relação percentual do faturamento entre serviço de limpeza e receitas de vendas, a maior receita da empresa é derivada de serviços de limpeza. Explica que a empresa não apresentou a contabilidade necessária para apurar a tributação com base no lucro real e que foi dado prazo suficiente para tanto. Para esclarecer a apuração da base de cálculo de 2003, explica que:

Vale destacar que analisando a Declaração Anual Simplificada (fls. 180/198) apresentada com relação ao ano-calendário 2003, verificamos erros relacionados ao faturamento informado com relação à prestação de serviços e com relação à revenda de mercadorias. O contribuinte informou valores elevados de revenda de mercadorias e valores menores que o correto de prestação de serviço. Somente o valor total da Receita Bruta confere com o somatório dos valores totais escriturados nos Livros de ISS e de Saída de Mercadorias. Logo, os valores corretos a título de Receita de Prestação de Serviço e a título de Receita de Revenda de Mercadorias são os constantes da planilha denominada "Relação do Faturamento do ano de 2003 Por Atividade", em anexo, a qual faz parte integrante do presente auto.

A fiscalização informa que aproveitou os recolhimentos efetuados no Simples para reduzir os tributos devidos, na proporção de cada tributo indicada no inciso II do art. 23 da Lei nº 9.317, 1996. Informa que o arbitramento foi feito com base na receita, conhecida por meio das notas fiscais.

Em 24/04/2008, o contribuinte apresenta impugnação relativa ao PIS e a Cofins (proc. fls. 426 a 451) e ao IRPJ e CSLL (proc. fls. 505 a 532). Com base nos mesmos argumento apresentados na manifestação de inconformidade quanto à exclusão, diz que não cabia sua exclusão do Simples e que, admitida esta exclusão apenas por hipótese, não poderia ser retroativa. Conclui que não podia haver lançamento para fatos geradores anteriores à notificação da exclusão. Argumenta ainda, preliminarmente, que não poderia ter ocorrido o lançamento de janeiro e fevereiro de 2003, do PIS e COFINS, em razão da decadência, pois a notificação ocorreu em 26/03/2008. Diz que está juntando com a impugnação os livros contábeis exigidos para a tributação pelo lucro real. Afirma que não cabe a aplicação de multa de 75% e que a cobrança de Selic é inconstitucional. Junta jurisprudência relativa ao ICMS que entende coincidir com suas alegações sobre a impertinência da multa.

Em 26/06/2008, o contribuinte solicita novamente a juntada de seus livros diário, razão e LALUR, explicando que já o fizera na ocasião da impugnação (proc. fls. 584 a 589).

Em 1/10/2009, a 8ª turma da DRJ I do Rio de Janeiro dá provimento parcial à manifestação de inconformidade, para manter a exclusão de 01/02/2001 a 30/06/2007, e dá provimento parcial a impugnação (proc. fls. 603 a 620). A autoridade julgadora diz que a jurisprudência juntada pelo contribuinte não se refere à retroatividade da LC nº 123, de 2006. Afirma que a argumentação do contribuinte no sentido de que cabe a aplicação retroativa da lei complementar não é pertinente, pois a alínea b do inciso II do art. 106 do CTN só admite a retroação se o ato não tenha implicado em falta de pagamento de tributo. Explica que no caso, a contribuição para o INSS não foi recolhida nos montantes devidos, mas sim naqueles estabelecidos no Simples. Conclui que o contribuinte deveria ter sido excluído a partir do mês seguinte ao de sua inclusão indevida, ou seja, desde 01/02/2001.

Quanto ao arbitramento, diz que o contribuinte não apresentou os livros contábeis no prazo estipulado. Diz que os autos de infração foram cientificados em 26/03/2008, e o contribuinte havia sido excluído desde 26/10/2007, por isso teve mais de 90 dias para providenciar a contabilidade. Ademais, entre a data que o contribuinte respondeu que optava pelo lucro real e a data da lavratura, decorreram 37 dias. Por isso, não há escusas para a não apresentação dos livros no prazo estipulado pelo fiscal. Argumenta que, inclusive, os livros não informam a apuração de resultado e não foram juntados os documentos que sustentam os lançamentos. Reconhece a decadência dos meses de janeiro e fevereiro em relação ao PIS e Cofins. Explica que a multa e os juros aplicados têm previsão legal.

Em 19/10/2009, o contribuinte é cientificado (proc. fls. 627). Em 12/11/2009, apresenta recurso voluntário, onde repete seus argumentos (proc. fls. 631 a 649).

Voto

Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

O contribuinte não discorda dos fatos afirmados pela fiscalização e admite que presta serviços de limpeza. No entanto, argumenta que a permissão dada na Lei Complementar nº 123, de 2006, para que os prestadores de serviço de limpeza possam participar do Simples Nacional, deveria retroagir aos tempos de vigência da Lei nº 9.317, de 1996. Sustenta que esta retroação é determinada pela alínea b do inciso II do art. 106 do CTN e que, por paralelismo, tal como o Simples Federal foi afetado por algumas leis posteriores, as regras do Simples Nacional afetam as do Simples Federal. Mas, tais alegações não são procedentes, como a análise dos diplomas mencionados demonstra.

A Lei nº 9.317, de 1996, criou um sistema integrado de recolhimento para de tributos federais (Simples federal), admitindo que por convênio o ICMS e o ISSQN devidos fossem incluídos na parcela paga. Tal lei é uma lei federal que visa dar tratamento específico às ME e EPP, e seu fundamento de validade é o art. 179 da CRFB de 1988. Inclusive, com base no mesmo dispositivo constitucional alguns estados e municípios criaram sistemas especiais para as ME e EPP.

Já a Lei Complementar nº 123, de 2006, institui um regime unificado de recolhimento de tributos federais, estaduais e municipais para as ME e EPP (Simples Nacional). Tal lei

é uma lei nacional e seu fundamento de validade é a alínea *d* do inciso III do art. 146 e seu parágrafo único.

Confirmando a total diferença entre o sistema criado pela LC nº 123, de 2006, daquele criado pela Lei nº 9.317, de 1996, o art. 94 do ADCT determina que, com a criação do regime previsto na alínea *d* do inciso III do art. 146 da CRFB, os regimes especiais criados pelas pessoas políticas para as ME e EPP (com base no art. 179 da CRFB) deixarão de existir.

Assim, embora ambas as leis visem um tratamento diferenciado para as ME e EPP, elas criam sistemas totalmente diferentes e tem fundamento constitucional distintos. Portanto, não há como traçar qualquer paralelo exegético entre: 1) a lei complementar que cria o Simples Nacional e a lei federal que criou o Simples Federal; e 2) a Lei federal que cria o Simples Federal e suas alterações posteriores.

Ou seja, o Simples Nacional é um sistema totalmente novo, e não uma simples modificação normativa do Simples Federal.

Dessarte, se era sustentável que as alterações normativas no Simples Federal pudessem ter efeitos retroativos, não cabe pretender que as diferenças legais entre o Simples Nacional e o Simples Federal possam afetar retroativamente as regras do Simples Federal.

Por isso não há qualquer sentido em pretender que aquilo que é admitido no Simples Nacional possa ser aplicado ao Simples Federal.

Inclusive, não há qualquer sentido em pretender aplicar o art. 106 do CTN à questão em debate, tal como defende o contribuinte. Vale analisar o texto legal (negritado):

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 tratá-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.

Conforme se depreende da leitura, a alínea *b* do inciso II do art. 106 do CTN determina que, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado na falta de pagamento, a lei se aplica a ato ou fato passado, no caso de não estar definitivamente julgado, quando deixe de tratá-lo como violação de dever (= contrário a qualquer exigência de ação ou omissão).

Ou seja, é possível a retroação para leis que deixam de considerar o ato como uma violação de dever (*discriminalizam* a violação). Assim, se antes a violação era punida com alguma sanção, vindo lei que deixe de aplicar aquela sanção à violação, esta pode retroagir nos termos do dispositivo transcreto.

Esta é a interpretação que decorre diretamente da letra da alínea *b* e é confirmada pela interpretação sistemática das alíneas *a* e *c*. De fato, a alínea *a* trata de leis que discriminam determinada conduta e a alínea *c* trata de leis que impõe sanção menos severa.

Ora, no caso em concreto, a circunstância da Lei Complementar nº 123, de 2006, admitir que as ME e EPP prestadoras de serviço de limpeza possam ingressar no Simples Nacional, não implica em nenhuma revogação de sanção a quebra de dever. Por isso não faz o menor sentido em pretender que a alínea *b* do inciso II do art. 106 do CTN tenha o condão de fazer valer retroativamente no Simples federal as regras do Simples Nacional.

Deste modo, toda argumentação do contribuinte pretendendo que seja admitido no Simples Federal a atividade de prestação de serviço de limpeza é improcedente.

Também é improcedente a pretensão do contribuinte de que a exclusão só deve produzir efeitos após o ato de exclusão. Isso porque a lei é bastante clara em determinar que a exclusão do Simples na presente situação produz efeitos no mês seguinte à verificação da situação excludente. Assim, não se trata de efeito retroativo, mas sim de efeitos a partir dos fatos excludentes.

No que tange à contrariedade do contribuinte com o arbitramento, tal como a DRJ informou, o contribuinte teve tempo mais que razoável para tomar as providências necessárias a fim de atender às regras de tributação do lucro real. Se não atendeu às exigências legais, não resta outro recurso ao Fisco que não o arbitramento. Por isso, o lançamento também está correto neste aspecto.

No que tange às alegações relativas à multa e ao juros Selic, tal como bem explicado pela DRJ, a autuação baseou-se em leis e estas têm a presunção de constitucionalidade. Além disso, não cabe fazer juízo de constitucionalidade nos julgamentos administrativos. A matéria é inclusive sumulada no CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Por estas razões, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário, para manter a exclusão do Simples de 01/02/2001 a 30/06/2007 e manter o lançamento tal como resultou do julgamento em 1ª instância.

Sala das Sessões, em 16 de janeiro de 2012.



Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro