



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10830.720497/2018-02
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-011.588 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 7 de março de 2024
Recorrente WV COMÉRCIO E SERVIÇOS DE SISTEMAS DE SEGURANÇA E PORTARIA LTDA - ME.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2014 a 31/12/2016

DECISÃO ADMINISTRATIVA DE CANCELAMENTO DO ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS DAS DECISÃO DO PROCESSO PRINCIPAL QUE AFASTOU O ATO DE CANCELAMENTO DO SIMPLES. VINCULAÇÃO REFLEXA. CANCELAMENTO DA AUTUAÇÃO FISCAL. PROCEDÊNCIA.

A decisão do processo principal que discutiu e afastou o ato de cancelamento de exclusão da empresa do SIMPLES, possui efeitos vinculantes reflexos, uma vez que constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.

Assim, deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário para cancelar a exigência fiscal decorrente do mesmo procedimento fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, José Márcio Bittes, Matheus Soares Leite, Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 2401-011.588 - 2ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10830.720497/2018-02

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 390/438) interposto por WV COMÉRCIO E SERVIÇOS DE SISTEMAS DE SEGURANÇA E PORTARIA LTDA – ME contra o Acórdão n.º. 03-82.871, proferido pela 5ª Turma da DRJ/BSB, que julgou a Impugnação improcedente em parte, mantendo em parte o lançamento.

O sujeito passivo foi excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL), em virtude de exercer, entre outras atividades, a atividade de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, a qual era impeditiva para ingresso nesse sistema. A exclusão se deu por meio do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF/CPS n.º 004, de 15 de janeiro de 2018, da Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP, com efeitos a partir de 31/01/2014.

Por esta razão, foram lavrados dois Autos de Infração para lançamento de créditos, para o período de 05/2014 a 12/2016, inclusive 13º salários, assim detalhados:

- -Auto de Infração, e-fls. 03, no valor total de R\$ 2.593.279,00 (dois milhões quinhentos e noventa e três mil, duzentos e setenta e nove reais), correspondente às contribuições previdenciárias, a cargo da empresa ou equiparado (patronal), incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT).
- - Auto de Infração, e-fls. 04, no valor total de R\$ 646.843,11 (seiscentos e quarenta e seis mil, oitocentos e quarenta e três reais e onze centavos), correspondente às contribuições para outras entidades e fundos – Terceiros (FNDE, INCRA, SESC, SENAC e, SEBRAE), incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados.

Devidamente científica dos Autos de Infração, a recorrente apresentou Impugnação (e-fls. 90/134), com os seguintes argumentos, assim sintetizados pela decisão de piso:

Da Preliminar

Alega a Impugnante que no regular exercício de sua atividade empresarial, foi surpreendida, primeiramente, com a edição do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF/CPS n.º 004 de 15 de janeiro de 2018, excluindo-a do Simples Nacional.

Mas que inconformada com o absurdo e ilegal citado Ato Declaratório Executivo, apresentou, tempestivamente, a competente Impugnação Administrativa, sendo que o processo administrativo para aferição da legalidade/validade do Ato Declaratório Executivo n.º 004 se encontra em trâmite, sem decisão definitiva/terminativa até a presente data.

Alega que o Agente Fiscal, ainda em fase de fiscalização, concomitantemente, lavrou o Ato Declaratório Executivo n.º 004/2018, fato jurídico que motivou a exclusão da

Impugnante do SIMPLES NACIONAL e, em ato contínuo, sem aguardar ao menos o decurso do prazo para apresentação da Impugnação do referido Ato Declaratório e/ou o trânsito em julgado da decisão administrativa de exclusão da Impugnante do SIMPLES NACIONAL, lavrou, também, o presente Auto de Infração, de forma totalmente prematura.

Argumenta então que em decorrência da apresentação tempestiva da impugnação do ato administrativo, é de rigor a concessão do efeito suspensivo, a fim de que sejam suspensas todas as consequências jurídicas decorrentes do ato ora impugnado, inclusive, obstando atos que impliquem na constituição de eventuais créditos tributários decorrentes do ato administrativo ora impugnado.

Assim requer a anulação do presente Auto de Infração em razão da configuração do cerceamento de defesa da Impugnante, uma vez que, estando suspensos os efeitos do Ato Declaratório Executivo n.º 004, sobre este fundamento jurídico foi ilegalmente lavrado o Auto de Infração contra a Impugnante.

Do Mérito

Da Inocorrência da Materialidade das Contribuições Previdenciárias/sociais. Impugnante submetida ao SIMPLES NACIONAL.

A Impugnante afirma que é pessoa jurídica de direito privado, cuja atividade principal é o comércio e prestação de serviços de monitoramento de sistema de segurança, e que, apesar de constar do seu objeto social a atividade de prestação de serviços de portaria em imóveis, fato é que desde sua constituição a Impugnante somente se dedicou à prestação de serviços de monitoramento de sistema de segurança (vigilância) e serviços de manutenção e conservação em condomínios.

Afirma ser evidente a ausência de subsunção do real e efetivo fato jurídico (prestação de serviço de conservação e manutenção de edifícios), conforme comprovam as Notas Fiscais de prestação de serviços anexadas aos presentes autos e prestação de serviço de monitoramento e manutenção de alarme de segurança e a norma gravada no artigo 17 e 18 da LC n.º 123/06, configurando, com isso, evidente erro de direito que torna nulo o Ato Administrativo em combate.

Alega que, contrariamente do que consta no Ato Declaratório Executivo 004/2018, resta comprovado que a Impugnante não se dedica à atividade de prestação de serviço de cessão e/ou locação de mão de obra a que alude a proibição contida no inciso VII, do artigo 17 da LC n.º 123/06, mas sim, exclusivamente, à prestação de serviço de manutenção, limpeza e monitoramento de segurança em condomínios, bem como serviços de monitoramento de câmeras (vigilância).

Entende assim que se o fato jurídico determinante da constituição do crédito tributário relativo à contribuição previdenciária foi a exclusão do SIMPLES NACIONAL e, estando suspensos os efeitos jurídicos deste ato administrativo (de exclusão), não há que se falar em submeter a Impugnante à tributação ordinária/convencional, por ausência de materialidade e ausência de subsunção do fato à norma, ou seja, enquanto não sobrevier a confirmação em definitivo da exclusão da Impugnante do regime tributário especial - SIMPLES NACIONAL - não haverá fundamento jurídico para a cobrança da exação gravada no Auto de Infração.

Argumenta que a autuação fiscal jamais poderia atingir fatos pretéritos à emissão do Ato Declaratório Executivo n.º 004, por expressa imposição dos artigos 30, inciso II c/c art. 31, inciso II, da LC 123/06.

Da Ofensa ao Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade e do Efeito Confiscatório da Multa.

Aduz que o Auto de Infração ora rechaçado, vai na contramão dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, à medida que, a pretexto de desestimular o inadimplemento de obrigação tributária, aplicou sanção muito além do que precisava, configurando inaceitável intuito confiscatório. E argumenta que multa fiscal não pode ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado.

Da cobrança em duplicidade. *Bis in idem*.

Entende que a Fiscalização vem perseguindo-a, ilegalmente, lançando valores a título de contribuição previdenciária sobre fatos geradores que já levados à tributação, nos moldes do que determina a Lei Complementar n.º 123 que instituiu o SIMPLES NACIONAL, o que configura a duplicidade da cobrança e, conseqüentemente o malfadado *bis in idem*.

Discorre longamente sobre o assunto, para ao final requerer a nulidade em razão do *bis in idem* e, conseqüentemente, pela anulação do lançamento de ofício representado pelo Auto de Infração e extinção, em definitivo, do crédito tributário ora combatido.

Da ilegalidade na Atribuição de Efeito *ex tunc* ao Ato Declaratório Executivo.

A Impugnante alega que na remota hipótese de não serem acolhidas as pretensões anteriores, há flagrante ilegalidade no Ato Declaratório Executivo n.º 004/2018, uma vez que o legislador, nos termos dos artigos 30 e 31 da citada LC 123/2006, permitiu a exclusão com efeitos retroativos exclusivamente quando for identificado que o contribuinte optante pelo regime jurídico do SIMPLES NACIONAL ultrapassou o limite da receita bruta pré-determinado pela legislação, o que não ocorreu no presente caso.

Acrescenta que o suposto fato jurídico que determinou a emissão do Ato Declaratório de exclusão da Impugnante do SIMPLES NACIONAL foi uma suposta infringência ao inciso VII, do artigo 17, da LC n.º 123/06, em virtude de exercer atividade com "cessão ou locação de mão de obra", o que, definitivamente, não tem qualquer relação jurídica com a hipótese prevista no artigo 31, inciso III, e sim com o art. 30 da aludida legislação complementar, que determina que a exclusão produzira efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva e não desde o início das atividades.

Dos Pedidos

Em razão do exposto, requer:

- a) sejam reconhecidas as preliminares suscitadas pela Impugnante a fim de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em razão da afronta ao contraditório a ampla defesa - artigo 5º, LV da CF/88;
- b) superada a questão preliminar, o que se admite apenas por hipótese argumentativa, requer sejam julgadas totalmente procedentes as razões de impugnação para anular e/ou declarar nulo o Auto de Infração em debate, em vista, especialmente, i) ausência de materialidade para a cobrança das contribuições previdenciárias/sociais, ii) ausência de proporcionalidade e razoabilidade e efeito confiscatório da penalidade imposta e iii) *bis in idem* da exação e iv) efeitos jurídicos *ex tuncem* relação a imposição tributária baseada o fato jurídico de exclusão da Impugnante do SIMPLES NACIONAL.

Protesta-se provar o alegado, por todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente pela juntada de outros documentos.

A 5ª Turma de Julgamento converteu o julgamento em diligência, pois entendeu que, para configurar a prestação de serviço mediante cessão/locação de mão de obra, a Fiscalização teria se baseado somente no Contrato Social e alterações. Os autos foram

encaminhados à DRF de origem para verificação dos fatos mencionados na defesa, de que a impugnante não prestava efetivamente serviços mediante cessão de mão de obra, mas sim de monitoramento de câmeras.

Como resultado da diligência a Fiscalização emitiu a Informação Fiscal (e-fls. 308) esclarecendo o seguinte:

2 - Quando da realização da ação fiscal, a empresa apresentou todas as notas fiscais do período de 07/2014 a 12/2016 conforme documentos de fls. 164 a 193 e 205 a 216 (amostragem), e essa auditoria não se baseou apenas e tão somente no contrato social e alterações para confirmar a prestação de serviços mediante cessão/locação de mão de obra como afirmado e sim o serviço prestado de mão de obra conforme prova as notas fiscais apresentadas pela própria empresa.

3 - Em todo o período fiscalizado, foram emitidas pela empresa um total de 797 notas fiscais, sendo 688 notas fiscais referente a limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres (CNAE 811170000), as quais se enquadram como cessão de mão de obra, significando 86,33% dos serviços prestados e apenas 109 notas fiscais de atividades de monitoramento de sistemas de segurança (CNAE 802000001) ou seja, 13,67% dos serviços prestados.

O sujeito passivo foi cientificado em 05/11/2018 (e-fls. 308), que sem se manifestar, juntou às e-fls. 309/310, os documentos de identificação do sócio administrador Vinicius Loureiro Ibraim.

Em 19/12/2018, a Delegacia de Julgamento houve por bem julgar a Impugnação parcialmente procedente, em Acórdão n.º. 03-82.871 assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2014 a 31/12/2016

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DEVIDOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Os contribuintes excluídos do Simples Nacional, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, ficam sujeitos às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, razão pela qual a possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples Nacional não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. INEXISTÊNCIA.

A manifestação de inconformidade ou o recurso interposto contra decisão que exclui empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte - SIMPLES, não tem o condão de suspender a exigibilidade de crédito previdenciário constituído pela sua exclusão, por falta de previsão legal.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS RETROATIVOS. REMUNERAÇÃO DOS SEGURADOS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS/PREVIDENCIÁRIAS SUPRIMIDAS. LANÇAMENTO. OBRIGATORIEDADE.

Em havendo exclusão do regime fiscal simplificado (SIMPLES), são devidas as contribuições sociais/previdenciárias - incidentes sobre a remuneração paga ao segurado - que haviam sido suprimidas. Pelo que a empresa está obrigada ao recolhimento das contribuições sociais previdenciárias sobre ela incidentes, com os devidos acréscimos legais, sob pena de lançamento, nos termos da lei.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO FISCAL. FATO IMPEDITIVO INEXISTENTE.

A pendência de decisão administrativa definitiva sobre a exclusão da empresa do SIMPLES e/ou Simples Nacional não impede a constituição do crédito tributário decorrente daquela exclusão, que é procedimento plenamente vinculado e obrigatório.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples Nacional é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, quando verificado que o contribuinte se incluiu indevidamente no sistema, desde o período no qual ocorreu o exercício da atividade vedada.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITOS RETROATIVOS.

Os efeitos da exclusão do Simples são produzidos a partir da data fixada na lei para cada uma das hipóteses cuja ocorrência dá ensejo ao procedimento da exclusão de ofício, sujeitando a contribuinte ao cumprimento das obrigações daí provenientes.

MULTA DE OFÍCIO. NÃO CONFISCO.

Não é confiscatória a multa de ofício aplicada de acordo com os parâmetros estabelecidos na legislação. A autoridade administrativa deve ater-se ao estrito cumprimento da legislação tributária, prescindindo de empreender qualquer juízo de valor sobre a gradação das multas aplicadas.

PROVAS DOCUMENTAIS. MOMENTO PARA A PRODUÇÃO

O momento para produção de provas documentais é juntamente com a impugnação, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundada nas hipóteses expressamente previstas na legislação pertinente.

SÚMULA Nº 76. CARF. EFEITO VINCULANTE. APROPRIAÇÃO. RECOLHIMENTOS. SIMPLES NACIONAL.

Em função do caráter vinculante da Súmula 76 do CARF, que foi atribuído pela Portaria nº 277, de 7/6/2018, devem ser apropriados ao presente lançamento os pagamentos de contribuições previdenciárias realizados pelo contribuinte na sistemática do Simples Nacional.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Foram deduzidos do lançamento os valores declarados e efetivamente recolhidos pelo contribuinte no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDAS-D), que foram extraídos do sistema informatizado da Secretaria da RFB “Simples Entes Federativos” em 26/7/2018, conforme guias de e-fls. 622/672.

Em 17/01/2019, o sujeito passivo foi cientificado do acórdão pela via postal, conforme Aviso de Recebimento (e-fls. 386), tendo apresentado Recurso Voluntário (e-fls.

390/438) em 15/02/2019, reiterando os argumentos anteriormente apresentados em sede de Impugnação.

Em 12/01/2022, foi juntada Petição (e-fls. 443/472) e documentos pela recorrente, informando o julgamento do PTA n.º 10830.728801/2017-71 e o cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional. A recorrente requereu o julgamento antecipado e imediato do presente processo administrativo e cancelamento dos lançamentos.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Carolina da Silva Barbosa, Relatora.

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Mérito.

Conforme relatado, em 12/01/2022, foi juntada Petição (e-fls. 443/472) e documentos pela recorrente, informando o julgamento do PTA n.º 10830.728801/2017-71 e cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional, o que se deu em fase de Recurso Voluntário ao qual foi dado provimento, no Acórdão n.º. 1402-005.488, julgado pela 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária da 2ª Seção em 13/04/2021, assim ementado:

Ementa(s)

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SERVIÇOS DE PORTARIA E CESSÃO DE MÃO DE OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Serviços de portaria e zeladoria não constam literalmente na Lei Complementar nº 123/2006 como atividades impeditivas para adentrar ou figurar no SIMPLES NACIONAL, construção feita pela Autoridade Tributária a partir da Lei Previdenciária nº 8.212/1991 e do Decreto nº 3.048/1999 (RGPS) que a regulamentou e considerou, “exclusivamente para os fins deste Regulamento” (artigo 219, § 1º do referido Decreto), se devesse entender tais serviços como equivalentes a “cessão de mão de obra”, essa, sim, atividade expressamente vedada pela legislação tributária do regime simplificado.

O entendimento de que tais atividades se equivaleriam a cessão de mão de obra exige a constatação inequívoca de que o comando e poder de controle sob os funcionários terceirizados são integralmente feitos pela contratante (tomadora dos serviços) e não pela contratada, situação esta que, se confirmada, afasta tal construção.

No caso concreto, pelo que consta dos autos, tal comando é da contratada (cedente dos funcionários) e, assim, não há o que se falar em cessão de mão de obra, mas, sim, de prestação terceirizada de serviços na mais clara acepção do termo. Exclusão da recorrente do regime simplificado que se cancela.

A recorrente requereu o julgamento antecipado e imediato do presente processo administrativo e cancelamento dos lançamentos.

Não restam dúvidas de que o Ato Declaratório Executivo n.º. 004/2018 foi cancelado. O voto do Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves foi expresso em consignar:

Sendo assim, tendo em vista que os serviços prestados pela Recorrente não se caracterizam em cessão de mão de obra, bem como a falta de previsão expressa na Lei 123/06 de que serviços de portaria são atividades vedadas no Simples Nacional, entendo que o ADE dever cancelado, para manter a contribuinte no sistema simplificado.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, voto por conhecer e dar provimento ao Recurso Voluntário para cancelar o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF/CPS n.º 004, de 15 de janeiro de 2018, da Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP.

Assim, tendo em vista a vinculação reflexa ao processo principal e diante do provimento do recurso naquele feito, que tratava da exclusão da empresa no SIMPLES Nacional, da qual foi afastada, e tendo em vista que no presente caso cuida-se de lançamento decorrente do referido ato de exclusão, e do mesmo período fiscalizado, deve ser dado provimento ao recurso do sujeito passivo, cancelando a exigência fiscal.

3. Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER e DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, cancelando a exigência fiscal.

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa