



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.737972/2018-88
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.316 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 07 de abril de 2021
Recorrente RS TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. SERVIÇOS DE PORTARIA.

A pessoa jurídica que realize cessão ou locação de mão-de-obra não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva. Os serviços de portaria e de zeladoria, porque não se confundem com vigilância, limpeza ou conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra, são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/GOI/GO nº 08, de

14.02.2019, com efeitos a partir de 14.12.2016, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fls. 299-300:

Art. 1º Excluída do Simples Nacional a pessoa jurídica RS TERCEIRIZACAO E SERVICOS EIRELI, CNPJ Nº 26.714.825/0001-61, desde sua opção em 14/12/2016, em virtude de exercer atividade abrangida pelas vedações para a opção pelo mencionado sistema, de acordo com o inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 2º Os efeitos da exclusão ocorrerão a partir de 14/12/2016, de acordo com o disposto na alínea a do inciso III do art. 84 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

Art. 3º Poderá a pessoa jurídica apresentar, no prazo de trinta dias contados a partir da ciência deste Ato Declaratório Executivo, manifestação de inconformidade junto ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972 – Processo Administrativo Fiscal (PAF), e suas alterações posteriores, assegurando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º Não havendo manifestação nesse prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 3ª Turma DRJ/RJO/RJ nº 12-114.500, de 27.02.2020, e-fls. 323-333:

DESPACHO DECISÓRIO MANUAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. PORTEIRO. EXERCÍCIO COMPROVADO.

Mantém-se o ato de exclusão se comprovado o exercício de atividade econômica vedada ao Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 12.03.2020, e-fl. 609, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 25.03.2020, e-fl. 336-343, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

I- DA TEMPESTIVIDADE:

Excelências, A Recorrente acabou sendo notificada do acórdão no dia 13/03/2020, e com a apresentação do presente recurso nesta data, resta devidamente identificada a sua tempestividade, razão pela qual pugna pelo seu recebimento e processamento de estilo.

II - DO EFEITO SUSPENSIVO:

Magistrado, Neste ato a Recorrente pleiteia que seja atribuído efeito suspensivo da decisão que determinou a exclusão da mesma do Simples Nacional, vez que tal exclusão neste momento, ou seja, antes do julgamento do mérito do presente recurso lhe trará enormes prejuízos, se mostrando assim a Nesta linha, a Recorrente com base no Decreto Federal nº 70.235/72 em seu artigo 33 [...].

Requer seja concedido efeito suspensivo até o julgamento definitivo da presente controvérsia ante a solidez dos argumentos, bem como a irreversibilidade dos prejuízos que poderão ser causados a Recorrente no caso de não acatamento do aludido afeito recursal.

Era o que tinha a requerer neste momento processual. [...]

IV - DOS DIREITOS DA RECORRENTE:

Julgadores, O presente recurso será calcado em 04 pilares, sendo eles os seguintes:

01. Diferente do externado no acórdão, o fato de não haver sido juntado os contratos sociais e suas alterações acabaram por convencer o julgador inicial quanto a consistência da denúncia apresentada. 2. Diferente do dito no acórdão, não há nos autos várias notas com a descrição serviço de “portaria”. 3. No caso concreto, o que houve foi erro material quando do preenchimento das duas notas fiscais com a descrição "portaria" . 4. Alternativamente, caso nenhum dos três pilares anteriores forem acatados, importante analisar o caso sob a ótica da função social da empresa na sociedade brasileira.

Ponto 01:

De forma categórica houve a seguinte manifestação quando da primeira decisão que determinou a exclusão da Recorrente do Simples Nacional:

"Intimada a apresentar o Contrato Social original e todas as suas alterações, Notas fiscais de serviços e Contratos celebrados com possíveis clientes, sob pena de ser excluída do Simples Nacional desde sua opção, A EMPRESA NÃO APRESENTOU OS CONTRATOS SOCIAIS SOLICITADOS."

Nesta linha a manifestação exarada no ponto 21 do acórdão consistente em relatar que a decisão primeira nada teve relacionada a falta de documentos.

"21. Equivoca-se o interessado. O sobredito fato foi referido no .Despacho Decisório, parte integrante do ADE" Nesta senda, o que se verifica é que, a falta de apresentação dos contratos sociais acabou sendo um fator decisivo para a decisão de exclusão do Simples Nacional, vez que a julgadora originária acabou tendo como verdade as alegações contidas na denuncia que inaugurou o presente processo.

Assim, ante a juntada de todos os contratos sociais, bem como as notas fiscais e demais contratos, por medida de justiça o presente processo deve ser remetido ao julgador originário para que reanalise todos os documentos constantes nos autos para o fim de que seja proferida nova decisão no que tange a exclusão da Recorrida do Simples Nacional.

Neste ponto é o que se pretende.

Ponto 02:

Julgadores, Não sendo acatados os argumentos lançados no ponto 01, a Recorrente traz a colação ao fato de os julgadores terem fixado no acórdão que existem nos autos VÁRIAS NOTAS FISCAIS que remetem a serviço de portaria.

Vejamos o que diz no ponto 25 do acórdão:

"25. De fato; várias notas fiscais - e emitidas pelo interessado, sublinhe-se - contêm em sua descrição a prestação do serviço do "Portaria", como, por exemplo; a às e-fls. 234, emitida em 28.09. 2018:"

Neste contexto, importante destacar que a Recorrente anexou aos autos contratos e notas fiscais, das quais, duas notas referente aos Condomínio Miragem consta em sua discriminação a informação de prestação de serviços de portaria, sendo elas as seguintes notas fiscais 86 e 94, já em relação ao Condomínio Serra, foram emitidas 04 notas com essa descrição, sendo elas as de números 70, 77,83 e 91.

Neste contexto, lado outro, não há que se falar em várias notas com as especificidades narradas no acórdão pela Turma Julgadora.

Na confluência desse raciocínio, importante destacar que para os dois condomínios citados, sendo eles o Miragem e Serra das Areias, foram emitidas 257 notas fiscais, sendo que deste total, apenas 06 tiveram as atribuições de Portaria em seu corpo, o que por si só, pelo volume de notas emitidas não há que se falar em um número elevado como quis fazer crer o acórdão.

Neste diapasão, a alegação consistente em grande numera de notas fiscais remetendo a serviço de portaria não deve prosperar no caso concreto, sobretudo por se tratar de um mero erro material que será mais bem esclarecido no próximo ponto.

Por derradeiro, a Recorrente pugna para que a menção trazida no acórdão de "várias notas fiscais - e emitidas pelo interessado, sublinhe-se - contém em sua descrição a prestação do serviço de "Portaria" , deve ser analisada de forma contextualizada com todo o material constante dos presentes autos.

Era o que tinha a manifestar nesta oportunidade.

Ponto 03:

Excelências, Neste ponto, a Recorrente de forma bastante clara trará ao conhecimento dos senhores julgadores o que de fato acabou acontecendo no presente caso.

Nota que de todos os contratos anexados aos presentes autos nenhum deles traz a prestação de serviços de portaria e não traz por um motivo muito simples, a Recorrente não presta serviço de portaria. Nos contratos que demanda serviço de portaria a Recorrente utiliza outra empresa do seu grupo para poder desempenhar tal atividade, sendo ela a empresa RS Administração e Serviços, inscrita no CNPJ nº 27.383.446/0001-07.

Assim, o que resta verificado é que em 07 notas de um universo de 257 notas fiscais emitidas para os Condomínios Serra das Areias e Miragem aparece na discriminação dos serviços a menção a serviços de Portarias.

Nesse montante de menos de 3%, o que de fato acabou ocorrendo foi simplesmente um erro material no momento da confecção da nota fiscal. Tal erro se deu justamente pelo fato de o grupo empresarial ter mais de uma empresa, sendo que uma delas estaria habilitada a prestar serviço e portaria e outra não estava. De forma inadvertida, o colaborador da Recorrente acabou emitindo nota fiscal com essa discriminação, entretanto desde logo reitera que o que na verdade ocorreu foi ERRO MATERIAL ao especificar o serviço.

Na confluência dos argumentos aqui alocados, argumentos estes calcados no fato de ter havido erro material por parte de colaborador da Recorrente, se mostra perfeitamente factível em face da particularidade externada, sobretudo o fato de haver um grupo econômico onde uma empresa esta habilitada a prestar serviço de portaria uma vez que pertence ao regime de lucro Nacional.

Neste toar, por medida de justiça, devem ser acatado os argumentos aqui colocados pois é a mais profunda verdade formal e material, verdade esta que pode ser aferida da análise do caderno processual, bem como da contextualização dos argumentos aqui colocados.

Assim, por derradeiro, uma vez rejeitadas os dois pontos anteriores, o presente ponto deve ser recebimento para o fim de TONAR SEM EFEITO as determinações anteriores que excluíram a Recorrida do Simples Nacional.

Era o que tinha a suplicar nesta linha.

Ponto 04:

Magistrados, Na remota hipótese de não acatamento de nenhum dos 03 pontos anteriores, a Recorrente traz mais um motivo para que seja julgado procedente o pleito da Recorrente. O quarto e último motivo é de caráter social, vez que, se de fato a exclusão se trinar irreversível a Recorrente não terá alternativa a não ser fechar suas portas, uma vez que não terá recursos suficientes para dar prosseguimento na sua atividade.

Em sendo encerrada sua atividade indubitavelmente deverá encerrar todos os seus contratos de trabalho, o que, acabará prejudicando inúmeras famílias que dependem do funcionamento da Recorrente para a sua manutenção.

Destaca que todos somos sabedores da função social que as empresas desempenham no Estado brasileiro, sobretudo aqueles de pequeno porte como é o caso das optantes do Simples Nacional, vez que a maior partes da mão de obra formal do país está alocados nestas empresas. Assim, com o fechamento de uma delas, acaba por afetar diretamente no trabalho das pessoas que dependem da mesma para prover o seu sustento e o da sua família.

Imprescindível levar em consideração quando do julgamento do presente recurso de que a Recorrente é empresa do Simples Nacional, situação que lhe confere por ora um tratamento diferenciado em razão do faturamento que auferir. Nestes termos, toda a análise do presente recurso deve ser feita levando em consideração as particularidades específicas da Recorrente.

Neste contexto, diante de todos os argumentos já externados anteriormente a Recorrente requer seja esse Conselho sensível a cada palavra aqui lançada e ao final, com base no ato mais nobre de justiça, que seja julgado procedente o pleito da Recorrente atinente a que seja mantida como Optante do Simples Nacional.

Soma-Se a todos os argumentos já utilizados, o fato de estarmos neste momento atravessando grande crise em nosso país, crise essa provocada pela pandemia do Covid-19.

Crise tão devastadora, que obrigou a Presidência da República decretar estado de calamidade publicada e o Congresso Nacional reconheceu tal calamidade por meio do Decreto Legislativo n.º 06/2020.

Assim, o que se verifica, é que o país em estado de calamidade pública devido a pandemia que assola o mundo, muitas empresas vai acabar fechando suas portas por inúmeros motivos. Sendo que cada empresa que se fecha, são postos de trabalho que deixa de existir, são famílias que deixa de contar com uma renda mesmo que pequena ao final de cada mês.

Nesta esteira, o que a Recorrente pretende é que não seja excluída do Simples Nacional, pois se for excluída retroativamente não conseguirá honrar com suas obrigações e lamentavelmente deverá fechar suas portas, eliminando assim alguns postos de trabalhos.

Por tal motivo, visando a função social que a empresa presta a sociedade, requer seja a Recorrente mantida no Simples Nacional, entretanto caso, após toda a análise dos argumentos aqui esposados, a Recorrente pugna para que eventual exclusão não seja retroativa, que a mesma se dê após julgamento do presente recurso.

Tal medida visa a manutenção de uma empresa que gera emprego justamente neste momento de crise que o país vive e que a exclusão da Recorrente só contribuirá para o agravamento da calamidade por qual todos nós estamos a passar.

Era o que requer por meio deste recurso.

No que concerne ao pedido conclui que:

V - DOS REQUERIMENTOS FINAIS:

Por toda a exposição contida nos autos, sobretudo nesta última peça requer seja:

Recebida o presente recurso por ser próprio e tempestivo;

Encaminhado o presente processo a origem para o fim de que seja analisado os contratos e demais documentos juntados, vez que a decisão originária que determinou a exclusão da Recorrente do Simples Nacional restou calcada na falta de apresentação dos contratos sociais;

Alternativamente, sopesando todos os argumentos lançados nesta peça, a Recorrente pugna para que seja julgado totalmente PROCEDENTE o pleito de MANUTENÇÃO de seu cadastro junto ao regime tributário do Simples Nacional.

Por derradeiro, se nenhuma das opções acima forem acatadas, que seja excluída a Recorrente do Simples Nacional, entretanto que tal exclusão se dê do trânsito em julgado do presente recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação a direitos fundamentais.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridade fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Atividade Econômica de Cessão ou Locação de Mão de Obra

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte: [...]

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra; [...]

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o §3º deste artigo, observado o disposto no §1º do art. 3º. [...]

§ 5º-C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis: [...]

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação. [...]

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á: [...]

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; [...]

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal: [...]

§ 2º A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor.

§ 3º A alteração de dados no CNPJ, informada pela ME ou EPP à Secretaria da Receita Federal do Brasil, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses: [...]

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional; [...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos: [...]

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva; [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica que realize cessão ou locação de mão-de-obra não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (art. 17 e art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Para configuração da operação de cessão ou locação de mão de obra devem estar reunidas concomitantemente as seguintes condições: (a) o trabalho seja executado nas dependências da tomadora/contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados, (b) o trabalhador seja cedido pela prestadora/contratada para ficar à disposição da tomadora/contratante, em caráter não eventual e (c) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da tomadora/contratante relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário.

Consideram-se (a) dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços, (b) serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da tomadora/contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores e (c) por colocação à disposição tomadora/contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Na cessão a mão de obra o objeto é que os trabalhadores da prestadora/contratada estão à disposição da tomadora/contratante de serviços, o que significa dizer que pode deles dispor, pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à prestadora/contratada. A mão de obra é originada do chamado "locatio operarum", com característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência desse tipo de contrato.

Na prestação de serviços os trabalhadores simplesmente fazem o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da prestadora/contratada, que está à disposição da tomadora/contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados prestadora/contratada. Em caso de necessidade, é a prestadora/contratada que recebe orientações da tomadora/contratante e as repassa aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a

execução de um serviço certo. A tomadora/contratante está interessada no o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da prestadora/contratada.

Na empreitada a característica principal é a predeterminação clara da necessidade a ser atendida e, por consequência, sua finitude. O serviço necessário para produzir o resultado apto a atender a necessidade pode ser antecipadamente dimensionado e especificado. Acrescenta-se, ainda, que a relação de negócio é estabelecida entre tomador/contratante e prestador/contratada e este mantém intacto seu poder de direção, supervisão e gerenciamento da execução dos serviços, direitos estes que não são transferidos nem compartilhados com o tomador, porquanto os trabalhadores não foram colocados à disposição daquele. A de mão de obra tem sua origem no "locatio operis", contrato caracterizado quando as partes objetivam a realização de uma tarefa ou de uma obra, sendo a mão de obra apenas um meio de se alcançar o objeto almejado pelas partes (Solução de Consulta Cosit n.º 312, de 06 de novembro de 2014 e Solução de Consulta Cosit n.º 19, de 25 de janeiro de 2019).

A Solução de Consulta Cosit n.º 57, de 27 de fevereiro de 2015, orienta:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

EMENTA: PORTARIA. ZELADORIA.

Os serviços de portaria e de zeladoria, porque não se confundem com vigilância, limpeza ou conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra, são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar nº123, de 2006, art. 17, XII, art. 18, § 5º-C, VI, § 5º-H; RPS, art. 219, § 2º, I, XX; IN RFB nº-971, de 2009, art. 191, § 2º.

No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica está descrito, e-fl. 05:

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÓMICA PRINCIPAL

81.21-4-00 - Limpeza em prédios e em domicílios [...]

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÓMICAS SECUNDÁRIAS
82.11-3-00 - Serviços combinados de escritório e apoio administrativo
81.29-0-00 - Atividades de limpeza não especificadas anteriormente
81.30-3-00 - Atividades paisagísticas
81.11-7-00 - Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais

Está registrado no Contrato de Prestação de Serviços de Portaria ajustado com Condomínio Residencial Mistral, CNPJ 10.172.026/0001-70, e-fls. 71-80:

CLÁUSULA PRIMEIRA: Do Objeto

Constitui objeto do presente Contrato, a Prestação em serviços de Portaria, executado pela CONTRATADA, por meio de seus empregados, nas dependências do (da) CONTRATANTE, discriminada no ANEXO I, que rubricado pelas partes passa a fazer parte integrante e inseparável do presente instrumento.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: No ANEXO I, ficam também discriminadas as condições para a execução dos serviços, compreendendo o número de profissionais, carga horária de trabalho por empregado, observando-se o horário de realização dos serviços, preços e local de trabalho.

PARÁGRAFO SEGUNDO: A CONTRATADA responsabiliza-se -única e exclusivamente pelo horário de trabalho acordado no ANEXO I, observado o disposto no Parágrafo Sexto da Cláusula Segunda e Parágrafo Terceiro da Cláusula Oitava, sendo vedada, de pleno direito, a contratação direta de funcionários da CONTRATADA pela CONTRATANTE, bem como por seus condôminos, moradores ou funcionários.

Os autos estão instruídos com Notas Fiscais de Serviços, e-fls. 344-606, em cuja Descrição dos Serviços pode-se constatar, entre outros:

- “Serviços de Limpeza e Portaria, Início dos serviços dia 20/06/2018 com 01 (um) Zelador - Valor proporcional R\$ 1.133,33 mês (junho) / início dos serviços de portaria e limpeza dia 01/07/2018 - Valor R\$ 19.1500,00 mês (julho)”, e-fl. 413.

- “Serviços de Limpeza e Portaria referência 08/2018: Limpeza e Portaria valor mensal R\$ 19.500,00 mês (Julho) - acréscimo de 01 (um) auxiliar de serviços gerais a partir de 01/08/2018 no valor de R\$ 2.850,00”, e-fl. 420;

- “Serviços de Limpeza, Zeladoria e Portaria referência setembro / 2018”, e-fl. 426;

- “Serviços de Limpeza e Portaria referência setembro / 2018 e-fl. 429;

- “Serviços de Limpeza, Zeladoria e Portaria referência outubro / 2018”, e-fl. 434;

- “Serviços de Limpeza e Portaria referência outubro / 2018”, e-fl. 437;

- “Serviços de Limpeza e Portaria, Início dos serviços dia 20/06/2018 com 01 (um) Zelador - Valor proporcional R\$ 1.133,33 mês (junho) / início dos serviços de portaria e limpeza dia 01/07/2018 - Valor R\$ 19.1500,00 mês (julho)”, e-fl. 601;

- “Serviços de Limpeza e Portaria referência 08/2018: Limpeza e Portaria valor mensal R\$ 19.500,00 mês (Julho) - acréscimo de 01 (um) auxiliar de serviços gerais a partir de 01/08/2018 no valor de R\$ 2.850,00”, e-fl. 602;

- “Serviços de Limpeza, Zeladoria e Portaria referência setembro / 2018”, e-fl. 603;

- “Serviços de Limpeza e Portaria referência setembro / 2018”, e-fl. 604; e

- “Serviços de Limpeza, Zeladoria e Portaria referência outubro / 2018”, e-fl.605.

Analisando o acervo fático-probatório constantes nos autos verifica-se que a Recorrente se dedica à atividade de prestação de serviço de vigia e portaria em condomínios realizada por cessão ou locação de mão de obra.

Está registrado na Despacho Decisório DRF/GOI/GO nº 173, de 14.02.2019, com efeitos a partir de 14.12.2016, e-fl. 297, cujos fundamentos de fato e direito amparados no acervo fático-probatório de e-fls. 02-296, são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

Deu origem ao presente processo a Carta SEAC - GO n.º 70/2018, do Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Limpeza Urbana e Terceirização de Mão-de-Obra do Estado de Goiás, apresentando denúncia de irregularidade de enquadramento no Simples Nacional (fls. 02/03), da empresa acima mencionada, por constatação de hipótese de vedação ao Simples Nacional.

O denunciante apresentou como prova proposta de Prestação de Serviços de Portaria, mediante cessão ou locação de mão-de-obra (fls. 06/11).

A empresa está enquadrada no Simples Nacional desde sua abertura em 14/12/2016 (fls.18).

Intimada a apresentar o Contrato Social original e todas as suas alterações, Notas fiscais de serviços e Contratos celebrados com possíveis clientes, sob pena de ser excluída do Simples Nacional desde sua opção, a empresa não apresentou os Contratos Sociais solicitados. A intimação foi recebida em 28/11/2018, conforme AR de fls. 296.

Em função do exposto, restou comprovado que a mesma não poderia optar pelo Simples Nacional em virtude de exercer atividade de Portaria, que configura cessão e locação de mão de obra e que não se inclui entre as exceções às vedações à opção pelo Simples Nacional nos termos do inciso XII, do artigo 17, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 e inciso XXI do art. 15, da Resolução CGSN n.º 140, de 22 de maio de 2018.

Os efeitos da exclusão ocorrerão a partir de 14/12/2016, de acordo com o disposto na alínea a, do inciso III do art. 84 da Resolução CGSN n.º 140/2018.

Isto posto, com base no art. 83 da Resolução CGSN n.º 140/2018, concluo que a empresa deve ser excluída de ofício do Simples Nacional e proponho o encaminhamento do Ato Declaratório, em anexo, ao Gabin - DRF/GOI, para assinatura do Senhor Delegado.

Após assinatura, retorne-se este para o Seort, a fim de proceder à publicação do Ato Declaratório no Diário Oficial da União, cientificar o interessado, aguardar prazo para possível recurso e demais providências.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

A alegação da Recorrente de que o procedimento fiscal impede o “prosseguimento na sua atividade” não pode ser acatada por falta de previsão legal no presente caso, uma vez que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”, nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional.

Logo o Ato Declaratório Executivo DRF/GOI/GO n.º 08, de 14.02.2019, com efeitos a partir de 14.12.2016, e-fls. 299-300, está correto.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 3ª Turma DRJ/RJO/RJ n.º 12-114.500, de 27.02.2020, e-fls. 323-333, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

18 Trata-se de ato de exclusão do Simples Nacional, a partir de 14.12.2016, por exercício de atividade econômica vedada: cessão e locação de mão-de-obra: Portaria.

19 O interessado traz as alegações reproduzidas em nossos itens 12/15. Pede que o prazo para entrega do contrato social seja reaberto.

20 O interessado supõe que foi o fato de não ter apresentado um dos documentos solicitados pela DRF em sede de intimação – o contrato social – o que deu causa à exclusão.

21 Equivoca-se o interessado. O sobredito fato foi referido no Despacho Decisório, parte integrante do ADE, apenas porque a intimação integrou o procedimento de apuração, pela DRF, da denúncia recebida.

22 A exclusão, contudo, foi, expressamente, fundamentada no inciso XII do art.17 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que veda o Simples Nacional à pessoa jurídica que realiza cessão ou locação de mão-de-obra:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

23 Para apurar a denúncia de que o interessado realizava a cessão e locação de mão-de-obra, atuando com atividade de “Portaria”, a DRF o intimou a juntar contrato social, notas fiscais e contratos de prestação de serviços (nosso item 5) .

24 Do exame dos sobreditos documentos, trazidos pelo interessado, a DRF concluiu pelo exercício de atividade econômica vedada.

25 De fato, várias notas fiscais – e emitidas pelo interessado, sublinhe-se - contêm em sua descrição a prestação de serviço de “Portaria”, como, por exemplo, a às e-fls. 234, emitida em 28.09.2018: [...]

26 Esta RFB editou o Ato Declaratório Interpretativo n.º 5, de 10 de junho de 2015, no qual se lê que as pessoas jurídicas que prestam serviço de Portaria, por cessão de mão-de-obra não podem optar pelo Simples Nacional: [...]

27 Na Manifestação de Inconformidade, o interessado se refere unicamente à parte inicial do Despacho Decisório, aquela em que a DRF relata o procedimento de apuração da denúncia (nossos itens 12/15). Nada diz sobre prestação de serviços, mérito da exclusão, limitando-se a requerer prazo para apresentação do Contrato Social solicitado na Intimação.

28 A matéria não expressamente impugnada se consolida na esfera administrativa, dela não mais cabendo recurso. Não há como alegar que o interessado desconhece o mérito da exclusão ou que dele não tenha tomado ciência.

29 O fato é que, ainda que tivesse sido apresentado à DRF em resposta à Intimação e ainda que o objeto social nele descrito não incluísse atividade econômica vedada – como, de fato, não inclui -, outra não poderia ter sido a decisão da DRF, uma vez que os serviços efetivamente prestados se sobrepõem ao conteúdo do Contrato Social.

30 E, de fato, restou demonstrado o exercício de atividade econômica vedada ao Simples Nacional (nossos itens 24/25).

31 Conclui-se, assim, que, não tendo sido afastada a causa da exclusão, a Manifestação de Inconformidade deve ser julgada improcedente e o ato de exclusão deve ser mantido.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva