



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10580.729903/2015-31
ACÓRDÃO	1002-003.896 – 1ª SEÇÃO/2ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	19 de setembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	SALVADOR SERVIÇOS PATRIMONIAIS LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2012, 2013

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MATÉRIA VEDADA À ANÁLISE DO CARF.

O CARF não tem competência para pronunciar-se sobre arguições de inconstitucionalidade de lei tributária.

Aplicação da Súmula CARF nº 02

Assunto: Simples Nacional

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. DESCRIÇÃO DA CAUSA DA EXCLUSÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. DESCRIÇÃO, EM OUTRO PROCESSO, DOS FATOS QUE CONDUZEM À CAUSA DE EXCLUSÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CIÊNCIA PELO CONTRIBUINTE.

É perfeito o Ato Declaratório de Exclusão que contém a causa de fato motivadora da exclusão e indica os fundamentos legais pertinentes.

Não configura causa de nulidade o fato da descrição das causas que configuram a hipótese de exclusão constarem de outros processos em relação aos quais, inequivocamente, o contribuinte teve pleno conhecimento. Hipótese na qual não se exige a narrativa preliminar no contexto de fato justificador, mas a mera existência do ato de exclusão e, a seguir, a instauração do contencioso legítimo à discussão da matéria.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CABIMENTO.

Configura hipótese de exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional, o contexto de prestação de serviços de portaria, limpeza e conservação mediante cessão de mão de obra. Regime de prestação de serviços que se

afere a partir do perfeito enquadramento das cláusulas dos contratos celebrados em face da norma insculpida no artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

SERVIÇOS DE PORTARIA E VIGILÂNCIA. DISTINÇÃO. ATO NORMATIVO ADMINISTRATIVO.

A distinção feita por ato normativo administrativo, em aspectos conceitual e prático, entre os serviços de portaria e vigilância, integra o conteúdo da hipótese de exclusão, prejudicando os argumentos do contribuinte, quando verificado que a realidade dos fatos lhe é contrária ao argumento. Inteligência da Solução de Divergência nº 14 - COSIT, de 14/10/2014.

SIMPLES NACIONAL. ADE. PRODUÇÃO DE EFEITOS. IRRETROATIVIDADE.

A produção de efeitos da exclusão do Simples Nacional encontra seu cabimento e disciplina específicos no enquadramento da hipótese de exclusão nos casos previstos na Lei Complementar nº 123/2006, não havendo que se falar em retroatividade vedada.

Não configura nulidade ou vício material no ADE o reconhecimento de que, em determinada data no passado, o contribuinte incorreu em causa de exclusão obrigatória do Simples Nacional, e, não obstante isto, não comunicou tal fato à Administração Tributária.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2012, 2013

AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. VALIDADE.

É válido o Auto de Infração lavrado após a respectiva exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional, exigindo-se as contribuições outrora indevidas face à opção que se afasta pelo Ato Declaratório Executivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Sala de Sessões, em 19 de setembro de 2025.

Assinado Digitalmente

Aílton Neves da Silva – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Ricardo Pezzuto Rufino, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Luís Ângelo Carneiro Baptista, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó e Andrea Viana Arrais Egypto.

RELATÓRIO

Por bem sintetizar os fatos até o momento processual anterior ao do julgamento da Manifestação de Inconformidade, transcrevo e adoto o relatório produzido pela DRJ/RPO.

Trata-se de lançamento de crédito tributário materializado no Auto de Infração DEBCAD nº 51.068.031-3, relativamente à cobrança das contribuições a cargo da empresa aos Terceiros FNDE salário-educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, no período compreendido pelas competências 01/2012 a 12/2013, tendo em vista a exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional prevista no artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006.

EXCLUSÃO DO SIMPLES

Foi identificada situação para exclusão de ofício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, em virtude do exercício de atividade vedada pelo art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

O Auditor-Fiscal do Serviço de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador emitiu o Ato Declaratório Executivo DRF - Salvador/SEFIS nº 039/2015, de 15 de dezembro de 2015, processo 10580.729906/2015-74, que o contribuinte recebeu junto com o Relatório Fiscal integrante do presente processo administrativo.

A fundamentação legal da exclusão é a prática da conduta estabelecida no artigo 29, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Salvador Serviços Patrimoniais Ltda. ME, CNPJ 07.619.771/0001-00, com inscrição em 05/10/2005; cadastrou como atividade econômica principal "Gestão e Administração da Propriedade Imobiliária".

A empresa cadastrou como atividades econômicas secundárias as atividades de: "Seleção e agenciamento de mão de obra"; "Locação de mão de obra temporária"; "Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros"; "Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais"; "Limpeza em prédios e em domicílios"; "Preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo não especificados anteriormente".

Intimada para apresentar os contratos de prestação de serviço que firmou, encontrou-se as seguintes informações:

- CONTRATANTE CALL TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA - CNPJ 05.003.257/0001-10: Objeto: Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de porteiros diurnos, de forma contínua; Prestação de serviços de limpeza, conservação e

higienização predial (área interna); assinado em 8 de abril de 2011, com vários aditivos. 2 Porteiros (12x36); 1 auxiliar de limpeza.

- CONTRATANTE ARMINI SOARES ASSESSORIA LTDA - CNPJ

05.782.949/0001-04 - Condomínio Morada das Flores: Objeto: Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de porteiros diurnos e noturnos, de forma contínua; Prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização predial (área interna dos blocos, guarita, lixeiras, salão de festas e banheiros do salão de festas e da guarita, e toda a área de uso comum do condomínio); Prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção de áreas externas (pátios e estacionamentos cimentados e/ou bloquitos, quadras, área de churrasqueiras/quiosques e jardins), com fornecimento de material de limpeza necessários; Serviços de Roçagem 03 (Três) vezes ao ano; Serviço de dedetização, desinsetização, descupinização e desratização da área comum a cada 6 (seis) meses; Limpeza das caixa de gordura e inspeção, a cada 6 (seis) meses; Limpeza das caixa de água a cada 6 (seis) meses; Zelar pelos objetos de uso comuns, relativos a área de lazer (churrasqueira, salão de festas), disponibilizando, controlando e guardando os objetos solicitados pela contratante; assinado em 1º de fevereiro de 2011, com vários aditivos. 4 Porteiros (12x36); 2 auxiliares de limpeza.

- CONTRATANTE ARMINI SOARES ASSESSORIA LTDA - CNPJ 05.782.949/0001-04 - Condomínio Sol Nascente Objeto: Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de porteiros diurnos e noturnos, de forma contínua; Prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização predial (área interna dos blocos, guarita, lixeiras, salão de festas e banheiros do salão de festas e da guarita, e toda a área de uso comum do condomínio); Prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção de áreas externas (pátios e estacionamentos cimentados e/ou bloquitos, quadras, área de churrasqueiras/quiosques e jardins), com fornecimento de material de limpeza necessários; Serviços de Roçagem 03 (Três) vezes ao ano; Serviço de dedetização, desinsetização, descupinização e desratização da área comum a cada 6 (seis) meses; Limpeza das caixa de gordura e inspeção, a cada 6 (seis) meses; Limpeza das caixa de água a cada 6 (seis) meses; Zelar pelos objetos de uso comuns, relativos a área de lazer (churrasqueira, salão de festas), disponibilizando, controlando e guardando os objetos solicitados pela contratante; assinado em 10 de fevereiro de 2011, com vários aditivos. 4 Porteiros (12x36); 1 auxiliar de limpeza.

- CONTRATANTE ARMINI SOARES ASSESSORIA LTDA - CNPJ

05.782.949/0001-04 - Condomínio Mirante das Águas Claras: Objeto: Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de porteiros diurnos e noturnos, de forma contínua; Prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização predial (área interna dos blocos, guarita, lixeiras, salão de festas e banheiros do salão de festas e da guarita, e toda a área de uso comum do condomínio); Prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção de áreas externas (pátios e estacionamentos cimentados e/ou bloquitos, quadras, área de churrasqueiras/quiosques e jardins), com fornecimento de material de limpeza necessários; Serviços de Roçagem 03 (Três) vezes ao ano; Serviço de dedetização, desinsetização, descupinização e desratização da área comum a cada 6 (seis) meses; Limpeza das caixa de gordura e inspeção, a cada 6 (seis) meses; Limpeza das caixa de água a cada 6 (seis) meses; Zelar pelos objetos de uso comuns, relativos a área de lazer (churrasqueira, salão de festas), disponibilizando, controlando e guardando os objetos solicitados pela contratante; assinado em 1º de fevereiro de 2011, com vários aditivos. 4 Porteiros (12x36); 2 auxiliares de limpeza.

- CONTRATANTE ACP EMPREENDIMENTOS LTDA - CNPJ

02.231.414/0001-57 - Condomínio Eunice Weaver Sudoeste: Objeto: 03 postos de Agente de Limpeza; 01 posto de Portaria 24 horas; Roçagem trimestral; Lavagem semestral de tanques superior e inferior; Fornecimento de Materiais de Limpeza; Serviços semestrais de dedetização e desinsetização; Limpeza semestral de Caixas de Gordura e inspeção; Serviços semestrais de descupinização; assinado em 16 de novembro de 2010, com vários aditivos.

- CONTRATANTE ACP EMPREENDIMENTOS LTDA - CNPJ

02.231.414/0001-57 - Condomínio Eunice Weaver Nordeste: Objeto: 03 postos de Agente de Limpeza; 01 posto de Portaria 24 horas; Roçagem trimestral; Lavagem semestral de tanques superior e inferior; Fornecimento de Materiais de Limpeza; Serviços semestrais de dedetização e desinsetização; Limpeza semestral de Caixas de Gordura e inspeção; Serviços semestrais de descupinização; assinado em 16 de novembro de 2010, com vários aditivos.

- CONTRATANTE MONTE LÍBANO IMÓVEIS E ENGENHARIA LTDA - CNPJ 00.419.048/0001-39 e CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PARQUE DO SOSSEGO - CNPJ 06.961.842/0001-96: Objeto: 01 posto de Agente de Limpeza; 01 posto de Portaria 24 horas(12X36); Serviços de jardinagem a cada três meses; Serviços semestrais de dedetização e desinsetização; Serviços semestrais de descupinização; assinado em 10 de fevereiro de 2010, com vários aditivos.

- CONTRATANTE UPB - UNIÃO DOS MUNICÍPIOS DA BAHIA -CNPJ 14.305.759/0001-97: Objeto: Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de 02 porteiros diurnos e 02 noturnos, em escala de revezamento de 12 por 36 de descanso, 24 horas ininterruptos, de forma contínua; Prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização predial (área interna), com 3 agentes de limpeza; 02 recepcionistas; 01 Aux. de Escritório; 01 Motorista de Veículo Leve; assinado em 1º de Março de 2011, com vários aditivos.

Analizando as declarações apresentadas através da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, observou-se que a atividade com maior número de trabalhadores remunerados pela empresa é a de Porteiros e Vigias (CBO 5174). A empresa celebra contratos de cessão de mão de obra, conforme as informações dos contratos expostas. Os trabalhadores cedidos são majoritariamente porteiros e vigias, cuja atividade não se confunde com vigilância.

Caracteriza-se, portanto, a atividade preponderante de cessão de mão de obra de porteiros e vigias. A Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, no art. 17, inciso XII, veda a opção pelo Simples Nacional às empresas que prestam serviço mediante cessão de mão de obra. Pelo fato de exercer atividade vedada à inclusão no Simples Nacional e permanecer nesse regime sem comunicar à Receita Federal do Brasil, a empresa se enquadra na hipótese de exclusão do regime prevista na Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, inciso I, sendo, portanto, excluída de ofício desde o início do exercício dessas atividades.

LEVANTAMENTOS CG e DG: As contribuições previdenciárias incluídas nestes levantamentos, incidentes sobre as parcelas remuneratórias integrantes do salário de contribuição, compreendem as seguintes rubricas: contribuição da empresa para a Seguridade Social, contribuições para o financiamento das prestações concedidas em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT).

A Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997 instituiu a obrigatoriedade das empresas/empregadores, prestarem informações à Previdência Social por meio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP. O Sistema Empresa de Recolhimentos ao FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) e Informações à Previdência Social - SEFIP é de utilização obrigatória pelos contribuintes para informar à Receita Federal do Brasil (RFB) os valores devidos relativos à Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração da mão de obra a seu serviço. O Manual da GFIP/SEFIP, aprovado pela IN RFB nº 880 de 16/10/2008, contem as orientações para prestação das informações à RFB. A contribuição devida pelo contribuinte é calculada a partir das informações prestadas por ele ao programa gerador da declaração (SEFIP), que gera também a Guia da Previdência Social

(GPS) com o valor a ser recolhido. O código da situação em relação à opção pelo SIMPLES, dentre outros, é necessário para o correto cálculo da obrigação tributária do sujeito passivo.

Os sistemas internos da RFB fazem a comparação entre o valor devido, recebido do SEFIP, e o valor pago pelo contribuinte através da GPS. O SEFIP não calcula as contribuições patronais, devidas pela empresa à Previdência Social, quando o contribuinte informa que é optante pelo SIMPLES. Dessa forma, a empresa informou ao órgão arrecadador valores de contribuição previdenciária devida menores que os reais, tendo em vista que apenas as contribuições descontadas dos segurados remunerados pela empresa foram declaradas.

É obrigação da empresa prestar, dentre outras, informações cadastrais, inclusive no que se refere à sua opção regular pelo SIMPLES, de acordo com o comando do artigo 32, incisos III e IV da Lei nº 8.212/91. O contribuinte apresentou a declaração sem observar as determinações do Manual da GFIP, aprovado pela Instrução Normativa nº 880 de 16/10/2008. O desrespeito às prescrições do Manual cria um conjunto de informações incompletas que causam erro no cálculo feito pelos sistemas internos das obrigações do contribuinte perante a Receita Federal do Brasil referentes às contribuições previdenciárias.

A fiscalização apurou então, neste levantamento, as contribuições previdenciárias patronais devidas a partir da remuneração declarada pelo contribuinte nas GFIP com código de optante pelo SIMPLES.

– LEVANTAMENTOS CD e DD: Contém as contribuições descontadas dos segurados empregados e contribuintes individuais, declaradas antes do início do procedimento fiscal. As contribuições previdenciárias dos segurados, incluídas neste levantamento, incidentes sobre as parcelas remuneratórias integrantes do salário de contribuição, foram declaradas na GFIP. As contribuições que foram declaradas na GFIP não são cobradas no presente Auto de Infração.

Em tese, inserir a informação de opção pelo Simples Nacional na GFIP e executar atividade que impede essa opção, conforme vedação prevista pela Lei Complementar 123/2006, configura o crime capitulado no inciso I, artigo 1º da Lei no. 8.137/90. O procedimento da notificada ensejará a emissão da Representação Fiscal para Fins Penais.

Presta esclarecimentos acerca da aplicação da multa de ofício de 75% sobre o valor da contribuição apurada pela fiscalização no presente AI. De acordo com o art. 32, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, e do art. 225, inciso IV, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, a empresa é obrigada a declarar mensalmente à Receita Federal do Brasil, por intermédio da GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS.

A empresa autuada entregou as GFIPs - Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social -, relativas ao período de 01/2012 a 13/2013, mas nelas não fez constar a contribuição patronal devida.

A Medida Provisória nº 449 (convertida na Lei no 11.941/09), de 03/12/2008, publicada no Diário Oficial da União em 04/12/2008, inseriu o art. 35-A na Lei no 8.212/91, alterando a forma de cálculo da multa prevista para a conduta de apresentar a GFIP com omissões/incorrekções relativas às contribuições previdenciárias não recolhidas. Transcreve o artigo 44, inciso I, da Lei no 9.430/96.

Cientificado o contribuinte quanto ao lançamento, comparece aos autos ofertando seu instrumento de impugnação às fls. 144/168, aduzindo, em síntese:

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

O Auto de Infração é nulo porque a impugnante foi induzida a erro ao concordar com a intimação para que se procedesse à retificação da GFIP nos anos de 2012 e 2013, alterando-se a opção do Simples Nacional.

Afirma que houve a interposição de manifestação de inconformidade em relação ao ADE nº 039/2015. Afirma que o ADE é nulo de pleno direito em razão dos vícios insanáveis.

DAS RAZÕES DE FATO

A Impugnante é uma sociedade empresária limitada que exercia, à época dos fatos geradores da autuação, as atividades de prestação de serviços de portaria e de limpeza e conservação em estabelecimentos comerciais, empresariais e residenciais, optante pelo Simples Nacional, e sempre diligenciou no fiel cumprimento das obrigações fiscais, em especial quanto, ao adimplemento dos tributos e contribuições federais. Acontece que a Impugnante foi surpreendida com o recebimento do Ato Declaratório de Exclusão 039/2015, de 15 de dezembro de 2015, em que declarou a sua exclusão do Simples Nacional retroativamente a 10/02/2010 pela perfunctória ocorrência da situação excludente pela prática de atividade supostamente vedada tendo em vista a realização de cessão de mão de obra. Com efeito, foi lavrado Auto de Infração relativamente a contribuições sociais previdenciárias.

Tais alegações não devem prosperar. Isto porque, tal exclusão não poderia se dar de maneira retroativa em obediência ao princípio da segurança jurídica. A Impugnante exercia, tão-somente, as atividades de prestação de serviços de portaria e de limpeza e conservação em estabelecimentos comerciais, empresariais e residenciais, conforme se atesta as cópias de todos os contratos firmados à época dos fatos geradores da cobrança ora atacada, não exercendo, portanto, atividade de cessão de mão de obra, conforme entendeu o agente público. Dessa forma, a exclusão em questão haverá de ser considerada insubsistente para todos os fins legais devendo ser considerada nula de pleno direito.

A EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES NACIONAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Conforme se observa da leitura do ADE 039/2015, que, embora não contenha a verdadeira justificativa para a exclusão da defendente do regime simplificado, tal procedimento se deu de maneira retroativa, ou seja, a partir de 10 de fevereiro de 2010. Tal procedimento não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio ferindo frontalmente o princípio da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora, repise-se, não conste de forma clara, objetiva e precisa no ato administrativo em comento, nos parece que, pela interpretação do autuante a Impugnante exerceu atividades de portaria e zeladoria de edifícios mediante a cessão de mão de obra, que, segundo o seu entendimento se enquadra na regra de vedação contida no art. 17, XII, da LC 123/2006. Traz a descrição que constam dos Relatórios Fiscais acostados aos autos dos processos nº 10580.729903/2015-31 e 10580.729902/2015-96.

Destaque-se que o auditor fiscal sequer cita em seu procedimento administrativo as demais atividades constantes no contrato social à época. Mesmo porque, de fato, a Impugnante somente exerceu as atividades de portaria e zeladoria de edifícios. A questão do enquadramento de uma atividade como cessão de mão de obra é bastante subjetiva e gera controvérsias intermináveis. É indubitável a evidente contrariedade para o enquadramento de prestação de serviços com a presença da figura da cessão de mão de obra. Por duas razões óbvias. A uma, porque nem sempre o fato dos serviços serem prestados nas dependências do contratante representa a cessão de mão de obra. A duas, somente seria possível a constatação da presença da cessão de mão de obra a sua verificação *in loco* quando da visita às dependências do contratante, o que certamente não ocorreu no caso em exame.

Tanto é controversa a questão que foi necessária a edição de uma Solução de Divergência, pela COSIT, de nº 14 datada de 14 de outubro de 2014, para a solução da controvérsia. Ou seja, somente no mês de outubro de 2014 é que a administração tributária pacificou a matéria tornando-se, a decisão da COSIT, vinculante para toda a administração. A divergência se deu por conta da Solução de Consulta nº 11/2011, da DISIT da 3ª Região Fiscal, que transcreve. Aquela DISIT da 3ª Região Fiscal além de admitir o enquadramento da atividade de portaria e zeladoria no Simples Nacional também disciplinou a tributação pelo Anexo IV, da mesma forma que a atividade de vigilância. E foi justamente com base naquele posicionamento, embora não vinculante à época, é que a Impugnante enquadrou a sua atividade de portaria de edifícios e optante pelo Simples Nacional.

Não é justo, portanto, que a interpretação agora dada pela Solução de Divergência COSIT nº 14/2014, datada de 14 de outubro de 2014, possa alcançar fatos geradores pretéritos causando enormes prejuízos à Impugnante e ferindo frontalmente o consagrado princípio da segurança jurídica da razoabilidade e da proporcionalidade.

O contribuinte, além de sujeitar-se às constantes modificações dos textos legais, na maior parte das vezes, nebulosos e imprecisos acarretando insegurança jurídica deve, ainda, conviver com a insegurança trazida pelos controversos entendimentos dos agentes públicos, mormente aqueles vinculados à fiscalização federal. Cita doutrinas e várias considerações sobre a segurança jurídica, princípio da proporcionalidade, irretroatividade legal, dentre outros, e julgado do Supremo Tribunal Federal - STF. Conclui que além da violação ao princípio da segurança jurídica o ato declaratório que culminou na exclusão da Impugnante do Simples Nacional de maneira retroativa atentou ainda contra o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que os motivos que ensejaram tal exclusão eram, na época dos fatos geradores, manifestamente controversos. Tanto assim, que a COSIT foi obrigada a se manifestar, na data de 14 de outubro de 2014, muito após os fatos geradores em questão, através da Solução de Divergência destacada. Portanto, confere-se à segurança jurídica, bem como é justo, razoável e proporcional que a exclusão, se devida, seja aplicável, tão somente, a partir da ciência do ADE nº 039/2015 pela Impugnante, que se deu em 18 de dezembro de 2015.

O CONCEITO DE "CESSÃO DE MÃO DE OBRA" E A SUBSUNÇÃO AOS SERVIÇOS DE PORTARIA E ZELADORIA

Em que pese, repita-se, não conste de forma clara, precisa e objetiva nesse sentido no ADE em comento, parece-nos que a questão central é o enquadramento das atividades da Impugnante (portaria e zeladoria) como cessão de mão de obra. O auditor fiscal signatário do ADE enquadrou os serviços prestados pela autuada, quais sejam, de portaria e zeladoria de edifícios, com base em dois argumentos básicos: a) por estarem supostamente enquadrados como "cessão de mão de obra"; e, b) os serviços de zeladoria não se confundem com os serviços de vigilância e segurança.

Recorre ele ao Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 que define como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação. Com efeito, no pensar do auditor fiscal a empresa estaria indevidamente enquadrada no regime do Simples Nacional por exercer atividade vedada de locação ou cessão de mão de obra, conforme o comando do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006.

Inicialmente, importa evidenciar que a cessão (ou locação) é espécie do gênero prestação de serviços e se configura quando o esforço humano posto à disposição do contratante (o tomador dos serviços) consiste na própria colocação da mão-de-obra, para que este dela faça uso, segundo suas conveniências e necessidades. Portanto, as referidas

atividades guardam, entre si, relação do tipo gênero/espécie. Pode haver a contratação de prestação de serviços mediante utilização de pessoal pertencente a quadro próprio do prestador, que se encarrega da respectiva execução, ou, em outras palavras, de dar cumprimento à assumida obrigação de fazer. Nestes casos, embora exista prestação de serviços, não há a cessão ou locação de mão de obra.

Dessa forma, o elemento diferenciador entre a *prestação de serviços* (gênero) e a *cessão de mão de obra* (espécie) reside no fato de não haver a subordinação dos empregados ao contratante (tomador dos serviços). Com efeito, se houver a subordinação restará caracterizada a *cessão de mão de obra*. Doutro modo, ou seja, se não houver a subordinação ao tomador dos serviços não existirá a *cessão de mão de obra*, mas sim uma mera *prestação de serviços*. Cita doutrina. A colocação dos empregados nas dependências da contratante é para a obtenção do produto final que culminará com a prestação de serviços de zeladora e de portaria.

Ela presta os serviços de portaria e zeladoria para os contratantes mediante a colocação dos seus colaboradores nas dependências daqueles, mas sob a sua inteira responsabilidade técnica, subordinação e fiscalização. Não há a intervenção nesse sentido do tomador dos serviços na gestão do pessoal da portaria ou zeladoria. Havendo qualquer irregularidade ou a má prestação dos serviços, o contratante se reportará diretamente aos gestores da empresa para que, aí sim, possa orientar ou até mesmo punir em caso de eventual insubordinação ou má prestação dos serviços, segundo as regras da legislação do trabalho. Transcreve cláusulas de alguns contratos firmados e juntados aos processo administrativos nºs 10580.729903/2015-31 e 10580.729902/2015-96 pela fiscalização, quais sejam: cláusula quarta do contrato firmado com ACP Empreendimentos Ltda (Condomínio Residencial Eunice Weaver Sudoeste); cláusula quarta do contrato firmando com Call Tecnologia e Serviços Ltda; cláusula quarta do contrato firmado com Armini Soares Assessoria Ltda; e, cláusulas segunda, terceira e quinta do contrato firmado com Monte Líbano Imóveis e Engenharia Ltda.

Invoca precedente do CARF no âmbito do processo administrativo nº 13116.000218/2010-99, cujo acórdão prolatado restou demonstrado que a pessoa jurídica atuada cedeu ou locou mão de obra.

No caso em exame, em que, segundo o contribuinte, se amolda ao julgado do CARF acima transcrito, se observa que as cláusulas contratuais impõem que a contratada observe estritamente às imposições legais e regulamentares. Da mesma forma, é de sua responsabilidade - da contratada - o fornecimento de todos os insumos necessários para a prestação dos serviços (materiais de limpeza, fardamento, crachás, etc). Ademais, evidenciam ainda que a gestão de toda a prestação dos serviços será única e exclusivamente da empresa contratada, sem que tenha havida a fixação de qualquer remuneração adicional nesse sentido. Finalmente, a responsabilidade das contratantes é bastante limitada não lhes sendo atribuída nenhuma parcela de responsabilização pela prestação dos serviços, que é exclusiva da contratada, ora Impugnante. Cita entendimento judicial.

DO PEDIDO

Diante das razões acima expostas, requer a impugnante seja reconhecida a nulidade das lavraturas fiscais.

A DRJ/RPO julgou improcedente a Impugnação, conforme acórdão nº **14-61.161**, de 07 de junho de 2016, o qual recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. DESCRIÇÃO DA CAUSA DA EXCLUSÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. DESCRIÇÃO, EM OUTRO PROCESSO, DOS FATOS QUE CONDUZEM À CAUSA DE EXCLUSÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CIÊNCIA PELO CONTRIBUINTE.

É perfeito o Ato Declaratório de Exclusão que contém a causa de fato motivadora da exclusão e indica os fundamentos legais pertinentes.

Não configura causa de nulidade o fato da descrição das causas que configuram a hipótese de exclusão constarem de outros processos em relação aos quais, inequivocamente, o contribuinte teve pleno conhecimento. Hipótese na qual não se exige a narrativa preliminar no contexto de fato justificador, mas a mera existência do ato de exclusão e, a seguir, a instauração do contencioso legítimo à discussão da matéria.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CABIMENTO.

Configura hipótese de exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional, o contexto de prestação de serviços de portaria, limpeza e conservação mediante cessão de mão de obra. Regime de prestação de serviços que se afere a partir do perfeito enquadramento das cláusulas dos contratos celebrados em face da norma insculpida no artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

SERVIÇOS DE PORTARIA E VIGILÂNCIA. DISTINÇÃO. ATO NORMATIVO ADMINISTRATIVO.

A distinção feita por ato normativo administrativo, em aspectos conceitual e prático, entre os serviços de portaria e vigilância, integra o conteúdo da hipótese de exclusão, prejudicando os argumentos do contribuinte, quando verificado que a realidade dos fatos lhe é contrária ao argumento. Inteligência da Solução de Divergência nº 14 - COSIT, de 14/10/2014.

SIMPLES NACIONAL. ADE. PRODUÇÃO DE EFEITOS. IRRETROATIVIDADE.

A produção de efeitos da exclusão do Simples Nacional encontra seu cabimento e disciplina específicos no enquadramento da hipótese de exclusão nos casos previstos na Lei Complementar nº 123/2006, não havendo que se falar em retroatividade vedada.

Não configura nulidade ou vício material no ADE o reconhecimento de que, em determinada data no passado, o contribuinte incorreu em causa de exclusão obrigatória do Simples Nacional, e, não obstante isto, não comunicou tal fato à Administração Tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. VALIDADE.

É válido o Auto de Infração lavrado após a respectiva exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional, exigindo-se as contribuições outrora indevidas face à opção que se afasta pelo Ato Declaratório Executivo.

Irresignado, o Recorrente apresenta Recurso Voluntário de e-fls. 229, onde repisa argumentos e fundamentos já apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade.

Ao final, requer que:

a) o auto de infração seja nulo de pleno direito tendo em vista a existência de vícios insanáveis;

b) o presente Recurso Voluntário seja julgado procedente *in totum*;

c) seja afastada a caracterização da “cessão de mão de obra” para os serviços de portaria e zeladoria de edifícios;

d) alternativamente, que seja inadmitida a exclusão do regime simplificado de forma retroativa, devendo gerar efeitos apenas a partir da ciência do Ato Declaratório nº 039/2015; e,

e) finalmente, sejam admitidas todas as provas admitidas no processo administrativo, na doutrina e na jurisprudência, em razão do princípio da verdade material, especialmente, se necessária, na realização de diligências e perícias.

É o relatório do essencial.

VOTO

Conselheiro Aílton Neves da Silva, Relator.

Admissibilidade e tempestividade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 65 da Portaria MF nº 1.634/2023 (Regimento Interno do CARF).

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, entretanto, será ele conhecido parcialmente, tendo em conta que guarda no seu bojo alegação de violação a princípios constitucionais, matéria cuja apreciação é vedada aos órgãos de julgamento do CARF, conforme reza a Súmula CARF nº 02:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Mérito

De início, constata-se que o Recorrente colaciona aos autos Acórdão do CARF no âmbito do processo administrativo nº 13116.000218/2010-99, sustentando que o caso em exame se amolda perfeitamente àquela decisão.

Cumprе ressaltar que a decisão administrativa citada não tem aplicação ao presente caso face à ausência de base legal que lhe atribua a eficácia normativa de que cuida o art. 100, inciso II, do CTN¹, motivo por que seus efeitos estão estritamente vinculados às partes envolvidas naquele litigio, não sendo passíveis de extensão a esta lide administrativa.

No mais, tendo em conta que o Recorrente repisa argumentos já enfrentados no Acórdão de Manifestação de Inconformidade e não oferece novos elementos de prova, decido mantê-lo pelos seus próprios fundamentos, valendo-me do disposto no parágrafo 12 do art. 114 da Portaria MF nº 1634, de 21 de dezembro de 2023 (RICARF), pedindo vênia para reproduzir parte deles na sequência:

(...)

FIXAÇÃO DA LIDE ADMINISTRATIVA

Basicamente, o contribuinte traz aos autos os mesmos argumentos já apresentados na manifestação de inconformidade acostada aos autos do processo administrativo nº 10580.729906/2015-74 (fls. 94/120), ou seja, argumentos visando afastar a sua exclusão do Simples Nacional:

- a) ausência de uma motivação mais abrangente que tenha levado à lavratura do ADE, de forma a implicar a nulidade deste;
- b) inocorrência da situação de cessão de mão de obra, mas de uma mera prestação de serviços; e,
- c) impossibilidade da produção de efeitos, na hipótese, sob a forma retroativa.

Finaliza, contudo, postulando pelo reconhecimento da nulidade da lavratura fiscal, como consequência da invalidade do ADE.

Saliento que não há nos autos qualquer argumento que impugne as bases de cálculo adotadas e a composição do lançamento, bem assim as alíquotas adotadas, de forma que

¹ Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

- I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
- IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

estas matérias devem ser consideradas como não impugnadas, na forma do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Ante o exposto, apesar da matéria relativa à exclusão do Simples Nacional contar com processo específico (autos do processo administrativo nº 10580.729906/2015-74), rememoro os fundamentos pelos quais restou mantido o Ato Declaratório Executivo nº 039/2015.

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ADE

Inicialmente, há que se reconhecer que parcial razão assiste ao sujeito passivo. Com efeito, os autos do processo administrativo nº 10580.729906/2015-74 já se iniciam com o ADE nº 39/2015 às fls. 02/03. Acostados ao mesmo, tem-se os seguintes elementos: a) contratos sociais e respectivas alterações do contribuinte; b) contratos de prestação de serviços e respectivos termos aditivos. Todos estes elementos reunidos no plexo documental de fls. 05/90. Assim, efetivamente, naqueles autos não consta mesmo qualquer narrativa pela fiscalização sobre os fatos pelos quais houve a exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional.

No entanto, em que pese este reconhecimento, creio que a questão merece uma abordagem mais razoável. Como deflui do instrumento de manifestação de inconformidade, o contribuinte teve pleno conhecimento sobre os fatos motivadores da sua exclusão, tendo acesso mesmo às alegações fiscais constantes do Relatório Fiscal acostado aos presentes autos de processo administrativo nº 10580.729902/2015-96, transcrito alhures quando do Relatório deste Voto.

Nesse sentido, penso, salvo outro juízo, que não há nulidade a ser reconhecida.

A um, porque embora a descrição dos fatos que conduziram a fiscalização ao entendimento da cessão de mão de obra não conste do processo de exclusão do Simples Nacional propriamente dito, é de se notar que todas as lavraturas fiscais (Autos de Infração), estão providas por Relatórios Fiscais que de forma suficiente e clara, apresentam todos os elementos inerentes à motivação do ADE.

A dois, porque a fiscalização ressalta que ao contribuinte foi dada a oportunidade de ter conhecimento, ao mesmo tempo, da exclusão promovida pelo ADE e das lavraturas fiscais. Tanto assim é que consta a ciência pessoal quanto aos Autos de Infração e o quanto ao ADE em 18/12/2015.

A três, porque o instrumento de manifestação de inconformidade é eloqüente ao desvendar o conhecimento do contribuinte quanto aos fatos e à motivação ensejadores do ADE. Nesse sentido, a manifestação de inconformidade torna inequívoco que o contribuinte conheceu todos os elementos de convicção, argumentos e provas que fundamentaram o ADE, tendo apresentado farto arrazoadado de argumentos no sentido do seu desfazimento.

Por fim, mesmo a Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, ao dispor sobre o processo de exclusão, não exige que haja uma representação administrativa que preceda ao ADE, confira-se:

Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 121, de 08 de abril de 2015)

§ 4º Não havendo, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, §6º)

(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 121, de 08 de abril de 2015)

O que se exige, e isto foi devidamente cumprido pela fiscalização, é que o contribuinte tenha ciência do ADE, e neste conste o motivo da sua lavratura. A par disto, exige-se que se permita ao contribuinte discutir o cabimento ou não do ADE, e assim foi feito no contexto dos autos do processo administrativo nos 10580.729906/2015-74 (manifestação de inconformidade), de forma que este Relator concluiu pela divergência quanto ao entendimento apresentado pelo contribuinte, não reconhecendo qualquer vício capaz de ensejar a nulidade do ADE.

Como corolário, não há que se falar em nulidade das lavraturas fiscais daí decorrentes, como se abordará em tópico específico, posteriormente.

Da causa de exclusão - Realização da atividade de cessão de mão de obra

Ficou consignado nos autos do processo administrativo nº 10580.729906/2015-74 que o ADE adotou como data da ocorrência, 10 de fevereiro de 2010.

Compulsando aqueles autos, demonstrou-se que o contrato firmado nesta data é o juntado às fls. 72/78 (autos do processo administrativo nos 10580.729906/2015-74), subscrito pelo contribuinte e pelo CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PARQUE DO SOSSEGO, este representado pela empresa MONTE LÍBANO IMÓVEIS E ENGENHARIA LTDA. Vejamos seu teor:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

1.1 O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços de Serviços Gerais, (01 posto de serviços), sendo este efetuado 06 (seis) vezes por semana, de segunda a sábado, totalizando 44 horas semanais, Portaria 24hs (Vinte e Quatro) horas, (01 posto de serviços) de segunda - feira a domingo, com escala 12 x 36 horas que será efetuada nas dependências do Condomínio Residencial Parque do Sossego, acima qualificado.

1.2 Serviços de jardinagens (poda e manutenção de grama) a cada três meses.

1.3 Serviços de dedetização, desinsetização, descupinização e desratização da área comum, a cada 06 (seis) meses.

1.4 Será de responsabilidade do funcionário contratado função serviços gerais as seguintes obrigações: Varredura de todo o pátio, catar papel ou outros objetos da grama, limpar galerias uma vez por semana, podar grama e arvores da área comum, limpeza da área de lazer, salão de festas incluindo a lavagem do banheiro, churrasqueira, paredes etc, verificar sempre se tem algum objeto nas canaletas de escoamento da água e providenciar sua retirada, lavar lixeira toda vez que o lixo for retirado, abrir os cadeados da lixeira nos dias de coleta, caiação do meio fio, limpeza dos blocos conforme cronograma.

Será de responsabilidade dos funcionários da portaria identificar e controlar o acesso ao interior do condomínio, identificando os arrendatários e anotando inclusive o RG dos visitantes, placas dos veículos (carro, moto, caminhão, etc). Deverá ainda solicitar autorização do arrendatário para o acesso ao interior do condomínio, ficando o arrendatário responsável pela sua conduta e atos praticados no interior do condomínio. Deverá anotar as ocorrências estranhas no livro de registro e comunicar imediatamente ao seu superior, se for o caso chamar a autoridade competente (Polícia).

CLÁUSULA TERCEIRA - DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

3.1 Caberá à CONTRATANTE fornecer materiais, tais como: ferramentas, utensílios, insumos, e equipamentos em perfeito estado de conservação e uso, conforme quantidade necessária, para o perfeito desempenho dos serviços objeto do contrato, dentre outros que se fizerem necessários à execução dos serviços contratados.

3.2 A CONTRATADA se obriga a confiar a execução dos serviços, objeto deste Contrato, a profissionais especializados, e habilitados por ela devidamente selecionados.

3.3 Os funcionários ficarão, para todos os efeitos legais e administrativos, sob a responsabilidade da CONTRATADA, a quem cabe responder pelos atos e omissões por eles praticados no desempenho de suas funções.

3.4 Todos os funcionários deverão ser devidamente treinados para execução dos serviços contratados, bem como uniformizados e identificados através de crachás que deverão estar em lugar visível acima da linha da cintura.

3.5 Fica sob inteira responsabilidade da CONTRATADA, todos os encargos trabalhistas, civis, previdenciários, securitários, inclusive salários, FGTS, férias, aviso-prévio, dissídios coletivos e convenções coletivas de trabalho, e, ainda, todos os tributos federais, estaduais, municipais e autárquicos, seja qual for sua forma de cobrança.

3.6 Por ocasião de férias, doença ou qualquer outro tipo de impedimento, o funcionário deverá ser imediatamente substituído, sem qualquer ônus para a CONTRATANTE.

... omissis ...

CLÁUSULA QUARTA - DO VALOR DO CONTRATO, FORMA DE PAGAMENTO E REAJUSTE.

4.1. Pelos serviços executados a CONTRATANTE pagará a CONTRATADA, pelos serviços de Serviços Gerais e Portaria 24 horas a quantia mensal de R\$ 10.441,24, (Dez Mil Quatrocentos e Quarenta e Um Reais e Vinte e Quatro Centavos), estando nele incluídas todas as despesas necessárias à sua perfeita execução, e ainda, o preço dos serviços contratados somente será reajustado nas ocasiões e nas mesmas proporções fixadas nos dissídios coletivos da categoria dos empregados, bem como quando vierem a ser concedidas, por determinação legal, antecipações salariais ou outras vantagens conquistadas pela categoria, vinculadas ao dissídio coletivo, ou na hipótese de, eventualmente, vierem a ocorrer imprevisíveis alterações na política econômica e/ou no padrão monetário do País, capazes essas de provocar o desequilíbrio na equação econômica do presente contrato, desde que informado a CONTRATANTE os motivos de tal alteração.

4.2. O pagamento pelos serviços efetivamente prestados, durante o mês, objeto deste Contrato, será efetuado em moeda nacional até o décimo dia do mês seguinte ao mês de prestação do serviço, com apresentação de documento de cobrança correspondente até o dia dez de cada mês, devidamente atestado pelo setor competente, acompanhado dos seguintes documentos;

a) Guia de recolhimento (GPS) do INSS quitada.

b) Guia de recolhimento (GEFIP) do FGTS quitada.

c) Relação de empregados - RE-SEFIP.

d) Recibo de pagamento de salário de cada empregado.

e) Folha ou ficha do registro do empregado.

f) Cartão de Ponto

g) Recibo de Quitação da nota fiscal ... omissis ...

4.8. A CONTRATANTE efetuará retenção, na fonte, dos tributos e contribuições devidos sobre todos os pagamentos feitos à CONTRATADA.

CLÁUSULA QUINTA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES

5.1 DA CONTRATADA

5.1.1 Executar os serviços contratados em conformidade com as exigências contidas neste instrumento;

5.1.2 Responder pelos danos causados, dolosa ou culposamente, nas dependências ou bens da CONTRATANTE, em horário que estiverem de serviço;

5.1.3 Substituir a pedido da CONTRATANTE e segundo justificativa razoável, o funcionário que não se portar condizentemente com sua função e horário de trabalho;

5.1.4 Manter o seu pessoal devidamente uniformizado equipado e munido do respectivo cartão de identificação.

5.1.5. Manter rigorosa fiscalização dos serviços sob pena a sua responsabilidade, ou de seus empregados;

5.1.6 Responsabilizar-se, independente dos motivos de falta de seus empregados, pela execução de todos os serviços especificados no presente Contrato;

... omissis ...

5.1.8. Cumprir a legislação trabalhista com relação a seus empregados e, quando for o caso, com relação aos empregados de terceiros contratados;

... omissis ...

5.2 - DA CONTRATANTE

5.2.1. Cumprir todos os compromissos financeiros assumidos com a CONTRATADA;

5.2.2. Fornecer e colocar à disposição da CONTRATADA todos os elementos e informações que se fizerem necessários à execução dos serviços.

5.2.3 Proporcionar condições para a boa execução dos serviços;

5.2.4 Notificar, formal e tempestivamente, a CONTRATADA sobre as irregularidades observadas no cumprimento deste contrato;

5.2.5 Fiscalizar o presente contrato através do setor competente.

Os demais contratos juntados aos autos demonstram um contexto de fato idêntico ao tratado pelo contrato acima transcrito. Aliás, possuem cláusulas que guardam previsões similares. Veja-se:

a) contrato de fls. 20/24 (autos do processo administrativo nº 10580.729906/2015-74), de 16/11/2010 - ACP Empreendimentos Ltda x Salvador Serviços Patrimoniais:

CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO

O objeto do presente contrato é o da prestação de locação de mão de obra de:

a)- 03 (três) postos de Agente de Limpeza, no horário administrativo, com carga horária de 44 horas semanais, distribuídas da seguinte forma: se segunda-feira à sexta-feira, das 08:00 horas às 12:00 horas e das 13:00 horas às 17:00 horas, e aos sábados das 08:00 horas às 12:00 horas;

b)- 01 (um) posto de Portaria 24 horas.

c) - Roçagem trimestral nas áreas verdes do Condomínio;

d)- Lavagem semestral de tanques superior e inferior;

e)- Fornecimento de Materiais de Limpeza;

f) - Serviços semestrais de dedetização e desinsetização;

g) - Limpeza semestral de Caixas de Gordura e inspeção;

h) - Serviços semestrais de descupinização.

CLÁUSULA SEGUNDA - ATIVIDADES

A CONTRATADA, por força do aqui convencionado, obriga-se durante o horário de trabalho, a exercer atividades de limpeza e portaria, empregando para tanto, pessoas habilitadas, uniformizadas e adequadamente preparadas para trabalharem no **CONDOMÍNIO RESIDENCIAL EUNICE WEAVER SUDOESTE**.

b) contrato de fls. 27/31 (autos do processo administrativo nº 10580.729906/2015-74), de 08/04/2011 - CALL Tecnologia e Serviços Ltda x Salvador Serviços Patrimoniais:

CLÁUSULA I - DO OBJETO

O OBJETO do presente contrato consiste na prestação de serviços nas dependências do Call Tecnologia e Serviços Ltda, localizado na Rua Portugal, nº 154 - Comercio CEP 40015-000, Salvador - BR, por parte da CONTRATADA, conforme descritivo abaixo:

Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de porteiros diurnos, e de forma contínua;

Prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização predial (área interna);

... omissis ...

CLÁUSULA IV-DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

1) Exercer a direção técnica e administrativa dos serviços ora contratados;

2) Fiscalizar, ao menos duas vezes por semana, os serviços objeto deste contrato;

3) Instruir os empregados no sentido de fazer cumprir fielmente as normas internas que lhe forem transmitidas pela CONTRATANTE.

... omissis...

11) Assegurar ao CONTRATANTE, o direito de fiscalizar os serviços, devendo a CONTRATADA atender e sanar prontamente as observações que foram efetuadas;

12) Providenciar a imediata substituição de seus empregados do recinto do CONTRATANTE, quando sua permanência, a critério daquele, for julgada indesejável ou não atenda às suas exigências;

13) Informar, obrigatoriamente, por escrito, toda e qualquer movimentação de empregado, seja por motivo de substituição, demissão, licença médica, etc;

... omissis ...

15) Substituir funcionário que porventura falte ao serviço no prazo máximo de 02 (duas) horas. No caso de porteiros, o porteiro seguinte só poderá se ausentar após o porteiro que irá substituí-lo assumir o posto;

c) contrato de fls. 36/40 (autos do processo administrativo nº 10580.729906/2015-74), de 01/02/2011 - Armini Soares Assessoria Ltda x Salvador Serviços Patrimoniais:

CLÁUSULA I - DO OBJETO

O OBJETO do presente contrato consiste na prestação de serviços nas dependências do Condomínio Residencial Morada das Flores, localizado à Travessa Maria Quitéria S/N - Itinga CEP 42.700-000, Salvador - BR, por parte da CONTRATADA, conforme descritivo abaixo:

Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de porteiros diurnos e noturnos, de forma contínua;

Prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização predial (área interna dos blocos, guarita, lixeiras, salão de festas e banheiros do salão de festas e da guarita, e toda a área de uso comum do condomínio);

Prestação de serviços de limpeza conservação e manutenção de áreas externas (pátios e estacionamento cimentados e/ou bloquitos, quadras, área de churrasqueiras/quiosques e jardins), com fornecimento de material de limpeza necessários;

... omissis...

CLÁUSULA IV-DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

1) Exercer a direção técnica e administrativa dos serviços ora contratados;

2) Fiscalizar, ao menos duas vezes por semana, os serviços objeto deste contrato;

3) Instruir os empregados no sentido de fazer cumprir fielmente as normas internas que lhe forem transmitidas pela CONTRATANTE.

... omissis...

11) Assegurar ao CONTRATANTE, o direito de fiscalizar os serviços, devendo a CONTRATADA atender e sanar prontamente as observações que foram efetuadas;

12) Providenciar a imediata substituição de seus empregados do recinto do CONTRATANTE, quando sua permanência, a critério daquele, for julgada indesejável ou não atenda às suas exigências;

13) Informar, obrigatoriamente, por escrito, toda e qualquer movimentação de empregado, seja por motivo de substituição, demissão, licença médica, etc;

... omissis ...

15) Substituir funcionário que porventura falte ao serviço no prazo máximo de 02 (duas) horas. No caso de porteiros, o porteiro seguinte só poderá se ausentar após o porteiro que irá substituí-lo assumir o posto;

d) contrato de fls. 81/84 (autos do processo administrativo nº. 10580.729906/2015-74), de 01/03/2011 - UPB - União dos Municípios da Bahia x Salvador Serviços Patrimoniais;

CLÁUSULA I - DO OBJETO

O OBJETO do presente contrato consiste na prestação de serviços nas dependências do UPB - União dos Municípios da Bahia, localizado na 3ª. Avenida nº 320 CAB - Centro Administrativo da Bahia CEP 41.745-005, Salvador - BR, por parte da CONTRATADA, conforme descritivo abaixo:

Prestação de Serviços de fornecimento de mão de obra de porteiros 24 horas ininterruptos, de forma contínua;

Prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização predial (área interna);

... omissis...

CLÁUSULA IV-DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

1) Exercer a direção técnica e administrativa dos serviços ora contratados;

2) Fiscalizar, ao menos duas vezes por semana, os serviços objeto deste contrato;

3) Instruir os empregados no sentido de fazer cumprir fielmente as normas internas que lhe forem transmitidas pela CONTRATANTE.

... omissis ...

Assegurar ao CONTRATANTE, o direito de fiscalizar os serviços, devendo a CONTRATADA atender e sanar prontamente as observações que foram efetuadas;

11) Providenciar a imediata substituição de seus empregados do recinto do CONTRATANTE, quando sua permanência, a critério daquele, for julgada indesejável ou não atenda às suas exigências;

13) Informar, obrigatoriamente, por escrito, toda e qualquer movimentação de empregado, seja por motivo de substituição, demissão, licença médica, etc;

... omissis...

15) Substituir funcionário que porventura falte ao serviço no prazo máximo de 02 (duas) horas. No caso de porteiros, o porteiro seguinte só poderá se ausentar após o porteiro que irá substituí-lo assumir o posto;

Assim, dada a similitude das previsões, adotado que foi o contrato de fls. 72/78 em relação aos autos do processo administrativo no. 10580.729906/2015-74, firmado entre o CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PARQUE DO SOSSEGO e o contribuinte como paradigma de análise, de forma que as seguintes conclusões devem ser adotadas em relação aos demais contratos. Nesse sentido, a mera verificação do contrato citado já contrapõe todos os argumentos apresentados pelo contribuinte.

Em primeiro lugar, é indubitoso que a cessão de mão de obra é uma forma de prestação de serviços. A prestação de serviços, enquanto gênero de uma forma de prestação contratual, pode envolver várias formas de execução, daí dizer-se do contrato de execução livre. Tanto assim é que o próprio artigo 31 da Lei nº 8.212/91, assim se manifesta:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2 Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 3 Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

*II - Vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).
...omissis ...*

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 6 Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Portanto, ao adotar a expressão "mediante" está alocando a sua forma de execução (cessão de mão de obra) ao serviço contratado. Não se tem, dessa forma, a cessão de mão de obra como um serviço com existência distinta e tangivelmente impermeável a outras formas de execução, mas sim, como a própria forma de execução de um serviço.

E o próprio artigo 31 define o que vem a ser esta forma de execução do serviço, caracterizada como uma cessão de mão de obra:

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

Deste conceito não destoa o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

*§ 2º Enquadram-se na situação prevista no **caput** os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:*

I - limpeza, conservação e zeladoria;

...omissis...

II - vigilância e segurança;

... omissis....

XX - portaria, recepção e ascensorista;

... omissis...

§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra.

§ 4º O valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

§ 5º O contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

§ 6º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

§ 7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos,

que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

§ 8º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social normatizar a forma de apuração e o limite mínimo do valor do serviço contido no total da nota fiscal, fatura ou recibo, quando, na hipótese do parágrafo anterior, não houver previsão contratual dos valores correspondentes a material ou a equipamentos.

§ 9º Na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente poderá ser compensado nas competências subseqüentes, inclusive na relativa à gratificação natalina, ou ser objeto de restituição, não sujeitas ao disposto no § 3º do art. 247. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§10. Para fins de recolhimento e de compensação da importância retida, será considerada como competência aquela a que corresponder à data da emissão da nota fiscal, fatura ou recibo.

§ 11. As importâncias retidas não podem ser compensadas com contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social para outras entidades.

*§ 12º O percentual previsto no **caput** será acrescido de quatro, três ou dois pontos percentuais, relativamente aos serviços prestados pelos segurados empregado, cuja atividade permita a concessão de aposentadoria especial, após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)*

Dessa maneira, as atividades prestadas pelo contribuinte nos contratos celebrados (portaria e limpeza) são textualmente consideradas como serviços prestados mediante cessão de mão de obra, nos termos do artigo 31, § 4º., inciso I da Lei nº 8.212/91 e 219, § 2º., inciso I do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº. 3.048/99.

Em segundo lugar, ainda que assim não fosse comparando-se as cláusulas contratuais acima transcritas ao conceito legal temos que:

- a) a mão de obra empregada na execução do serviço é própria do contribuinte/contratado.
- b) esta mão de obra é colocada nas dependências dos contratantes (condomínio/empresas), para a execução dos serviços gerais e portaria, conforme escalas de revezamento.
- c) as responsabilidades do funcionário contratado para "serviços gerais" (cláusula 1.4) e do funcionário da portaria (cláusula 1.5) são nítidas da empresa que aloca segurados para a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra.
- d) observando-se as normas de experiência em face do que ordinariamente acontece, qualquer pessoa que já morou ou esteve em algum condomínio sabe que, na esmagadora maioria dos casos, os empregados encarregados da limpeza, conservação, segurança e portaria pertencem a uma empresa distinta, contratada pelo condomínio. Disto não se pode negar!
- e) o fornecimento e a alocação dos segurados são de controle do contribuinte/contratado, de forma que a este cabe colocar este ou aquele segurado à disposição do contratante (cláusulas 3.1 a 3.6).
- f) o valor do contrato tem por base as oscilações inerentes à estrutura remuneratória das relações de trabalho, de forma que, havendo alterações em relação à

remuneração dos segurados pelo contribuinte cedente da mão de obra, inexoravelmente haverá alteração do valor do contrato (cláusula 4.1), prevendo-se a retenção de 11% determinada pelo artigo 31 da Lei nº 8.212/91 (cláusula 4.8).

Corroborar com todo o exposto a tela extraída da rede mundial de computadores que demonstra que o contribuinte, efetivamente, tem por finalidade a cessão de mão de obra:

(...)

Mais um aspecto que comprova a realização de efetiva cessão de mão de obra por parte do contribuinte é o grande número de Guias da Previdência Social - GPS, recolhidas em seu CNPJ no código de pagamento 2631 - Retenção sobre nota fiscal. Veja-se as telas:

(...)

Ora, é cediço que o expediente pelo qual se procede ao destaque de percentual sobre a nota fiscal de serviço, e se promove o correspondente recolhimento no CNPJ do sujeito que sofre o destaque configura taxativo e inequívoco procedimento atinente à prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, na forma do artigo 31, § 1º, da Lei nº 8.212/91, já citado.

Destarte, é irretorquível que o contribuinte exerceu típica atividade de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, de forma que esta atividade encontra-se prevista como cláusula de vedação contida no artigo 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123/2006.

No que tange à Solução de Divergência nº 14 - COSIT, de 14/10/2014, eis a sua conclusão:

Conclusão

23. Por todo exposto, conclui-se que o serviço de portaria por cessão de mão de obra não se confunde com os de vigilância, limpeza e conservação, e portanto não se enquadram na exceção do inciso VI §5º.-C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e sim na regra de vedação do inciso XII do art. 17 dessa mesma lei.

De sua parte, o artigo 18, § 5º-C da Lei Complementar nº 123/2006 assim se posiciona:

Art. 18 (...)

§ 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:

... omissis ...

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

O inciso VI do artigo 13 da Lei Complementar nº 123/2006 se refere à contribuição patronal prevista no artigo 22 da Lei nº 8.212/91. Por sua vez, o Anexo IV da Lei Complementar nº 123/2006 apenas traz uma tabela alternativa de alíquotas progressivas sobre a receita bruta, deixando de lado a contribuição a cargo da empresa, que, na específica hipótese do optante do Simples Nacional exercer as atividade de

vigilância, limpeza ou conservação, na forma do § 5º-C do artigo 18, *in fine*, "deve ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis."

Ocorre que o contribuinte tem sua atividade preponderante na cessão de mão de obra de portaria, conforme tabela elaborada pela fiscalização à fl. 91, conforme informações extraídas da própria GFIP do contribuinte:

(...)

Sobre a distinção entre "porteiro" e "vigia", a própria Solução de Divergência nº 14 - COSIT, de 14/10/2014, trouxe o balizamento:

9. *Dessarte, para o deslinde dessa questão, necessário se faz a conceituação de tal serviço.*

10. *Os serviços de portaria, no geral, são os prestados na entrada de um estabelecimento, com o intuito de receber documentos, correspondências ou encomendas, controlar e registrar que pessoas por ela passam e também orientar ou prestar informações aos que ali chegam, e não se confundem com o serviço de vigilância, limpeza ou conservação, que possuem definições distintas.*

11. *Em relação aos serviços de limpeza e conservação a diferenciação com o serviço de portaria é clara, já quanto ao serviço de vigilância a diferenciação carece de maior explicação.*

12. *A definição do serviço de vigilância pode ser observada nos textos extraídos da tabela de Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e do Decreto nº 89.056, de 1993:*

a) *Divisão: 80 ATIVIDADES DE VIGILÂNCIA, SEGURANÇA E INVESTIGAÇÃO*

Notas Explicativas:

Esta divisão compreende os serviços relacionados à segurança, tais como: serviços de vigilância e de investigação; serviços de transporte de valores; a operação de sistemas de alarmes de segurança, inclusive alarmes de incêndio, quando realizada por monitoramento remoto, o que geralmente envolve também a venda, instalação e manutenção desses sistemas.

b) *Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983, que regulamenta a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983:*

Art. 30. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (Redação dada pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, e à segurança de pessoas físicas; (Incluído pelo Decreto nº 1.592, de 1995)

13. *Ainda, para responder a essa questão com maior precisão, aclarando ainda mais as divergências entre tais atividades, comparemos as atividades de "vigilante" e de "porteiro" na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO/2002), aprovada pela Portaria MTE nº 397, de 9 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e do Emprego:*

... omissis...

14. *Como é possível perceber no quadro acima, feito a partir da CBO/2002, os serviços de vigilância, de fato, têm algo em comum com os de portaria no que tange à "Descrição sumária", na medida em que ambos, cada qual a seu modo, cuidam da guarda de dependências e do patrimônio do contratante. Mas há diferenças consideráveis: enquanto os de portaria não têm a finalidade de prevenir delitos, os de vigilância não têm a de receber pessoas (prestando informações e orientação), documentos, correspondências ou*

encomendas, nem a de efetuar pequenos reparos nos locais de trabalho (p.ex., troca de lâmpadas, tomadas ou interruptores).

15. As diferenças são ainda maiores no que diz respeito às "Condições gerais de trabalho ", porquanto os vigilantes, segundo a própria CBO/2002, trabalham sob pressão, estando sujeitos a maiores riscos. Sobretudo quanto à "Formação e experiência ", uma vez que " os vigilantes passam por treinamento obrigatório em escolas especializadas em segurança, onde aprendem a utilizar armas de fogo", requisito evidentemente desnecessário para porteiros. Por fim, quanto à regulação jurídica, os serviços de vigilância (somados aos de segurança) se encontram disciplinados na já citada Lei nº 7.102, de 1983, bem como no Decreto nº 89.056, de 1983, que a regulamenta. Os de portaria, não.

16. Na realidade, as decisivas diferenças citadas no item 21, acima, quanto às condições de trabalho, qualificação profissional e regime jurídico de porteiros e vigilantes, fazem com que até mesmo as poucas atividades comuns (defesa lato sensu das dependências) sejam exercidas de forma bastante distinta pelos dois tipos de trabalhadores.

Diante disto, convém trazer à colação a enumeração contratual de tarefas dos funcionários da portaria:

1.5 Será de responsabilidade dos funcionários da portaria identificar e controlar o acesso ao interior do condomínio, identificando os arrendatários e anotando inclusive o RG dos visitantes, placas dos veículos (carro, moto, caminhão, etc). Deverá ainda solicitar autorização do arrendatário para o acesso ao interior do condomínio, ficando o arrendatário responsável pela sua conduta e atos praticados no interior do condomínio. Deverá anotar as ocorrências estranhas no livro de registro e comunicar imediatamente ao seu superior, se for o caso chamar a autoridade competente (Polícia).

Portanto, não há a execução de tarefas inerentes à atividade de segurança propriamente dita, mas sim tarefas concernentes à atividade de portaria, motivo pelo qual, a Solução de Divergência nº 14 - COSIT, de 14/10/2014 não favorece o entendimento do contribuinte, mas, ao contrário, o rejeita, aplicando-se sua conclusão, no sentido de que:

23. Por todo exposto, conclui-se que o serviço de portaria por cessão de mão de obra não se confunde com os de vigilância, limpeza e conservação, e portanto não se enquadram na exceção do inciso VI §5º-C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e sim na regra de vedação do inciso XII do art. 17 dessa mesma lei.

Diante do exposto, sem razão o contribuinte.

Produção de Efeitos do ADE

Neste aspecto, o contribuinte postula pela produção dos efeitos do ADE a partir da sua ciência, isto é, a partir de 18/12/2015. Contudo, razão não lhe assiste, tal qual restou decidido nos autos do processo administrativo no. 10580.729906/2015-74. A Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999, assim estabelece no que tange aos dispositivos indicados pelo ADE:

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

... omissis ...

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

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

1 - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

... omissis ...

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

... omissis ...

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

Portanto, o fato do contribuinte exercer a atividade de cessão de mão de obra, atividade esta comprovadamente exercida pelo contribuinte, conforme alhures fartamente demonstrado, lhe impediria o ingresso no Simples Nacional, tanto assim que, a teor do artigo 30, inciso II, da mesma Lei Complementar nº 123/2006, cabia-lhe, ao contribuinte, a obrigação de se excluir do Simples Nacional, confira-se:

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

... omissis ...

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

Diante disto, a data de ocorrência da causa de exclusão, declarada no ADE, 10 de fevereiro de 2010, está correta, pois o contrato juntado às fls. 72/78 aos autos (processo administrativo no. 10580.729906/2015-74), firmado entre o contribuinte e o Condomínio Residencial Parque do Sossego, representado pela empresa Monte Líbano Imóveis e Engenharia Ltda, paradigma inicial de demonstração de um efetivo contexto de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, corresponde especificamente a este data. Assim, os efeitos da exclusão se produzem a partir da competência março de 2010, daí advindo, destarte, para o contribuinte, a sua subordinação à legislação tributária ordinária, nos termos da própria Lei Complementar nº 123/2006:

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.

§ 1º Para efeitos do disposto no caput deste artigo, na hipótese da alínea a do inciso III do caput do art. 31 desta Lei Complementar, a microempresa ou a empresa de pequeno porte desenquadrada ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.

§ 2º Para efeito do disposto no caput deste artigo, o sujeito passivo poderá optar pelo recolhimento do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.

§ 3º Aplica-se o disposto no caput e no § 1º em relação ao ICMS e ao ISS à empresa impedida de recolher esses impostos na forma do Simples Nacional, em face da ultrapassagem dos limites a que se referem os incisos I e II do caput do art. 19, relativamente ao estabelecimento localizado na unidade da Federação que os houver adotado.

Dessa forma, não há que se falar em retroatividade na espécie, uma vez que, realizando atividade vedada ao Simples Nacional, o contribuinte, partindo-se da premissa de que deve conhecer a legislação a que se submete, no caso, a Lei Complementar nº 123/2006, já sabe que incorre em causa de exclusão de ofício, daí advindo, de imediato os efeitos corolários. O fato de não proceder, voluntariamente, à própria exclusão, aguardando que esta ocorra por ato de ofício da autoridade fiscal em momento posterior, não configura retroatividade, mas, ao contrário, o reconhecimento de que o contribuinte já deveria ter feito a sua exclusão e não o fez.

Assim, admite-se a produção de efeitos em virtude da ocorrência do evento ensejador da exclusão, ainda que esta admissão se faça em momento posterior, mas desde que a partir exclusivamente da ocorrência da situação excludente. Haveria retroatividade se os efeitos da exclusão se processassem antes mesmo da causa da exclusão, o que não ocorre na espécie. Outrossim, é natural no âmbito tributário que a ação da fiscalização se perfaça relativamente ao passado, pois, caso assim não fosse, isto é, se o contribuinte agisse em obediência aos postulados de fato e de direito da norma de tributação, sequer haveria a necessidade da ação da autoridade fiscal.

Portanto, descabe acolhida à pretensão do sujeito passivo.

Em vista de todo o exposto, no que tange à exclusão do contribuinte, nos autos do processo administrativo no. 10580.729906/2015-74, este Relator entendeu como improcedente a manifestação de inconformidade apresentada, mantendo o Ato Declaratório de Exclusão nº 39/2015, e, de consequente, mantendo o contribuinte como excluído do Simples Nacional, com efeitos a partir de 10 de fevereiro de 2010.

DA LAVRATURA FISCAL

Após toda a fundamentação trazida aos autos, resta-me, ao menos por amor ao argumento e preservação à legalidade, manifestar-me quanto à alegação de nulidade do Auto de Infração.

Como visto, a alegação de nulidade se prende, única e exclusivamente, como corolário da nulidade do ADE. Assim, estando mantido o ADE conforme pronunciamento deste Colegiado nos autos do processo administrativo no. 10580.729906/2015-74, está superada a questão da nulidade do Auto de Infração DEBCAD nº 51.068.030-5.

Outrossim, considerando que a produção de efeitos do ADE se deu a partir de março de 2010, é seguro afirmar a validade da lavratura fiscal que procede à constituição de créditos tributários relativos ao período compreendido pelas competências 01/2012 e 12/2013.

Ademais, o fato do contribuinte ter feito a retificação das GFIP em nada altera a validade do Auto de Infração, uma vez que a retificação do campo “optante do Simples” (i) não impede o lançamento das contribuições, quando a retificação se dê no curso do procedimento fiscal, e (ii) reflete a realidade do enquadramento do sujeito passivo, que, à vista de todo o exposto, de fato, não é mais optante do Simples Nacional, já desde fevereiro de 2010, pelo exercício de atividade vedada.

Outrossim, a oposição de manifestação de inconformidade contra o ADE, e, em geral, a pendência da instância administrativa sobre o processo de exclusão do Simples

Nacional, não impede que a fiscalização, uma vez materializado o ato de exclusão do Simples Nacional e antes do término do processo administrativo fiscal, proceda ao lançamento das exigências fiscais daí decorrentes.

O efeito suspensivo a que alude o contribuinte, no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72 não impede o lançamento feito para prevenir a ocorrência da decadência, pois os efeitos do Ato Declaratório de Exclusão se processam a partir do momento em que são reconhecidos, de forma que a pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às mesmas regras das demais empresas, devendo recolhê-las como tal, inexistindo previsão legal de atribuição de efeito suspensivo a recurso contra ato de exclusão. Sobre o tema, eis alguns julgados do próprio CARF sobre a matéria:

Processo nº 10920.721790/201101

Recurso nº 10.920.721790201101 Voluntário

Acórdão nº 2803004.146

– 3ª Turma Especial

Sessão de 10 de março de 2015

Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Recorrente CLAUDECIR JOSÉ EGER ME

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2010

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SISTEMA SIMPLES. ADE. EXCLUSÃO. EFEITOS.

1. Os efeitos do Ato Declaratório Executivo ADE são claros, situação que não impede o lançamento dos créditos tributários devidos em face da exclusão da empresa do Sistema Simples Nacional.

2. Além disto, como bem asseverou o julgador a quo, a pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às mesmas regras das demais empresas, devendo recolhê-las como tal, inexistindo previsão legal de atribuição de efeito suspensivo a recurso contra ato de exclusão.

Recurso Voluntário Negado.

Processo nº 10660.721457/201364

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 2803004.042

– 3ª Turma Especial

Sessão de 10 de fevereiro de 2015

Matéria Contribuições Previdenciárias

Recorrente RETÍFICA MOTOR SUL LTDA ME

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/06/2012

JUROS CALCULADOS À TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A cobrança de juros está prevista na legislação tributária federal, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização previdenciária.

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

*Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. **A discussão, em diverso processo administrativo, acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não obstaculizando o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos.***

Recurso Voluntário Negado.

Portanto, correta a lavratura fiscal, não havendo que se falar em causa de nulidade ou de improcedência.

Ante o exposto, de rigor reconhecer-se pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo-se integralmente o crédito tributário constituído pelo Auto de Infração DEBCAD nº 51.068.031-3.

Nesse quadro, o não provimento do recurso é medida que se impõe ao colegiado.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva