



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	11060.002104/2004-01
Recurso n°	134.547 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	302-38.205
Sessão de	9 de novembro de 2006
Recorrente	BANDEIRA E SILVA LTDA.
Recorrida	DRJ-SANTA MARIA/RS

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

Exercício: 2002

Ementa: Tendo sido assegurado ao contribuinte o direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente previstos, não há que se falar em nulidade do processo administrativo.

No mérito, não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que presta serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra (art. 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei nº 9.317/96).

Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27/07/2001, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002 (art. 24, parágrafo único, II, da IN SRF nº 355, de 29/08/2003).

Na hipótese, a empresa está enquadrada no inciso XI, optou por aquele Sistema em 16/05/2001 e dele foi excluída em 2004.

PRELIMINAR REJEITADA

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

EMULCH

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar argüida pela recorrente e no mérito, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da relatora.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Corinho Oliveira Machado, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Luis Antonio Flora. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

O Contribuinte acima identificado recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL DO INSS

Em ação fiscal desenvolvida junto à empresa Mineração Mônego Ltda. (tomadora), a Fiscalização da Previdência Social verificou que a mesma tomou os serviços da empresa BANDEIRA & SILVA LTDA. (prestadora) e, tendo constatado a situação de vedação/exclusão à opção pelo SIMPLES, formalizou Representação Fiscal à Secretaria da Receita Federal, em 02/07/2003, com base no art. 15, § 4º, da Lei nº 9.317/1996, na redação da Lei nº 9.732/1998.

Nesta Representação, informou: (a) que a empresa “prestadora” optou pelo SIMPLES em 16/05/2001; (b) que a “prestadora” realiza operações de prestação de serviços de vigilância, prevista no item XII, “f”, do art. 9º da Lei nº 9.317/1996; (c) que não havendo apresentação da defesa no prazo regulamentar ou após a decisão em última instância administrativa, cópia do ato declaratório de autoridade fiscal da SRF que jurisdicione o contribuinte deverá ser encaminhada ao INSS.

Instruiu a Representação com as cópias das Notas Fiscais de Serviços de fls. 03 a 08.

DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO

Em 22/11/2004, o Delegado da Receita Federal em Santa Maria/RS emitiu o Ato Declaratório Executivo (Comunicação de Exclusão) de fl. 13, fundamentado no art. 9º, XII, “f”, da Lei nº 9.317/96, e no art. 20, XI, “e”, da Instrução Normativa SRF nº 355/2003. A exclusão em questão foi declarada a partir de 01/01/2002.

DA SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO

Cientificada em 09/12/2004 (AR à fl. 14), a Interessada apresentou a Solicitação de Revisão de Exclusão do SIMPLES – SRS de fls. 18/19, argumentando, em síntese, que:

- O inciso IX do art. 150 da CF expressa que as Empresas de Pequeno Porte devem ter tratamento favorecido.
- O art. 179 da CF dispõe que as Empresas de Pequeno Porte terão suas obrigações tributárias simplificadas, o que foi concretizado por meio do SIMPLES.
- O Ato Declaratório de Exclusão foi efetuado com base em Representação Administrativa do INSS, sendo que o contribuinte questiona o porquê de não ter sido comunicado de tal processo por aquele Instituto e, ainda, se não pode haver defesa ou explicação dos fatos ocorridos naquela esfera.

EMMA

- Indaga porque o INSS solicita à SRF sua exclusão do SIMPLES, baseado apenas em fiscalização efetuada em outra empresa, a qual contratou o contribuinte para prestar apenas uma de suas atividades comerciais, uma vez que este último exerce várias outras atividades, conforme parágrafo terceiro de seu Contrato Social.
- O Interessado, em alguns casos, faz o Monitoramento de Portarias de Empresas temporariamente, e nunca a prestação de serviços de vigilância.
- O art. 20, IX, da IN SRF nº 355/2003, não é totalmente claro para o Contribuinte, pois o mesmo não faz vigilância e, sim, monitoramento de portarias.
- Enquanto no SIMPLES, o Contribuinte cumpriu rigorosamente com suas obrigações tributárias.
- A exclusão efetuada com data retroativa trará sérias dificuldades operacionais para a empresa, pelas dificuldades de caixa que caracterizam a situação das Pequenas Empresas.
- Requer, assim, a revisão de sua exclusão.

Instruiu a SRS com cópia do Instrumento de Contrato Social da empresa e Alteração (fls. 22 a 25 e 26), entre outros documentos.

A SRS não foi analisada pela Delegacia da Receita Federal em Santa Maria/RS, tendo sido encaminhada diretamente à DRJ em Santa Maria/RS.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 17 de junho de 2005, os I. Julgadores da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Santa Maria/RS, por unanimidade de votos, indeferiram o pleito da Interessada, proferindo o ACÓRDÃO SIMPLIFICADO DRJ/STM Nº 4.204 (fls. 35 a 40).

Em síntese, foram os seguintes os fundamentos que nortearam o Acórdão exarado:

- *Conforme cláusula terceira do Contrato Social, o objetivo da sociedade é: (a) venda a varejo e comercialização de alarmes, sistema de segurança e automotivas, novas e usadas, manutenção, locação de mão-de-obra ou assemelhados com supervisão da locadora; (b) comércio de produtos de informática e manutenção em equipamentos dessa natureza; (c) telefonia, manutenção e reparo em aparelhos telefônicos e equipamentos de segurança e vigilância, cabos telefônicos em postes, serviços de instalação; e (d) entulho, aluguel de caçamba e transporte de entulho.*
- *Nas Notas Fiscais anexas à representação do INSS, a discriminação dos serviços é a seguinte: "Monitoramento prestado na fábrica. Horário das 19:00 h às 7:00 h (NF nº 003, 006, 013, 016, 019, 028)".*
- *Na SRS, a Contribuinte diz que a atividade que exerce é de "monitoramento de portarias de empresas" e, nunca, de "prestação de serviços de vigilância".*

Emulh

- *Ou seja, para a Interessada, estas duas atividades não se confundem.*
- *O nome fantasia da empresa é SEGURISUL e, entre os objetivos sociais, encontra-se a venda de sistemas de segurança e locação de mão-de-obra nessa área.*
- *"Monitorizar" tem, como sinônimo, o verbo "controlar", que significa "exercer o controle". No caso, este controle significa "Fiscalização exercida sobre a atividade de pessoas, órgãos, departamentos, ou sobre produtos, etc., para que tais atividades, ou produtos, não se desviem das normas pré-estabelecidas".¹*
- *Nos termos da Representação do INSS, os serviços prestados na portaria da empresa Mineração Mônego Ltda. seriam de vigilância.*
- *Na hipótese, a contribuinte exerce monitoramento (controle) na portaria de outra empresa, ou seja, controla o fluxo de pessoas e/ou produtos. Em outras palavras, exerce vigilância sobre este fluxo, para que nenhuma pessoa e/ou produto transite pela mesma sem a devida autorização.*
- *Ressalta-se, ainda, apenas a título de argumentação, que são empregados da SEGURISUL que trabalham na Mineração Mônego Ltda., atividade com características de locação de mão-de-obra, também vedada à opção pelo SIMPLES.*
- *Se a Interessada cumpriu com as obrigações tributárias ou se a exclusão lhe vai trazer dificuldades, como argumenta, são questões particulares e específicas à mesma, que não afastam sua exclusão do SIMPLES, sendo que a análise desta matéria não é da competência das Delegacias da Receita Federal de Julgamento.*

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da decisão de primeira instância em 13 de dezembro de 2005, a Contribuinte apresentou, em 10 de janeiro de 2006, tempestivamente, por procurador regularmente constituído (instrumento à fl. 50), o recurso de fls. 43/49, alegando, em síntese, que:

1. **PRELIMINARMENTE:** Do Ato de Exclusão – Nulidade por Cerceamento do Direito de Defesa. A Recorrente foi excluída do SIMPLES em decorrência de alegada "prestação de serviços de vigilância", conforme Representação do INSS. Não foi a ela permitida qualquer chance de insurreição, nem tampouco oportunizada a produção de qualquer prova para contradizer a afirmação da fiscalização daquele Instituto, a qual é inverídica, pois não presta serviços de vigilância, inclusive por impossibilidade legal (Lei nº 7.102/83). Assim, devido ao evidente cerceamento do direito ao contraditório e ampla defesa, decorre a nulidade daquela Representação, o que contamina todo o processo administrativo, havendo a necessidade de declarar sua nulidade.

¹ (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Ed. Nova Fronteira, 2ª edição revista e aumentada, 29ª impressão, 1994, Rio de Janeiro, RJ.)

EMMA

2. NO MÉRITO.

- A - A Lei nº 7.102/83, alterada pela Lei nº 9.017/95, que regula a prestação de serviços de vigilância no território nacional, em seu art. 10, expressa que: “Art. 10 – São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I – proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos e privados, bem como a segurança de pessoas físicas; II – realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga. (...)”.
- B - O art. 13 da citada Lei dispõe que “O capital integralizado das empresas especializadas não pode ser inferior a cem mil Ufirs.”
- C - O art. 14, por sua vez, determina que “São condições especiais para que as empresas especializadas operem nos Estados, Territórios e Distrito Federal: I- autorização de funcionamento concedida conforme o artigo 20 desta Lei; e II – comunicação à Secretaria de Segurança Pública do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.”
- D - Segundo o art. 17, temos que: “O exercício da profissão de vigilante requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, que se fará após a apresentação dos documentos comprobatórios das situações enumeradas no artigo anterior.”
- E - Finaliza o art. 20, dispondo que; “Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e Distrito Federal: I – conceder autorização para o funcionamento: a) das empresas especializadas em serviços de vigilância (...)”
- F - A Recorrente não preenche os requisitos acima elencados, motivo pelo qual não pode ser considerada Empresa Prestadora de Serviços de Vigilância.
- G - Os serviços de monitoramento de portarias não se confundem com a prestação de serviços de vigilância.
- H - O Acórdão recorrido contraria o art. 108 do CTN, que permite a analogia somente na ausência de disposição expressa sobre a matéria.
- I - Por outro lado, o art. 110 do mesmo CTN estabelece que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas e direito privado”, assim, é inválida a decisão administrativa que desconsidera os conceitos da Lei nº 7.102/83, para definir o que seja “prestação de serviços de vigilância”.
- J - Ademais, o fato de a Recorrente usar o nome fantasia “Segurisol” decorre do fato de comercializar produtos e sistemas de segurança, conforme expresso em seu contrato social.
- K - Também não se pode presumir que os serviços de monitoramento de portarias tenham características de locação de mão-de-obra, pois além de não haver subordinação entre seus empregados e a empresa contratante dos serviços, a atividade de monitoramento de portarias não se enquadra nas disposições da Lei nº 6.019/74, que dispõe sobre a

EMMA

locação de mão-de-obra. Ou seja, mais uma vez o julgador “a quo” utilizou-se da analogia para alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos de direito privado, mesmo havendo legislação expressa sobre a matéria.

- L - Se eventualmente fosse permitido à Autoridade Tributária considerar a Recorrente como prestadora de serviços de vigilância, mesmo em desacordo com a legislação que regula a atividade, haveria a tributação de ato ilícito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico nacional (art. 3º, CTN).
- M - Na hipótese, a empresa paga seus tributos porque pratica atos e realiza negócios lícitos, preenchendo determinadas condições que são signo presuntivo de renda ou de capital.
- N - Paralelamente, em respeito ao princípio da eventualidade, a exclusão da empresa do SIMPLES surtirá efeitos somente a partir de janeiro de 2005, uma vez que a mesma somente tomou ciência do ato de exclusão em 09/12/2004, nos termos do inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/96, na redação dada pela Lei nº 9.732/98. Inaplicável, no caso, a IN SRF nº 355/2003, pois nenhuma disposição infralegal pode afastar a aplicação de ato legal hierarquicamente superior (lei).
- O - Finaliza requerendo: (i) o recebimento de seu recurso; (ii) a declaração de nulidade do ato de exclusão do SIMPLES, seja porque o procedimento administrativo não obedeceu ao contraditório e à ampla defesa, seja porque a atividade desenvolvida pela empresa não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 9º da Lei nº 9.317/96; (iii) caso mantido o ato de exclusão, o que se admite apenas para feitos de argumentação, que seus efeitos sejam declarados apenas a partir de janeiro de 2005, conforme art. 15, II, da Lei nº 9.317/96, na redação da Lei nº 9.732/98.

Foram os autos encaminhados ao Terceiro Conselho de Contribuintes, para julgamento (fl. 51).

O processo foi distribuído a esta Conselheira, em 24/08/06, numerado até a folha 52 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Colegiado.

É o Relatório.



Voto

Conselheira Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Relatora

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

O processo que nos é submetido à análise trata-se de exclusão de empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – Simples, tendo em vista a atividade econômica por ela desenvolvida, com base no art. 9º, inciso XII, alínea “f”, da Lei nº 9.317/96, bem como no art. 20, XI, alínea “e”, da IN SRF nº 355/2003.

De plano, verifica-se que, conforme descrito na cláusula 3 do Instrumento Particular de Contrato Social da empresa, registrado na Junta Comercial do Rio Grande do Sul em 16/05/2001, *“a sociedade terá como objetivo a venda a varejo e comercialização de alarmes, sistema de segurança e monitoramento, venda a varejo e comercialização de peças automotivas novas usadas e manutenção, locação de mão-de-obra ou assemelhados com supervisão da locadora, comércio de produtos de informática e manutenção em equipamentos dessa natureza, telefonia manutenção e reparos em aparelhos telefônicos e equipamentos de segurança e vigilância, cabos telefônicos em postes serviços de instalação, entulho, aluguel de caçamba e transporte de entulhos.”* (fl. 23)

O Ato Declaratório Executivo de Exclusão – AD Extra-SIVEX Nº 024/2004 (fl. 13) – foi emitido em face de Representação Administrativa da Gerência Executiva da Previdência Social em Santa Maria/RS, segundo a qual o contribuinte exerce atividade incompatível com a opção pelo SIMPLES, no caso, *“prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra.”*

A exclusão foi mantida em primeira instância administrativa de julgamento.

No recurso interposto, em sede de **PRELIMINAR**, a Interessada argüi nulidade daquela Representação por cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, o que entende ter contaminado todo o processo administrativo, o qual, em sua opinião, deve ser declarado nulo.

Fundamenta essa arguição no fato de que, na ação fiscal desenvolvida pelo INSS, não lhe ter sido dada qualquer chance de insurreição, nem tampouco ter sido oportunizada a produção de qualquer prova para contradizer a afirmação de que *“presta serviços de vigilância.”*

Para esta Relatora, a preliminar argüida deve ser rejeitada, uma vez que é a Secretaria da Receita Federal que detém a competência para administrar o SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, sendo que a fiscalização desenvolvida pelo INSS, entre outros objetivos,

Emilk

subsídia citada administração e, neste processo, foi totalmente assegurado ao contribuinte o direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente previstos.

Acrescente-se, por oportuno, que o § 4º, do art. 15, da Lei nº 9.732, de 11/12/98, que alterou dispositivos da Lei nº 9.317/96, determina que *“os órgãos de fiscalização do Instituto Nacional de Seguro Social ou de qualquer entidade conveniente deverão representar à Secretaria da Receita Federal se, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, constatarem hipótese de exclusão obrigatória do SIMPLES, em conformidade com o disposto no inciso II do art. 13.”*

Isto posto, rejeito a preliminar em questão.

No mérito, defende-se a empresa argumentando que não exerce atividade de prestação de serviços de vigilância, até mesmo porque lhe é vedado pela legislação vigente, no caso, pela Lei nº 7.102/83, alterada pela Lei nº 9.017/95.

Ocorre que a Lei nº 7.102/83 trata, especificamente, da *“segurança para estabelecimentos financeiros”*, estabelecendo normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

O citado ato legal se dirige, especificamente, a estabelecimentos financeiros (bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupanças, suas agências, subagências e seções) onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, dispondo que seu funcionamento é vedado se o mesmo não possuir *“sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei.”* (art. 1º da Lei nº 7.102/83, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 9.017/95).

Em outras palavras, tanto a Lei nº 7.102/83, quanto as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 9.017/95, têm por objeto *“sistema de segurança para estabelecimentos financeiros”, “serviços de vigilância ostensiva” e “transporte de valores/numerário”, inclusive prevendo penalidades para aqueles estabelecimentos que não cumprirem as determinações nelas estabelecidas e determinando que “as empresas especializadas em prestação de serviços de vigilância e de transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, serão regidas por esta Lei, e ainda pelas disposições das legislações civil, comercial e trabalhista.”*

E é por esse motivo que aqueles atos legais se reportam ao Ministério da Justiça, ao Departamento de Polícia Federal, às Polícias Militares e às Secretarias de Segurança Pública.

Mais ainda, o art. 15 da Lei nº 7.102/83 define que *“vigilante, para os efeitos esta Lei, é o empregado contratado por estabelecimentos financeiros ou por empresa especializada em prestação de serviço de vigilância ou de transporte de valores, para impedir ou inibir ação criminosa.”* (grifei)

E por se tratar de sistema de segurança e de vigilância de estabelecimentos financeiros e de transporte de valores/numerário, é que aqueles atos legais estabelecem regras em relação à propriedade e à administração daquelas empresas especializadas, a seus diretores e demais empregados e ao capital integralizado das mesmas, entre outras disposições.

EMULCA

Claro está que aqueles atos legais têm finalidade específica, que é a garantia patrimonial intrínseca aos estabelecimentos financeiros e ao transporte de valores/numerário, não alcançando as empresas que prestam serviços de vigilância ali não abrigados.

Na hipótese dos autos, a empresa Recorrente presta serviços de monitoramento de portarias de empresas, que não podem ser confundidos com os acima descritos.

Não se trata, aqui, de uso da analogia. Aliás, este instituto nem poderia ser utilizado, uma vez que os serviços de vigilância de estabelecimentos financeiros e de transporte de valores não podem ser igualados aos demais serviços de vigilância.

Atente-se, ainda, ao fato de o nome fantasia da empresa Recorrente ser SEGURISUL, além de a mesma comercializar produtos e sistemas de segurança, realizando o monitoramento de portarias de empresas.

As próprias Notas Fiscais de Serviços que instruíram a Representação Fiscal do INSS comprovam que a empresa Recorrente realiza este serviço, em horários pré-estabelecidos e por períodos mensais.

Quanto ao argumento de que os serviços de monitoramento de portarias não têm características de locação de mão-de-obra, por não haver subordinação entre os empregados da Recorrente e a empresa contratante dos serviços, o mesmo também labuta contra a Interessada, uma vez que, se houvesse esta subordinação, aqueles empregados seriam da própria contratante. Exatamente porque esta subordinação dá-se com a SEGURISUL é que se caracteriza a locação de mão-de-obra desta para a contratante.

O art. 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei nº 9.317/96, estabelece, verbis:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

.....
XII - que realize operações relativas a:

.....
f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;"

Confrontando-se a atividade exercida pela interessada com o dispositivo legal transcrito, verifica-se que havia efetivamente a impossibilidade de opção pelo Simples, uma vez que ficou caracterizada não somente a prestação de serviços de vigilância, como também a atividade de locação de mão-de-obra, ambas vedadas naquela sistemática simplificada de tributação.

Para finalizar, quanto aos efeitos da exclusão, nos exatos termos previstos pelo art. 20, XI, "e" da IN SRF nº 355/2003, os mesmos dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31/12/2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

Isto porque a empresa optou pelo Simples em 16/05/2001, encontra-se abrigada no inciso XI do art. 20 da IN SRF nº 355/2003 e foi excluída daquele Sistema em 2004.

EMMA

Na hipótese, não pode ser aplicada a retroatividade da Lei nº 11.196/2005 porque a empresa não se abriga na situação prevista no art. 15, VI, daquele Diploma, e, sim, no art. 15, II.

Diante do exposto, rejeito a preliminar argüida e nego provimento ao recurso, prejudicados os demais argumentos.

Sala das Sessões, em 9 de novembro de 2006



ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora