



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12269.000754/2010-88
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.612 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 2 de setembro de 2020
Recorrente GOMES & CORTINA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO PRECISA DA ATIVIDADE VEDADA. NULIDADE.

É nulo do ato administrativo de exclusão do Simples que não informa qual atividade vedada está sendo atribuída à pessoa jurídica, sendo insuficiente a mera transcrição do artigo 9, alínea “f” da lei 9.317/1996, que possui diversas atividades econômicas, algumas tão diversas entre si (limpeza e vigilância). Prejudica o direito de defesa o ato de exclusão que se baseia em trabalho da fiscalização que somente apresenta conclusões desprovidas de demonstrações, correlações e análise das provas juntadas nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

((Assinado Digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

((Assinado Digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela Delegacia Regional de Julgamento, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

O processo administrativo tem início com a informação fiscal de fls. 02 a 03 e documentos de fls. 05 a 17, quando se indica que a atividade econômica da empresa seria "zeladoria", atividade esta não permitida para o Simples, conforme previsto na alínea "f", inciso XII do art. 9º da Lei n.º 9.317, de 1996.

Em 08 de julho de 2010, o Ato Declaratório Executivo DRF/POA n.º 148, de fls. 20, acata os argumentos da peça inicial e determina a exclusão da empresa "Gomes & Cortina Ltda" do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples, a partir de 01 de julho de 2003.

Inconformado com o procedimento fiscal do qual teve ciência via postal em 05 de outubro de 2010, fls. 29, apresentou impugnação em 21 de outubro de 2010, argumentando, em síntese, que:

- 1- Não faz locação de mão de obra, apesar de, erroneamente, assim constar no contrato social e no contrato de prestação de serviço feito com a empresa "Gravel Consórcios Ltda". Também não faz limpeza ou vigilância e o trabalho de zelador não é vedado no Simples;
- 2- Os sócios da empresa "Gomes & Cortina Ltda" são advogados, com escritório no endereço da empresa e, após uma tentativa de assalto, contrataram um policial de folga para ficar na entrada do prédio, como um zelador;
- 3- Diante do custo excessivo, os advogados e a empresa Gravel - Administradora de Consórcios Ltda, cuja sede fica no mesmo prédio fizeram uma parceria com a finalidade de partilhar os benefícios e os custos do vigia;
- 4- O INSS, em fiscalização na empresa Gravel não aceitou o pagamento dos serviços prestados pelo vigia, via Recibo de pagamento de Autônomos - RPA, motivo pelo qual foi criada a empresa Gomes & Cortina, em 1998. A partir daí, foram contratados dois vigias civis, com os encargos e tributos atinentes;
- 5- Os serviços somente foram vendidos à Gravel, sob as ordens exclusivas dos sócios da ME, advogados;
- 6- Em 2003 fez uma consulta à ARF Gravataí, sobre a possibilidade de inclusão no Simples. Foi informado que, se não havia locação de mão de obra, mas sim a venda de serviços, poderia se adequar ao Simples, o que foi feito;
- 7- Novamente o INSS foi até a empresa Gravel e informou que os 11% de retenção sobre os serviços prestados deveriam continuar sendo feitos. Apesar de discordar da retenção, reteve para não perder a parceria nos custos do vigia e com medo da autuação; e
- 8- O que importa é a atividade factual (não vedada na lei do Simples: venda de serviços residuais de vigia) e não a fictícia (objeto em seus estatutos: locação de mão de obra).

Requer, ao final, a revogação do Ato Declaratório Executivo que excluiu a ME do Simples.

Em sessão de 10 de fevereiro de 2012(e-fls. 44) a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

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

Data do fato gerador: 01/07/2003

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

A empresa que tem por atividade a prestação de serviços de zeladoria/vigilância e segurança privada está impedida de optar pelo Simples, por força do disposto na alínea “f” do art. 12 da Lei n.º 9.317/1996.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância, o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário (e-fls. 52), no qual expõe os fundamentos de fato e de direito a seguir sintetizados.

Alega que não presta serviço de vigilância mas sim de vigia, atividades que são diferentes e recebem inclusive classificação diversa no âmbito do então Ministério do Trabalho.

A vigilância depende inclusive de autorização da Brigada Militar (Polícia Militar do Rio Grande do Sul), o que não acontece com a atividade de vigia.

Traça assim uma diferença entre vigilante e vigia:

1. O vigilante seria “*aquele que exerce atividades ligadas à segurança de valores ou proteção da integridade física e moral das pessoas*”;
2. O vigia exerce uma “*atividade estática, não especializada, sem vigilância ostensiva e para a qual não se exige preparação especial*”.

Apresenta julgados de tribunais superiores condizentes com sua tese de defesa.

Ao final, pede a revogação do ADE de exclusão visto que não exerce atividade vedada pela lei 9.317/1996.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, o recurso deve ser deferido.

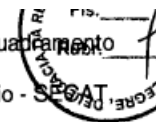
Entendo que antes de analisarmos os argumentos da defesa, devemos focar nossa atenção aos termos da representação para exclusão, o ADE e o Acórdão recorrido.

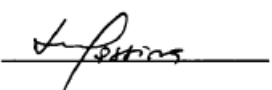
A representação para exclusão do Simples federal de e-fls. 2 deixa claro que a empresa exerce atividade de **zeladoria**. Os elementos de prova são o contrato social, contrato de prestação de serviço e notas fiscais juntadas a partir da e-fls. 5. Tais documentos nos mostram claramente que a empresa foi criada com o objetivo de realizar serviço de zeladoria.

Reproduzimos abaixo o item 4 da representação e sua vinculação com as vedações da lei 9.317/1996:

- 4- O Objeto do contrato de serviços e constante das notas fiscais é de **zeladoria** e realizado nas dependências da empresa contratante.
- 5 - A Lei 9317/96 do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – SIMPLES, prevê, em seu artigo 9º as hipóteses de vedação às empresas à obtenção do benefício do recolhimento simplificado. Na letra "f" do inciso XII deste artigo estão elencadas as atividades relacionadas à prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra.
- 6 - Com base na análise do contrato de prestação de serviços e das notas fiscais apresentadas e confrontando-os com a legislação pertinente, depreende-se que os serviços executados estão entre

as atividades constantes do artigo 9º, e, visto que estes serviços estão vedados ao enquadramento no Sistema simplificado, sugerimos ao Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário - SECAT o desenquadramento no SIMPLES da empresa **GOMES & CORTINA LTDA.**, a partir de **06/03**, com base no art. 9º, inciso XII, letra "f", da Lei n.º 9.317/96.




Ivana Menezes Fassina
AFRFB Matrícula SIAPE n.º 0981006
Deleg. Compet. Port. DRF/POA n.º 144, de 15/5/2009

A Fiscalização não esclarece o que entende por “zeladoria”. Afirma que os serviços executados pela empresa estariam entre as atividades listadas na alínea “f” do artigo 9 da lei 9.317/1996 “vigilância, limpeza e conservação e locação de mão-de-obra”, mas não esclarece qual destas atividades seria equivalente à zeladoria

Até o Ato declaratório de Exclusão (e-fls. 20), o autos processuais **somam vinte páginas**. Entendo que todos os elementos de prova devem (ou deveriam) estar juntados nestas vinte poucas páginas.

A Fiscalização apenas afirma que “*com base na análise do contato de prestação de serviço*” estaria a recorrente exercendo atividade vedada. No entanto, a autoridade fiscal não apresenta o conteúdo desta alegada análise, **apenas a sua conclusão**: a recorrente exerce atividade vedada conforme artigo 9, alínea f da lei 9.317/1996. Não explica e nem demonstra quais elementos dos contratos e notas fiscais provam a sua tese. Se houve alguma análise do contrato de prestação de serviço, com certeza não consta nos presentes autos. Apenas consta a conclusão desta análise.

Desta forma, não há como saber como e porque a Fiscalização chegou a conclusão de que o contrato de prestação de serviço demonstraria que a recorrente exerce alguma das atividades elencadas na alínea “f” do artigo 9 da lei 9.317/1996, e nem ao menos quais destas atividades.

De igual modo, não explica a fiscalização qual o fundamento que liga a atividade de zeladoria à alguma, ou algumas ou talvez todas as atividades elencadas na alínea “f” do artigo 9 da lei 9.317/1996.

O ADE de e-fls. 20 apenas repete a conclusão da Fiscalização ao afirmar que houve “*exercício de atividade econômica vedada — ZELADORIA — contrariando o disposto no art. 90, inciso XII, alínea f da Lei 9.317/96.*”

Novamente não se esclarece se e nem porque o termo “zeladoria” seria equivalente à vigilância, à limpeza e conservação ou à locação de mão-de-obra.

A manifestação de inconformidade demonstra que a recorrente também não tem certeza do lhe acusam. Já no item 1 de sua defesa, passa a negar o exercício de cada a uma das atividades elencadas na alínea “f” do artigo 9:

1. A ME Gomes e Cortina não faz locação de mão-de-obra, apesar de, erroneamente, assim constar no contrato social e no contrato de prestação de serviço feito com a ex-tomadora de serviço, Gravel Consórcios Ltda. Também não faz limpeza ou vigilância. O trabalho de zelador não é vedado no simples;

Apenas no Acórdão recorrido é que houve algum esclarecimento à nossa dúvida acima: com base em Solução de Consulta SRRF/8ª RF/DISIT n.º 234, de 29/08/2005, a atividade de zeladoria seria equivalente à “serviços de vigilância.”, sendo atividade vedada à opção ao Simples federal.

Como se vê, tal conclusão não consta nem da representação e nem do ADE. O acórdão recorrido preencheu a visível lacuna dos argumentos da Fiscalização. Trata-se portanto de inovação inadmissível num processo administrativo que respeita o contraditório e a ampla defesa.

O acórdão recorrido elaborou suas próprias conclusões a partir da leitura do contrato, quando deveria na verdade ter dirigido suas atenções ao ato administrativo de exclusão: ADE (em conjunto com representação para exclusão). A DRJ agiu como órgão de fiscalização, substituindo as conclusões da Representação para exclusão e realizando um trabalho que deveria ter sido realizado pela autoridade competente.

Portanto, entendo que o Ato declaratório de Exclusão é nulo por cercear o direito de defesa da recorrente, pelos motivos acima expostos.

Mas ainda que considere superada a nulidade, vejo como frágil o argumento do Acórdão recorrido pois o trecho transcrito da Solução de Consulta SRRF/8ª RF/DISIT n.º 234, de 29 de agosto de 2005 em nada corresponde ao serviço de serviço de zeladoria. O que se vê no trecho transcrito nas e-fls. 46/47 é a vinculação do serviço de monitoramento com atividade de vigilância. Com a ressalva de que este assunto não é objeto dos presentes autos, entendo que tal conclusão da Solução de Consulta está correta, visto que o monitoramento eletrônico é de fato uma espécie de vigilância. Mas não consta nos autos que a recorrente estaria realizando monitoramento eletrônico, o que torna inaplicável ao caso a referida Solução de Consulta.

Assim, a DRJ, além suprir uma lacuna da fundamentação da autoridade fiscal, ainda o fez utilizando-se de Solução de Consulta inaplicável.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

Rafael Zedral – relator.