



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15754.000002/2011-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.454 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2020
Recorrente R.G.C.E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA LTDA. - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. COMPROVAÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE

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.

Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão (REsp 1.124.507, submetido ao regime do art. 543C, do CPC de 1973).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para determinar os efeitos da exclusão do Simples a partir de fevereiro/2004.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, André Severo Chaves (suplente convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1201-004.454 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 15754.000002/2011-14

Relatório

R.G.C.E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA LTDA. EPP., já qualificada nos autos, interpôs recurso voluntário em face do Acórdão 12-60.589, de 18 de outubro de 2013, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) no Rio de Janeiro I/RJ.

2. Trata-se de exclusão do Simples Federal em razão do exercício de atividade econômica vedada (prestação de serviços em estabelecimentos de terceiros de portaria, estacionamento e guarda de veículos e segurança desarmada; locação de mão de obra), com efeitos a partir de 01/01/2002, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) 6, de 26/01/2011 (e-fls. 34).

3. A matéria sob litígio originou-se de pedido de restituição de contribuições previdenciárias retidas a maior em notas fiscais de prestação de serviços (e-fls. 05).

4. A Representação Fiscal que ensejou a exclusão apontou que serviços de segurança, ou vigilância são expressamente impeditivos para o Simples Federal e que as demais atividades relacionadas no contrato social do contribuinte configuram locação de mão de obra, fato confirmado por notas fiscais colacionadas aos autos (e-fls. 22-25). Veja-se (e-fls. 31)

As atividades econômicas prevista no contrato social, fls. 09, são as seguintes:
CLAUSULA TERCEIRA: O objeto da sociedade será: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM ESTABELECIMENTOS DE TERCEIROS DE PORTARIA, ESTACIONAMENTO E GUARDA DE VEICU LOS E SEGURANÇA DESARMADA.

Serviços de segurança, ou vigilância, são expressamente impeditivos, contudo, todas as atividades ali relacionadas, prestadas em estabelecimentos de terceiros e de natureza contínua, são locação de mão de obra.

As notas fiscais de serviço anexas, fls. 19/22, discriminam a atividade de ajudante geral, por períodos de um mês completo, prestados à empresa Sistema Educacional Singular Ativo S/C Ltda. no período entre janeiro e abril de 2004, que confirmam que houve efetivamente a cessão ou locação de mão de obra.

5. Em sede de manifestação de inconformidade o contribuinte alegou, em síntese, conforme r. acórdão recorrido, inconstitucionalidade da normas excludentes e os efeitos retroativos:

- a) As normas legais que não se encontram em conformidade com os princípios constitucionais, serão consideradas inconstitucionais;
- b) O art. 9º da Lei do Simples é inconstitucional, pois rompe com a estrutura da lei superior e com isso instaura-se a desordem, tornando o sistema jurídico caótico;
- c) Traz definição de empresa e empresário; microempresa e empresa de pequeno porte;
- d) Afirma que a Constituição Federal não recepção a teoria dos atos de comércio, portanto não distingue atividade comercial e atividade civil;
- e) Requer, assim, seja revogado o ato declaratório;
- f) Alega que os efeitos da exclusão deveriam ocorrer no mês seguinte ao da emissão do ato declaratório e não retroagir à data da situação que lhe deu causa;

g) Observa-se que a empresa optou pelo SIMPLES em função de desenvolver negócio não vedado, ou se vedado, que teve aceita a sua adesão pelo Fisco, não alterando suas atividades ao longo do tempo e que fora notificada através do ADE em destaque da sua exclusão retroativa a partir de 01/01/2002;

6. A r. decisão recorrida, por unanimidade, manteve a exclusão do Simples, conforme ementa abaixo transcrita (e-fls. 83):

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

Ano-calendário: 2002

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

O controle de constitucionalidade dos atos legais é matéria afeta ao Poder Judiciário. Descabe às autoridades administrativas de qualquer instância examinar a constitucionalidade das normas inseridas no ordenamento jurídico nacional.

EXCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

Quando comprovado que o contribuinte foi indevidamente incluído no Simples em razão do exercício de atividade vedada, a legislação prevê sua exclusão do sistema com efeitos retroativos.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

7. Cientificado da decisão de primeira instância em 20/12/2013 o contribuinte interpôs recurso voluntário em 20/01/2013 e aduz, em síntese, o que segue:

i) discorre sobre tratamento tributário favorecido e diferenciado determinado pelos arts. 170, IX e 179 da CF/88; invoca os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva e assenta que normas legais em desconformidade com tais princípios devem ser consideradas inconstitucionais;

ii) em razão de nunca ter ultrapassado o limite de receita bruta anual deve permanecer no tratamento jurídico-tributário diferenciado;

iii) em função da ínfima capacidade financeira, após a ciência do despacho decisório optou pelo desenquadramento do Simples, a despeito do efeito suspensivo da manifestação de inconformidade;

iv) o termo inicial da exclusão deve ter início a partir do mês seguinte ao do ato declaratório, nos termos do inciso II, do artigo 15, da Lei 9.317, de 1996;

v) por fim, requer a reforma do r. acórdão recorrido e anulação do ato declaratório executivo de exclusão.

8. É o relatório.

Voto

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, Relator.

9. O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; portanto, dele conheço. Passo à análise.

10. Cinge-se a controvérsia a exclusão do simples federal em razão de atividade vedada.

11. Inicialmente, acerca das questões constitucionais aduzidas pela recorrente, tais como ofensa a princípios estabelecidos na Carta Magna, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 26-A do Decreto 70.235, de 1972, “*no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”. Nessa mesma trilha caminha a Súmula Carf n.º 2:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

12. A seguir o art. 9º, XII, f, da Lei 9.317, de 1996, que fundamentou a exclusão do Simples:

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

XII - que realize operações relativas a:

a) (Revogado pela Medida Provisória n.º 2158-35, de 2001)

b) locação ou administração de imóveis;

c) armazenamento e depósito de produtos de terceiros;

d) propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação;

e) *factoring*;

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

13. Conforme consta da representação fiscal, além de as atividades da recorrente – serviços de segurança, ou vigilância e locação de mão de obra – serem expressamente vedada ao Simples Federal, a locação de mão de obra foi confirmada por notas fiscais colacionadas aos autos (e-fls. 22-25). Portanto, sem reparos o ato declaratório de exclusão.

14. Quanto aos efeitos do ato excludente, a Lei 9.317, de 1996, com alterações posteriores, dispõe inicialmente que a exclusão do Simples poderá ocorrer mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. A exclusão dar-se-á de ofício, dentre outras hipóteses, a partir do mês subsequente em que a pessoa jurídica incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º, (inciso XII) no caso exercício de atividade vedada. Veja-se:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período. (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) estará excluída do Simples nessa condição, podendo, mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte. (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas **formas do inciso II** e § 2º do artigo anterior, **quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;**

[...]

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 **surtirá efeito:**

[...]

II - **a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente**, nas hipóteses de que tratam os incisos **III a XIV** e XVII a XIX **do caput do art. 9º** desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005) (Grifo nosso)

15. A corroborar o exposto acima, acerca dos efeitos retroativos da exclusão do Simples, o STJ fixou entendimento no REsp 1.124.507, submetido ao regime do art. 543C, do CPC de 1973 (recurso repetitivo) no sentido de que por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF.

LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. **Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.**

[...]

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. **Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são**

produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 1124507/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 06/05/2010)

16. Importante destacar que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos recursos repetitivos, bem como as súmulas do Carf são de observância obrigatória pelos membros deste órgão, nos termos do arts. 62, §2º e 72 do Regimento Interno do CARF¹ (RICARF).

17. A Representação Fiscal para fins de exclusão, observou que, embora a exclusão de ofício para quem exerça atividade impeditiva devesse produzir efeitos a partir do próximo dia útil ao mês subsequente ao que ocorreu o fato impeditivo, *in casu*, a exclusão efetivou-se a partir de 01 de janeiro de 2002, em razão de o contribuinte ter feito opção pelo Simples até 27 de julho de 2001, conforme estabelecido no art. 20 da Instrução Normativa SRF 608, de 2006².

18. Ocorre que, conforme salientado na referida Representação Fiscal, as notas fiscais

¹ Portaria n.º 343, de 2015. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF)

Ar. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016) [...]

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

² Tal posicionamento está em consonância com a Súmula CARF n.º 56: No caso de contribuintes que fizeram a opção pelo SIMPLES Federal até 27 de julho de 2001, constatada uma das hipóteses de que tratam os incisos III a XIV, XVII e XVIII do art. 9º da Lei n.º 9.317, de 1996, 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.

de serviço colacionadas aos autos que discriminam a atividade de ajudante geral e “*confirmam que houve efetivamente a cessão ou locação de mão de obra*” comprovam que a referida atividade impeditiva - locação de mão-de-obra - somente ocorreu no período entre **janeiro e abril de 2004** (e-fls. 22-25; 31).

19. Por conseguinte, deve prevalecer na espécie a Súmula Carf n.º 134, cujo teor estabelece:

Súmula CARF n.º 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**. (Grifo nosso)

20. Tendo em vista que a comprovação efetiva de execução de atividade ensejadora da exclusão ocorreu em janeiro/2004 os efeitos da exclusão devem operar-se a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, portanto, a partir de fevereiro/2004.

Conclusão

21. Ante o exposto, conheço do recurso voluntário e dou-lhe parcial provimento para determinar os efeitos da exclusão do Simples a partir de fevereiro/2004.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Júnior