



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11060.000128/2007-60
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-006.510 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 09 de março de 2023
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SOS MONITORAMENTO DE ALARMES LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 134 NO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

Tendo em vista que a decisão recorrida afastou a exclusão da contribuinte do Simples Federal com fundamento na Súmula CARF nº 134 (*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*), o conhecimento do recurso especial resta prejudicado à luz das normas regimentais do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Ausente a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls. 796/801) interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) em face do Acórdão nº **1402-005.438** (fls. 747/767), o qual deu provimento ao recurso voluntário com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Ano-calendário: 2002

SÚMULA CARF nº 134. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. EFETIVA EXECUÇÃO.

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.

No seu Apelo, a PGFN sustenta que tal decisão divergiria dos Acórdãos nºs **1101-000.728** e **3802-00.028**.

Despacho de fls. 805/810 admitiu o Apelo nos seguintes termos:

(...)

No presente caso a contribuinte foi excluída do Simples Federal em razão de que, no transcorrer do período fiscalizado (01/2003 a 09/2006), seu contrato social previa o exercício de atividade vedada, qual seja, prestação de serviços de portaria e monitoramento de alarmes em prédios residenciais e comerciais. Após a exclusão, formalizou-se lançamentos para exigir os seguintes tributos: IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, e Contribuições para a Seguridade Social neste mesmo processo e em autos apensados de nº 11060.003140/2008-15 e 11060.003139/2008-82. O relatório que antecede os votos explica que a contribuinte não apresentou argumentos que negassem o exercício da atividade vedada, seja em sede de manifestação de inconformidade ou de recurso voluntário, mas apenas acusou de ilegal e nulo o procedimento de exclusão.

O voto vencido observou que além de a contribuinte não ter negado o exercício da atividade vedada, os autos teriam sido instruídos com notas fiscais que acusavam que os serviços prestados, na maior parte, foram descritos como “serviços de portaria”, que seria prática vedada pela legislação.

De outro giro, o voto vencedor sustentou que *Não houve por parte da fiscalização a busca de outros elementos que comprovassem a execução da atividade da prestação de serviços de vigilância. O ato declaratório deu-se com base na representação na atividade constante do contrato social da recorrente.* Além disto, considerou que a atividade efetivamente desenvolvida pela contribuinte fora o serviço de portaria, que não se confundiria com o de vigilância, e não impediria a opção pelo regime do Simples.

O primeiro paradigma - Acórdão nº 1101-000.728 – cuja ementa já se encontra transcrita neste despacho, linhas acima, pode ser compulsado no sítio do CARF e foi reformado parcialmente, mas não na parte que aproveita à argumentação da Recorrente, de modo que, sob o aspecto formal, pode servir como paradigma.

Naquele caso, em decorrência de representação do INSS, o sujeito passivo havia sido excluído do Simples Federal por força do exercício de atividades de locação de mão-de-obra, vedada à opção. Em sede de manifestação de inconformidade o sujeito passivo contestou a legalidade do procedimento de exclusão por violar diversos princípios. Na

esfera recursal, buscou descaracterizar suas atividades como locação de mão-de-obra, relacionando um rol de outras atividades que afirmou praticar. O voto condutor, contudo, observou que o sujeito passivo, ao pretender mostrar que praticaria outros serviços, acabou por admitir o exercício de outras atividades que considerou vedadas, como os serviços de portaria, zeladoria, limpeza e vigilância.

É o que se extrai do seguinte trecho do voto, com destaques acrescidos:

[...]

Ora, parece incontroverso que a empresa desenvolvida pela interessada se subsume, sim, parcialmente, à hipótese do citado artigo 9º, inciso XII, alínea “f”, da Lei nº 9.317/96, reproduzido pelo artigo 20, inciso XI, alínea “e”, da Instrução Normativa SRF nº 608/06.

*O ADE extrusor, ao transcrever o dispositivo normativo pertinente, extraído da estresida IN, proibitivo da manutenção da recorrente no regime beneficiado de recolhimento e apuração, negritou a expressão “locação de mão-de-obra, dando a entender que esta era a razão primeira do desenquadramento operado. Por esse motivo, então, as tentativas recursais se adstringiram a buscar desqualificar esta caracterização, sem se preocupar com o fato de se estar **confessando, simultaneamente, a oferta de “serviços de limpeza” e de “serviços de vigilância” (portaria e zeladoria), igualmente vedados pela legislação regente.***

Obviamente, tudo isso não implicou em qualquer prejuízo ao sujeito passivo, uma vez que o fundamento legal de seu expurgo junto ao Simples Federal remanesceu, de toda forma, o mesmo – é dizer, permaneceu sendo o artigo 9º, inciso VII, alínea “f”, da Lei nº 9.317/96, de feição idêntica ao do artigo 20, inciso XI, alínea “e”, da Instrução Normativa SRF nº 608/06.

[...]

Neste paradigma, como se vê, considerou-se que os serviços de portaria e zeladoria equivalem a serviços de vigilância, cuja prática é vedada para as empresas que optaram pelo Simples Federal. De outro giro, no acórdão recorrido o voto vencedor entendeu que serviços de zeladoria não são vedados para a opção e manutenção no Simples Federal. Este paradigma, portanto, caracteriza a divergência jurisprudencial suscitada.

A ementa do segundo paradigma - Acórdão nº 3802-00.028 – também já se encontra transcrita neste despacho. A decisão pode ser obtida no sítio do CARF e não se encontra reformada.

Em decorrência de representação feita pela auditoria fiscal do INSS a empresa contribuinte fora excluída do Simples Federal por praticar atividade vedada - cessão de mão-de-obra, apurada durante fiscalização junto à sua cliente, e confirmada pelo Secat da DRF em Curitiba/PR. Em manifestação de inconformidade o sujeito passivo alegou que os serviços de portaria constantes de seu objeto social consistiriam em manutenção das catracas e aparelhos de cartão ponto, bem como fornecimento de peças para os referidos aparelhos. Alegou ser equivocado o entendimento de que cede porteiros, agentes de portaria, recepcionistas.

O voto proferido neste paradigma delimitou o deslinde da questão em definir se a atividade de prestação de serviços de locação de mão-de-obra elencados no inciso XII, "f" do art. 9º, da Lei nº 9.317/96, está, efetivamente sendo prestado pela recorrente, na forma como dá conta o objetivo social da empresa, "Serviços de Portaria". Encampando a mesma tese defendida no paradigma anterior, esta decisão assentou que as notas fiscais apresentadas registraram “serviços de portaria” e, nessas condições, a prática de atividade vedada. É o que consta dos seguintes excertos do voto:

[...]

A recorrente alega em seu recurso (f1.50), que por entendimento de Serviços de Portaria está implícito muitas formas de atividades, entre elas estão as que a executada realiza, como a supervisão, manutenção e conservação de equipamentos utilizados em portaria, e complementa; "Dessa forma, a empresa não pode ser excluída do Simples pela alegação de que presta locação de mão - de — obra." (f1.51)

Inobstante, pela leitura dos documentos anexados aos autos, depreende-se que a notas fiscais de Prestação de Serviços, de n's 003 a 007, todas emitidas em 2003 não a

socorrem, considerando que não especificam quais os serviços que foram prestados, objetos da emissão daqueles documentos fiscais de forma

Documentos outros, não foram carreados aos autos de forma a corroborar com saciedade a afirmativa constante à ff 50.

[...]

Dessa forma, os serviços que a empresa se dispôs a prestar (Serviços de Portaria), constante de seu Contrato Social, vem de afrontar ditame expresso na norma de regência, considerando o impedimento constante no inciso XII, "f", do art. 9º, da Lei nº 9.317/96.

Este paradigma é apto a caracterizar a divergência pois encampou o entendimento de que os serviços de portaria implicam em atividade vedada para opção e manutenção no Simples Federal.

Diante do exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho seja **DADO SEGUIMENTO** ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Chamada a se manifestar, a contribuinte permaneceu silente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento ou não dos demais requisitos para conhecimento, os quais estão previstos no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015) e parcialmente transcrito a seguir:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

(...)

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

(...)

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

(...)

§ 8º A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

(grifamos)

Como se percebe, é imprescindível, sob pena de não conhecimento do recurso, que a parte recorrente demonstre, de forma analítica, que a decisão recorrida diverge de outra decisão proferida no âmbito do CARF.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontradas pelos acórdão confrontados.

Como já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.

Além da caracterização da divergência jurisprudencial, as regras regimentais acima transcritas ainda estabelecem que não cabe recurso especial (i) contra decisão fundamentada em Súmula do CARF, bem como (ii) quando à matéria não prequestionada.

Nesse ponto, cumpre inicialmente observar que o *Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial* do CARF (Versão 3.1. Dez. 2018) registra expressamente que “há casos de matérias que são decididas aplicando-se fundamentos diversos autônomos, de sorte que qualquer um deles, isoladamente, é apto a fundamentar a conclusão do voto sobre aquela matéria. Nesse caso, o seguimento da matéria à Instância Especial pressupõe a demonstração de divergência jurisprudencial acerca de todos os fundamentos”.

E sobre o “prequestionamento”, referido Manual esclarece que:

2.2.1 Prequestionamento

No caso de Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo, a matéria tem de ser prequestionada, ou seja, no acórdão recorrido tem de haver manifestação sobre ela. Caso isso não ocorra, deve ser negado seguimento ao recurso, no que tange ao tema não prequestionado (§5º, do art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015).

Embora referido dispositivo só exija do sujeito passivo a demonstração de prequestionamento, isto não significa que a Fazenda Nacional possa apresentar recurso especial acerca de matéria não tratada no acórdão recorrido, pois a demonstração da divergência exige, necessariamente, que a matéria tenha sido examinada pelo Colegiado recorrido.

A divergência pode ser extraída pelo cotejo dos votos condutores dos julgados em confronto, ou das respectivas ementas, desde que estas traduzam efetivamente o que restou decidido nos acórdãos. Os relatórios dos acórdãos recorrido e paradigma também

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

podem ser cotejados, quando esse cotejo seja útil à demonstração de similitude fática entre os julgados.

Entretanto, se o examinador, para aferir a divergência, tiver de recorrer a outras peças do processo (Recurso Voluntário, Impugnação, Auto de Infração etc.), já é um sinal de que não houve prequestionamento.

Observe-se que o sujeito passivo pode ter suscitado a matéria em sede de Recurso Voluntário. Entretanto, se o voto vencedor do acórdão recorrido silenciou sobre o tema, sem que o sujeito passivo tenha oposto os necessários Embargos de Declaração para suprir a omissão, considera-se que não houve o prequestionamento. Isso porque não há como efetuar o confronto entre recorrido e paradigma, se o recorrido sequer se pronunciou sobre a matéria suscitada.

Pois bem.

Nessa situação particular, cumpre observar, primeiramente, que o voto vencido do acórdão ora recorrido registra que:

Compulsando os autos, em análise detida, verifico que o Parecer DRF/STM/Sacat nº 61, de 13/02/2007 (efls. 368/370), que fundamentou o ADE de exclusão (efl. 371/372), contextualiza que foi utilizado basicamente o que consta no objeto social para promover tal exclusão. Tal parecer se valeu da *representação fiscal – exclusão do simples* (em 19/01/2007 - efl. 348) para tanto, que a motivação foi decorrente de tal situação – atividade econômica vedada que consta no objetivo social do contrato social e alterações.

Ou seja, a exclusão do simples federal, com efeitos a contar de 01/01/2002 se deu basicamente pelo contrato social e a atividade ali constante.

Na sua defesa da exclusão do simples federal, apresentada através de *SRS – solicitação de revisão da exclusão do simples*, recebida em 27/03/2007, não há nenhuma defesa do mérito da questão, cingindo-se basicamente na questão de que o ADE não se prestaria a tal exclusão, e sim por lei ordinária.

Frisa-se: em nenhum momento há contestação do exercício da atividade pela qual é imputada.

(...)

Paralelo a isso, temporalmente falando, temos nos autos, o relatório de fiscalização, para autuação dos valores declarados no simples federal, lavrado em 25/09/2007, e cientificado em 01/10/2007, em há menção explícita do exercício do contribuinte de atividade vedada. Tal procedimento fiscalizatório, para todos os atos no processo, teve início através do *termo de início de fiscalização* cientificado em 01/11/2006.

Depois de promovida a exclusão, ocorre a autuação fiscal das receitas declaradas no simples federal, agora no lucro real. Tal procedimento fiscalizatório teve início antes da exclusão do simples federal – termo de início datado de 01/11/2006. Tais informações foram extraídas com base na documentação fiscal e contábil do contribuinte, incluindo várias notas fiscais (efls. 130 e segs), que comprovariam a atividade vedada.

Exemplificativamente, a nota fiscal nº 1905 (efl. 130), tem a seguinte descrição da atividade: *referente a serviço de portaria no mês de fevereiro*. Nota fiscal emitida em 11/02/2003.

E assim são as notas fiscais seguintes, até a e-fl. 143, todas com praticamente a mesma descrição da atividade.

Ou seja, há elementos comprobatórios nos autos da efetiva execução da atividade vedada. E frise-se, em nenhum momento o contribuinte contestou este exercício.

Assim, de antemão, não vislumbro no presente processo a aplicação da súmula CARF nº 134, se algum dos pares deste colegiado suscitar tal questão.

Há a eventual discussão nos autos dos termos que geraram o ADE do simples federal, em que há o teor que foi uma atividade vedada, mas depois confirmada com elementos probatórios desta atividade, e, também, o aspecto que em nenhum momento o contribuinte questionou nos autos do não exercício desta atividade vedada – inclusive, pelo contrário.

(...)

Já do voto vencedor extrai-se que:

Observa-se que trata-se de uma exclusão de ofício do regime do Simples Federal, com base na atividade descrita no contrato social, cuja efetiva execução não foi comprovada, portanto aplicável a Súmula CARF nº 134:

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.

Não houve por parte da fiscalização a busca de outros elementos que comprovassem a execução da atividade da prestação de serviços de vigilância. O ato declaratório deu-se com base na representação na atividade constante do contrato social da recorrente.

Data vênua o decidido no acórdão recorrido, entende-se que a partir dos documentos acostados aos autos (contratos de prestação de serviço e notas fiscais) que a atividade efetivamente desenvolvida pela recorrente é o serviço de portaria.

Ante a ausência de comprovação da efetiva prestação de serviços de vigilância, verifica-se que se trata de simples prestação de serviço de portaria, cuja atividade não impede a opção do contribuinte pelo regime do Simples.

Como se nota, o acórdão ora recorrido deu provimento ao recurso voluntário da contribuinte com base em dois fundamentos: **(i)** um, digamos, *principal*, consistente na aplicação da Súmula CARF nº 134, sob a premissa de que a exclusão de ofício do regime do Simples Federal teria ocorrido apenas com base na atividade descrita no contrato social, mas cuja efetiva execução não foi comprovada pela fiscalização; e **(ii)** um *subsidiário*, qual seja, o de que serviço de portaria prestado pela contribuinte sequer impediria a opção pelo regime simplificado de tributação.

Trata-se o acórdão recorrido, portanto, de decisão proferida com base em entendimento sumulado.

Tendo isso em vista, e considerando que não houve oposição de embargos de declaração pela PGFN, que inclusive não motivou qualquer alegação contrária à aplicação da referida Súmula no recurso especial, recurso este que, aliás, suprimiu o trecho da invocação desse verbete sumular na parte transcrita da decisão recorrida (vide fls. 797/798), o seu conhecimento resta prejudicado à luz das normas regimentais deste E. Conselho.

Conclusão

Pelo exposto, não conheço do Recurso Especial.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Fl. 8 do Acórdão n.º 9101-006.510 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 11060.000128/2007-60