



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

Processo nº 10970.000346/2008-50
Recurso nº 816.147 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.281 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2010
Matéria Exclusão do SIMPLES FEDERAL
Recorrente AMERIAN SERVIÇOS ELETRÔNICOS DE PROTEÇÃO LTDA
Recorrida 5ª Turma da DRJ/Juiz de Fora

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

Período de apuração: 26/01/2006 a 30/06/2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA.

Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que prestem serviços de vigilância, assim também considerados aqueles realizados mediante monitoramento a distância de residências e estabelecimentos.

ATIVIDADE ADMITIDA NO SIMPLES NACIONAL.
RETROATIVIDADE INADMISSIBILIDADE.

Não se cogita de aplicação retroativa de norma que altera as vedações à opção pelo SIMPLES, porque inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, mormente quando a atividade é admitida no SIMPLES NACIONAL sem a concessão de isenção para contribuições previdenciárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso para manter a exclusão do contribuinte do SIMPLES, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. O conselheiro Alexandre Andrade de Lima Fonte Filho votou pelas conclusões.


EDELÍ PEREIRA BESSA – Presidente Substituta e Relatora

EDITADO EM: 19/05/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa (Presidente substituta da turma), Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-presidente), Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz e Shelley Henrique Dalcamin.

Relatório

AMERIAN SERVIÇOS ELETRÔNICOS DE PROTEÇÃO LTDA, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Juiz de Fora/MG, que por unanimidade de votos, INDEFERIU a manifestação de inconformidade interposta contra o Ato Declaratório Executivo DRF/UBE nº 057, de 23/09/2008 (fl. 50), o qual a excluiu do SIMPLES de 26/01/2006 a 30/06/2007.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

Trata-se de processo onde consta Ato Declaratório Executivo DRF/UBE nº 57/2008 que excluiu o sujeito passivo do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), prevista na Lei 9.317/1996, ao argumento de exercício de atividades relativas a prestação de serviços de vigilância, vedada nos termos do art. 9º, XII, dessa mesma lei.

Os efeitos da exclusão ocorreram a partir de 26/1/2006 e o Ato Declaratório foi dado ao conhecimento do sujeito passivo em 8/10/2008, por via postal (folha 51)

Em 7/11/2008, foi apresentada manifestação de inconformidade do sujeito passivo (folhas 52 a 119) onde este propugna, basicamente, que:

A atividade da empresa não é de serviço de vigilância, conceituado pela Lei 7.012/1983 (folha 54), mas de "comércio varejista de sistemas de segurança eletrônicos, alarmes e circuitos fechados de TV e a prestação de serviços de locação e cessão em comodato". Cita projeto de lei em tramitação que diferencia as atividades.

Subsidiariamente, haveria que se aplicar a retroatividade prevista no art. 106, II, a do CTN tendo em vista que a Lei Complementar 123/2006 no art. 17. §1º, XXVII deixou de tratar as atividades de serviço de vigilância como impeditivas à adesão ao Simples (folha 62).

A 5ª Turma da DRJ/Juiz de Fora afastou tais alegações argumentando que:

- A Lei nº 7.102/83 dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e não trata da atividade de vigilância privada em residências ou estabelecimentos comerciais não financeiros. Por sua vez, a Lei nº 9.317/96 veda a opção pelo SIMPLES por empresas que exercem atividades, genericamente de "serviços de vigilância".
- Os serviços de monitoramento de sistemas de segurança não deixam de ser serviço de vigilância, ainda mais levando-se em conta que tais serviços sobreviveram bem tempo após 1983.
- Demais disto, a vedação citada visa exatamente coibir a adesão de empresas que objetivem a prestação de serviços normalmente



terceirizados, como vigilância, limpeza e conservação. A atividade da manifestante, a nosso ver, incidiria assim em todas essas características que a afastariam da possibilidade de adesão ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples).

- Não é possível a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006, pois a migração para esta nova sistemática depende da verificação de outros requisitos legais e, demais disto, *o impedimento à adesão a um estatuto não se trata de infração, nos termos em que previsto no art. 106 do CTN.*

Cientificada da decisão de primeira instância em 28/05/2009 (fl. 126), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 24/06/2009 (fls. 127/141), no qual reprisa os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

Reafirma que *celebra contratos para comercializar e instalar equipamentos eletrônicos de segurança, bem assim para prestar serviços de monitoramento mediante recepção e análise de sinais emitidos pelos equipamentos que aliena ou cede em comodato, atividades que nada têm que ver com serviços de vigilância*, mormente tendo em conta o conceito firmado pela Lei nº 7.102/83.

Destaca a *impossibilidade de dissociar-se a prestação de serviços de vigilância da figura do vigilante, profissional a quem se atribuiu a competência legal para desempenhar tais serviços mediante formação e treinamento específicos*, além de não estar presente, em suas atividades, a *guarda de estabelecimentos financeiros ou do transporte de valores e cargas*.

Traz excertos do Projeto de Lei nº 1759/2007 para *corroborar a diferença ontológica das atividades de vigilância e aquelas desenvolvidas pela recorrente (monitoramento e comercialização de sistemas eletrônicos de segurança)*, e anota que *as atividades de monitoramento não se restringem ao recebimento e avaliações de sinais emitidos por aparelhos eletrônicos para fins de segurança* prestando-se também a *acompanhamento e otimização do desempenho industrial, aferição da produtividade e assiduidade de empregados, entre outras utilidades*.

Alega ofensa à segurança jurídica ao *se outorgar ao Fisco poder de tributar a partir de interpretação distorcida dos conceitos insertos na legislação*. Em seu entender, a própria autoridade julgadora de 1ª instância *acaba por confessar que define "atividade de segurança" como lhe convém à margem do ordenamento pátrio*.

Invoca a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006, por imposição do art. 106, inciso II do CTN, questionando a decisão de 1ª instância que firmou não se tratar de infração, e apontando a existência de autos de infração lavrados em decorrência da exclusão aqui discutida, para exigência de contribuições previdenciárias. Reproduz ementa de acórdão do Terceiro Conselho de Contribuintes em favor da retroatividade.

Pede, assim, o reconhecimento de seu direito de permanecer no SIMPLES, e também requer a exclusão de antigo procurador, para que as publicações e intimações sejam realizadas em nome do novo mandatário indicado.

Voto

Conselheiro EDELI PEREIRA BESSA

Pretende a recorrente que o conceito de serviços de vigilância fique restrito ao que dispõe a Lei nº 7.102/83. Todavia, como já frisado na decisão recorrida, esta lei *dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores*, e evidentemente não trata da atividade de vigilância privada em residências ou estabelecimentos comerciais não financeiros, o que, por si só, não é hábil a afastar estas atividades do conceito de vigilância.

De outro lado, observa-se nas cláusulas contratuais dos documentos juntados às fls. 16/44 que a atividade da empresa não consiste, apenas, em *comercializar e instalar equipamentos eletrônicos de segurança, bem assim para prestar serviços de monitoramento mediante recepção e análise de sinais emitidos pelos equipamentos que aliena ou cede em comodato*. A análise dos sinais emitidos resulta em providências indissociáveis do conceito de vigilância, quais sejam: *informar por via telefônica as autoridades competentes ou as pessoas ou entidades indicadas na Ficha Confidencial, bem como enviar um veículo ao Local de Monitoramento do Assinante para verificar se a propriedade do Assinante encontra-se em ordem*.

Em verdade, a única distinção relevante entre os serviços prestados e aqueles apontados como sendo de vigilância, é o fato de não se ter um vigilante presencialmente na residência/estabelecimento do contratante, sendo o serviço prestado a distância e, eventualmente, com o deslocamento de profissionais para avaliar a existência de algum risco efetivo à propriedade do contratante. E esta distinção não é hábil a descaracterizar o serviço como sendo de vigilância, mormente se não há um conceito firmado em lei para este serviço, como antes já mencionado.

Quanto aos demais serviços de monitoramento, caberia à contribuinte demonstrar que somente instala estes equipamentos para operação pelo contratante. E, de toda sorte, uma vez constatada a prestação de serviços de vigilância como antes descrito, a prova de que outros serviços também são prestados não afastaria a necessária exclusão do SIMPLES FEDERAL por exercício de atividade vedada.

Quanto à aplicação retroativa de normas que admitiram o ingresso de contribuintes na sistemática simplificada de recolhimentos, cujas atividades antes eram vedadas, anote-se que já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça a inaplicabilidade, nesta seara, do art. 106, do CTN.

Veja-se a referência mais recente ao tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96

61

ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003 PRECEDENTE EDCL no RESP N º 882553/RS, julgado em 23 04 2009

1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor

"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;

(...)"

[...]

5. Em 30 de maio de 2003, sobreveio a Lei 10.684, que, em seu artigo 24, assim dispôs.

"Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:

I – creches e pré-escolas,

II – estabelecimentos de ensino fundamental;

III – centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga,

IV – agências lotéricas;

V – agências terceirizadas de correios,

VI – (VETADO)

VII – (VETADO)' (NR)

(...)"

6. As Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei 10.034/2000 (que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei nº 9.317/96), uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, verbis.

[...]"

7 *Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1 042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 21.05.2008, REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008, e REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005)*

8 *Conseqüentemente, ante a irretroatividade do benefício fiscal instituído pela Lei 10.034/2000, reveste-se de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida, no período anterior a 25.10.2000.*

9 *Recurso especial provido (REsp nº 1.056.956/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 26/05/2009, publicação do DJe em 01/07/2009)*

As razões dos precedentes mencionadas foram originalmente firmadas pelo Ministro Castro Meira, no REsp nº 722.307/SC, no qual se extrai:

TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO PRÉ-ESCOLAR E FUNDAMENTAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ART. 557 DO CPC. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. LEI Nº 10.034/00. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO

1. *Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido. Ausência de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.*

2. *Ainda que não seja dominante o posicionamento favorável à retroatividade da Lei nº 10.034/00, a parte não foi prejudicada, pois teve a questão apreciada pelo órgão colegiado, ante a apresentação de agravo regimental. Falta de interesse em recorrer no particular.*

3. *O art. 106, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra em qualquer das hipóteses, não havendo de se falar em retroação da Lei nº 10.034/00.*

4. *A pessoa jurídica que se dedica à pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei nº 10.034/00 que não pode ter aplicação retroativa.*

5. *Recurso especial provido*

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Primeiramente, quanto à suposta ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, o Tribunal de origem apreciou toda matéria controvertida, não havendo nos autos qualquer omissão a ser sanada. A própria recorrente assevera que "a matéria, ora enfrentada, foi devidamente prequestionada, não só com a menção explícita aos dispositivos legais tidos por violados, mas também quanto à discussão e solução da questão jurídica trazida à baila" (fl. 108).

No tocante ao não-cabimento do art. 557 do mesmo diploma legal, a Fazenda Nacional aponta inexistência de jurisprudência pacífica favorável à retroatividade da Lei nº 10.034/00. Contudo, ainda que não seja dominante o posicionamento acerca dessa tese, não houve prejuízo à parte, que teve a questão apreciada pelo órgão colegiado, ante a apresentação de agravo regimental.



Portanto, a recorrente carece de interesse em recorrer no particular.

Relativamente ao mérito propriamente dito, a discussão a respeito do tema não foi debatida muitas vezes por esta Corte. Ao pesquisar a jurisprudência desta Casa, localizei apenas quatro precedentes da relatoria do Min. Luiz Fux, considerando possível a retroação da lei tributária em casos semelhantes ao presente (EDcl no REsp 603 451/PE, DJU de 25 10 04, REsp 577 654/PE, DJU de 03.05 04, REsp 500 477/SC, DJU de 09 02 04; e, AgRg no REsp 433 697/PR, DJU de 23.06.03) Em tais julgados, consignou-se que a Lei nº 10 637/02 - que passou a permitir às agências de viagem e turismo a opção pelo SIMPLES - deveria retroagir "a teor dos incisos do art 106, do CTN, porquanto referido diploma autoriza a retrooperância da lex mitior".

Analizando a questão, ousou divergir de tal posicionamento. É cediço que, em regra aplica-se o princípio da irretroatividade das leis ao Direito Tributário. O art. 106 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses excepcionais em que a lei tributária poderá ser aplicada a ato ou fato pretérito, consoante se constata de seu teor, a seguir transcrito

"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"

Da leitura de seus incisos, não verifico a possibilidade de retroação da lei pela mera existência de regra mais benéfica ao contribuinte.

O primeiro inciso restringe-se à lei expressamente interpretativa, o que não é o caso. Já o segundo inciso, subdividido em alíneas, estabelece quando a lei pode retrooperar para atingir atos não definitivamente julgados. A hipótese dos autos não se enquadra em qualquer das alíneas desse último inciso

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9 317/96, vigente no momento em que a recorrida passou a ser optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem a seguinte redação.

"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,

(...)"

Portanto, as empresas que prestassem serviços profissionais educacionais eram atingidas pela vedação imposta. Não se cuida aqui de infração ou penalidade, devendo ser afastadas, de pronto, as letras "a" e "c" do art. 106 do Código Tributário Nacional

Poder-se-ia entender pela incidência, na espécie, do previsto na letra "b" do artigo em alusão. Ocorre que a simples leitura da parte final de tal alínea impossibilita essa conclusão, pois o fato de o recorrido ter optado pelo SIMPLES quando não era permitido certamente importou em falta de pagamento de tributo, na forma como era devido à época.

O recorrido foi excluído da restrição constante da Lei nº 9 317/96 apenas com o advento da Lei nº 10.034/00, cujo art. 1º preceitua:

"Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental"

Cumprir registrar, unicamente a título de informação, que o dispositivo mencionado foi alterado pela Lei nº 10.684/03, passando a vigor nos moldes abaixo:

"Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:

I – creches e pré-escolas;

II – estabelecimentos de ensino fundamental,

III – centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga,

IV – agências lotéricas;

V – agências terceirizadas de correios;

VI – vetado

VII – vetado"

Assim, o aresto hostilizado merece reparos, uma vez que, somente a partir da vigência da Lei nº 10.034/00, o recorrido teve o direito de optar pelo SIMPLES, não podendo retroagir a norma em comento para alcançar atos ou fatos pretéritos

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

Claro está, portanto, que não se trata de lei expressamente interpretativa, cuja retroação se dá a teor do art. 106, I do CTN, bem como não trouxe, ela, qualquer "retroatividade benigna", a invocar a aplicação do inciso II daquele dispositivo, pois apenas se presta a desenhar o campo de vedação ao ingresso no SIMPLES NACIONAL (ou de permissão, depende do ponto de vista), sob a ótica da atividade econômica explorada.

Destaque-se, ainda, que especificamente em relação à atividade aqui em destaque, a sua admissibilidade no âmbito do SIMPLES NACIONAL se fez de forma diferenciada, mantendo a obrigação de recolhimento previdenciário patronal de acordo com as regras contidas no art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

Assim se dá relativamente às atividades contidas no Anexo IV da LC, nos termos do parágrafo 5º-C do artigo 18 da LC 123/2006, com redação dada pela LC 128/2008, que são: construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores; e serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

68

Impróprio, portanto, também sob esta ótica, cogitar de efeitos retroativos da legislação citada, na medida em que o SIMPLES FEDERAL implicava na isenção de tais contribuições previdenciárias.

Esclareça-se, por fim, que nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, a intimação dos atos administrativos deve ser feita ao sujeito passivo e, quando postal, dirigida ao domicílio por ele eleito, sendo inviável o pleito de que as intimações sejam dirigidas ao patrono da recorrente.

Diante deste contexto, VOTO por negar provimento ao recurso voluntário e reconheço a validade do Ato Declaratório Executivo DRF/UBE nº 057, de 23/09/2008 (fl. 50), que excluiu a contribuinte da sistemática do SIMPLES FEDERAL de 26/01/2006 a 30/06/2007.



EDELI PEREIRA BESSA - Relatora