



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10830.728801/2017-71
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-005.488 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de abril de 2021
Matéria IRPJ
Recorrente WV COMÉRCIO E SERVIÇOS DE SISTEMAS DE SEGURANÇA E PORTARIA LTDA - ME.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SERVIÇOS DE PORTARIA E CESSÃO DE MÃO DE OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Serviços de portaria e zeladoria não constam literalmente na Lei Complementar nº 123/2006 como atividades impeditivas para adentrar ou figurar no SIMPLES NACIONAL, construção feita pela Autoridade Tributária a partir da Lei Previdenciária nº 8.212/1991 e do Decreto nº 3.048/1999 (RGPS) que a regulamentou e considerou, “exclusivamente para os fins deste Regulamento” (artigo 219, § 1º do referido Decreto), se devesse entender tais serviços como equivalentes a “cessão de mão de obra”, essa, sim, atividade expressamente vedada pela legislação tributária do regime simplificado.

O entendimento de que tais atividades se equivaleriam a cessão de mão de obra exige a constatação inequívoca de que o comando e poder de controle sob os funcionários terceirizados são integralmente feitos pela contratante (tomadora dos serviços) e não pela contratada, situação esta que, se confirmada, afasta tal construção.

No caso concreto, pelo que consta dos autos, tal comando é da contratada (cedente dos funcionários) e, assim, não há o que se falar em cessão de mão de obra, mas, sim, de prestação terceirizada de serviços na mais clara acepção do termo. Exclusão da recorrente do regime simplificado que se cancela.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o ADE de exclusão, mantendo a recorrente no regime do

Processo nº 10830.728801/2017-71
Acórdão n.º **1402-005.488**

S1-C4T2
Fl. 302

SIMPLES NACIONAL, vencidos os Conselheiros Marco Rogério Borges, Carmen Ferreira Saraiva e Iágaro Jung Martins que negavam provimento.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iágaro Jung Martins, Luciano Bernart, Thiago Dayan da Luz Barros (suplente convocado(a)), Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter o ADE de exclusão da Recorrente do Simples Nacional por exercer atividade econômica vedada, com cessão de mão de obra, com efeitos a partir de 31/01/2014.

A Fiscalização informa que conforme contrato social e alterações contratuais apresentadas, o objeto social da Recorrente é a "**prestação de serviços em portaria de imóveis**, monitoramento e comércio de sistemas de segurança". E como entre estas atividades constam serviços considerados como cessão de mão-de-obra, vedada ao ingresso no Simples Nacional, nos termos do inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2.006, foi a empresa excluída desse regime.

Vejamos a Relatório do v. acórdão recorrido para melhor explicar os fatos ocorridos nos autos.

Trata-se do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF/CPS nº 004, de 15 de janeiro de 2018, da Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP, por meio do qual a empresa em epígrafe foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, em razão de exercer atividade econômica vedada, com cessão de mão de obra e surtiu efeitos a partir de 31/01/2014.

O Ato Declaratório foi precedido de Representação Fiscal para efeito de exclusão, de fls. 02/07, onde a Fiscalização informa que em procedimento de fiscalização na empresa, no intuito de verificar a regularidade dos recolhimentos das contribuições previdenciárias foi constatada a ocorrência de circunstância que a impede de permanecer como optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), em virtude desta exercer dentre outras, a atividade de prestação com cessão de mão de obra, a qual é impeditiva para ingresso nesse sistema.

A Fiscalização informa que conforme contrato social e alterações contratuais apresentadas, o objeto social da contribuinte é a "prestação de serviços em portaria de imóveis, monitoramento e comércio de sistemas de segurança". E como entre estas atividades constam serviços considerados como cessão de mão-de-obra, vedada ao ingresso no Simples Nacional, nos termos do inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2.006, foi a empresa excluída desse regime.

Desta feita, evidenciadas as circunstâncias que impedem o ingresso da contribuinte ao Simples Nacional, foi emitido o competente Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples

(Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF/CPS nº 004/2018), com efeitos a partir de 31/01/2014.

Da Manifestação de Inconformidade.

Inconformada com Ato Declaratório Executivo, cuja ciência ocorreu por meio do AR, de fls. 109/110, em 31/01/2018, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, de fls. 179/193, em 20/02/2018, na qual alega, em síntese, que:

Que é pessoa jurídica de direito privado, cuja atividade principal é o comércio e prestação de serviços de monitoramento de sistema de segurança, e que, apesar de constar do seu objeto social a atividade de prestação de serviços de portaria em imóveis, fato é que desde sua constituição a Impugnante somente se dedicou à prestação de serviços de monitoramento de sistema de segurança (vigilância) e serviços de manutenção e conservação em condomínios, conforme atestam as Notas Fiscais de Serviços e Contratos firmados com o poder público, ora juntados.

Argumenta que em decorrência da apresentação tempestiva da impugnação do ato administrativo, é de rigor a concessão do efeito suspensivo, a fim de que sejam suspensas todas as consequências jurídicas decorrentes do ato ora impugnado, inclusive, obstando atos que impliquem na constituição de eventuais créditos tributários decorrentes do ato administrativo ora impugnado.

Afirma ser evidente a ausência de subsunção do real e efetivo fato jurídico (prestação de serviço de conservação e manutenção de edifícios), conforme comprovam as Notas Fiscais de prestação de serviços anexadas aos presentes autos e prestação de serviço de monitoramento e manutenção de alarme de segurança) e a norma gravada no artigo 17 e 18 da LC nº 123/06, configurando, com isso, evidente erro de direito que torna nulo o Ato Administrativo em combate.

Alega que, contrariamente do que consta no Ato Declaratório Executivo, resta comprovado que a Impugnante não se dedica à atividade de prestação de serviço de cessão e/ou locação de mão de obra a que alude a proibição contida no inciso VII, do artigo 17 da LC nº 123/06, mas sim, exclusivamente, à prestação de serviço de manutenção, limpeza e monitoramento de segurança em condomínios, bem como serviços de monitoramento de câmeras (vigilância).

Reforça que o CNAE 81117/00 - Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais, destacado na maioria das Notas Fiscais de serviços emitidas pela Impugnante compreende vários serviços a serem prestados, dentre os quais aqueles excetuados da proibição pela opção do Simples Nacional, permitidos, portanto, no que dispõe o artigo 18, § 5º-H, da LC 123/06.

Descreve sobre a natureza jurídica da cessão de mão de obra, que se encontra conceituada no artigo 31, § 3º da Lei n. 8.212/91 e art. 115 e §§ da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13/11/2009, para confirmar que até seria possível de se cogitar a configuração de cessão ou locação de mão de obra nos serviços prestados pela Manifestante, cujo CNAE 81117/00 que engloba a prestação de vários serviços, mas que não é fundamento jurídico válido para a exclusão da Impugnante do regime tributário do Simples Nacional.

Conclui então que a atividade de limpeza e manutenção e monitoramento de sistema de segurança, constante do objeto social e das Notas Fiscais emitidas (CNAE 81117/00) pela Impugnante, por se encontrar tipificada no § 5º-C, VI, do art. 18, da LC 123/2006, ainda que fornecida mediante cessão de mão-de-obra, não representa fato jurídico apto a dar azo a sua exclusão do SIMPLES Nacional.

Entende assim que o Ato Declaratório Executivo nº 004 de 15 de janeiro de 2018 extrapolou o conceito de cessão de mão de obra, na medida em que, para sua caracterização, se faz necessário a configuração dos requisitos trazidos pela lei, quais sejam, i) colocação à disposição do contratante, em sua ii) dependência ou na de terceiros, de iii) trabalhadores que realizem serviços contínuos, o que não se observa no caso em comento, de que houve a efetiva colocação de trabalhadores à disposição do contratante, pois não há prova de que os trabalhadores estavam submetidos as ordens do contratante (o que de fato não ocorria, pois estes sempre estiveram subordinados à Impugnante).

Ante o exposto pugna pela total procedência das razões de fato e direito acima expostas e, conseqüentemente, em face das ilegalidades constatadas no ato administrativo corporificado no Ato Declaratório Executivo nº 004 de 15 de janeiro de 2018, sejam cancelados/anulados os efeitos jurídicos decorrentes, como é o caso da exclusão retroativa da Impugnante do regime tributário diferenciado - Simples Nacional.

Dos Pedidos

Em razão do exposto, requer:

a) seja julgada totalmente procedente as razões de impugnação para anular e/ou declarar nulo o Ato Declaratório Executivo nº 004 de 15 de janeiro de 2018 em razão da ausência de subsunção do fato jurídico à norma trazida no artigo 17, inciso VII, da LC nº. 123/06;

b) alternativamente, caso seja mantida a penalidade de exclusão do Simples Nacional, o que não se espera, requer sejam reconhecidos os efeitos jurídicos ex nunc, nos exatos termos do artigo 30, inciso II c/c artigo 31, inciso II, ambos da LC nº 123/06.

Protesta-se provar o alegado, por todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente pela juntada de outros documentos.

Da Diligência

Da análise dos autos esta 5ª Turma de Julgamento entendeu que para configurar a prestação de serviço mediante cessão/locação de mão de obra, a Fiscalização se baseou somente no Contrato Social e alterações razão pela qual os autos foram encaminhados à DRF de origem para verificação dos fatos mencionados na defesa, de que a impugnante não presta efetivamente serviços mediante cessão de mão de obra, mas sim de monitoramento de câmeras.

Como resultado da diligência a Fiscalização emitiu a Informação Fiscal de fls. 248, sendo o contribuinte cientificado em 19/11/2018 (fls. 248), que sem se manifestar, apenas juntou às fls. 250/251, os documentos de identificação do sócio administrador Vinicius Loureiro Ibraim.

Após o oferecimento da manifestação de inconformidade, a DRJ converteu o julgamento em diligência para que fosse juntados documentos pela Recorrente para que pudesse verificar se ela realmente exercia serviço de monitoramento de câmeras conforme alegado por ela, o qual não se enquadraria em serviço de cessão de mão de obra, ou se realmente prestava serviço de portaria, o qual neste caso restaria confirmada a cessão de mão de obra e sua exclusão do Simples devido a exercer atividade vedada.

Após resposta da diligência, a fiscalização e os D. Julgadores entenderam que a Recorrente realmente prestava serviço de portaria, sendo tal atividade vedada para permanência do Simples Nacional.

Ato contínuo, foi proferido o v. acórdão recorrido mantendo a exclusão do Simples Nacional, por entender que a Recorrente exercia atividade vedada ao Simples Nacional (serviço de portaria), registrando a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 01/05/2014 a 31/12/2016

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Constatado que o contribuinte incorria em hipótese de vedação quando ingressou no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), operam-se os efeitos da exclusão a partir da data dos efeitos da opção.

PROVAS DOCUMENTAIS. MOMENTO PARA A PRODUÇÃO

Processo nº 10830.728801/2017-71
Acórdão n.º **1402-005.488**

S1-C4T2
Fl. 307

O momento para produção de provas documentais é juntamente com a impugnação, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundada nas hipóteses expressamente previstas na legislação pertinente.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser admitido.

Trata-se de processo de exclusão do Simples Nacional devido a Recorrente exercer atividade econômica que segundo a fiscalização é vedada sua permanência no sistema simplificado.

Segundo a fiscalização, a Recorrente exerce atividade econômica vedada, com cessão de mão de obra.

Conforme pode se verificar na Representação Fiscal (fls. 2/7), contrato social e alterações contratuais apresentadas pela Recorrente, o objeto social é a "**prestação de serviços em portaria de imóveis**, monitoramento e comércio de sistemas de segurança" e segundo a fiscalização, tal atividade de serviço de portaria consta na legislação previdenciária como serviços considerados como cessão de mão-de-obra, o que é vedado ao ingresso no Simples Nacional, nos termos do inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2.006, e por tal motivo, a empresa foi excluída desse regime.

Ou seja, conforme pode se verificar da Representação Fiscal (fls. 2/7) para excluir a Recorrente do Simples Nacional, a fiscalização se utilizou da Lei Previdenciária nº 8.212/1991 e do Decreto nº 3.048/1999 (RGPS) que regulamentou e considerou, exclusivamente para os fins deste Decreto (artigo 219, § 1º do referido Decreto), que se devesse entender tais serviços prestados em portaria como equivalentes a "cessão de mão de obra", essa, sim, atividade expressamente vedada pela legislação tributária do regime simplificado.

Vejam D. Julgadores, uma vez que não consta expressamente na Lei Complementar nº 123/06 que o serviço prestado em portaria seria impeditivo para permanecer no Simples Nacional, a fiscalização se socorreu da legislação previdenciária e fez uma interpretação/construção para fins tributários de que o serviço prestado em portaria seria equivalente a serviço de cessão de mão de obra e por isso seria atividade vedada no Simples Nacional nos termos do inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06. (Apenas isso, a acusação não se aprofundou em nada mais).

Tal atitude da fiscalização, no meu entender, não foi a mais adequada eis que além de não constar expressamente na Lei 123/06 que o serviço prestado em portaria seria causa de exclusão do Simples Nacional, a acusação não demonstrou nos autos por meio de provas quem tinha o comando e o controle dos funcionários terceirizados, se era do contratante (tomador do serviço) ou se era do contratado, para assim definir se realmente teria ocorrido a cessão de mão de obra ensejadora da exclusão ou se era mera prestação de serviços terceirizado.

Este meu entendimento acima exposto não é exclusivo e está baseado na jurisprudência deste E. CARF, onde cito a título exemplificativo o didático e preciso v. acórdão 1402-005.268, de 20 de dezembro de 2020, proferido por esta C. Turma e de relatoria do Presidente e Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, onde analisou caso análogo e decidiu cancelar o ADE de exclusão por entender que a fiscalização deveria comprovar de quem era o comando dos funcionários para aí verificar se realmente ocorreu a cessão de mão de obra. Vejamos a ementa do julgado que é alto explicativa.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2011 ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SERVIÇOS DE PORTARIA E CESSÃO DE MÃO DE OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Serviços de portaria e zeladoria não constam literalmente na Lei Complementar nº 123/2006 como atividades impeditivas para adentrar ou figurar no SIMPLES NACIONAL, construção feita pela Autoridade Tributária a partir da Lei Previdenciária nº 8.212/1991 e do Decreto nº 3.048/1999 (RGPS) que a regulamentou e considerou, “exclusivamente para os fins deste Regulamento” (artigo 219, § 1º do referido Decreto), se devesse entender tais serviços como equivalentes a “cessão de mão de obra”, essa, sim, atividade expressamente vedada pela legislação tributária do regime simplificado.

O entendimento de que tais atividades se equivaleriam a cessão de mão de obra exige a constatação inequívoca de que o comando e poder de controle sob os funcionários terceirizados são integralmente feitos pela contratante (tomadora dos serviços) e não pela contratada, situação esta que, se confirmada, afasta tal construção.

No caso concreto, pelo que consta dos autos, tal comando é da contratada (cedente dos funcionários) e, assim, não há o que se falar em cessão de mão de obra, mas, sim, de prestação terceirizada de serviços na mais clara acepção do termo.

Exclusão da recorrente do regime simplificado que se cancela.

Assim, como no v. acórdão acima citado, ao analisar os autos, constatei que não ficou comprovado pela fiscalização que o comando das atividades exercidas tenham sido exercido pela contratante (tomadora dos serviços); na realidade as provas constantes nos autos demonstram que provavelmente quem exercia o comando sobre os funcionários era a contratada, caracterizando-se a meu ver na prestação terceirizada de serviços.

Os contratos e notas fiscais juntados aos autos não demonstram que existia subordinação dos funcionários com a tomadora dos serviços, ou contrário, demonstram que a responsabilidade do serviço prestado era da contratada e no caso de algum funcionário causar algum prejuízo a contratante durante a prestação do serviço a contratada deveria ressarcir-la.

Ademais, em todas as dezenas de cláusulas contratuais, não é impossível de se ver que na maioria delas, a expressa subordinação funcional é com a contratada (Recorrente), a quem cabe responsabilizar-se pelo pagamento dos salários, determinar que seus

funcionários executem os serviços dentro da boa técnica, cumprir a legislação vigente, fazer com que seus trabalhadores obedeçam a todas as normas e regulamentos internos da contratante (tomadora dos serviços) no que dizem respeito ao funcionamento e medidas de segurança, etc

Sendo assim, entendo que não restou configurada nos autos a cessão de mão de obra apontada pela fiscalização, eis que não tem provas cabais de que o comando/controle dos funcionários contratados era da tomadora do serviço.

Este meu entendimento no sentido de afastar a caracterização de cessão de mão de obra devido a falta de subordinação dos funcionários ao contratante (tomador do serviço) é respaldado por vasta jurisprudência desta E. CARF. Vejamos algumas ementas.

Acórdão DRJ/FNS nº 07-36567 de 2015 SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Não caracteriza cessão ou locação de mão-de-obra quando o contribuinte firma contrato de prestação de serviços, em que, não obstante sejam prestados na propriedade do contratante, não há subordinação dos empregados a este. O objeto contratado se refere ao serviço a ser prestado e não à cessão de mão-deobra. Acórdão DRJ/RJI nº 12-33042 de 2010

EXCLUSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E LOCAÇÃO (CESSÃO) DE MÃO DE-OBRA. DISTINÇÃO.

Não se caracteriza a locação (cessão) de mão-de-obra quando a empresa contratada presta serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta (Súmula nº 331, III, do TST). Acórdão CARF/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária nº 2301-002.685 de 2012

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA FISCAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO OU DA SUBORDINAÇÃO.

Para que o serviço se enquadre como cessão de mão de obra, é necessário que seja prestado em caráter contínuo (necessidades contínuas da empresa), com subordinação das pessoas físicas prestadoras a tomadora dos serviços e que esteja expressamente arrolado no rol previsto no art. 31, § 4º, da Lei nº 8.212/1991 ou do art. 219, § 2º do Decreto nº 3.048/1999, sem o que não lhe será aplicado o regime jurídico previsto no caput do art. 31 da Lei nº 8.212/1991. Acórdão CARF/2ª Turma Especial nº 1802-001.689 de 2013

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Não caracteriza a locação de mão de obra quando o contribuinte firma contrato de prestação de serviços, em que,

não obstante sejam prestados na propriedade do contratante, não há subordinação dos empregados a este. O objeto contratado se refere ao serviço a ser prestado e não à respectiva cessão de mão de obra. Acórdão CARF/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária nº 2301-004.225 de 2014

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DESCARACTERIZAÇÃO.

Não havendo documentação nos autos que configurem a cessão de mão de obra, mormente a subordinação dos empregados da cedente à cessionária nos falta um dos pressupostos caracterizadores”. Referido Acórdão teve a seguinte ementa: 3ª Turma da DRJ/FOR Sessão de 14 de junho de 2017 Assunto: Simples Nacional Data do fato gerador: 01/10/2012

EXCLUSÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

A microempresa ou empresa de pequeno porte que preste serviço por meio de cessão ou locação de mão de obra de portaria, copeiragem ou zeladoria de bens imóveis não pode optar pelo Simples Nacional ou nele permanecer. EXCLUSÃO. EFEITOS. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação de vedação prevista em lei. Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte Sem Crédito em Litígio

Sendo assim, tendo em vista que os serviços prestados pela Recorrente não se caracterizam em cessão de mão de obra, bem como a falta de previsão expressa na Lei 123/06 de que serviços de portaria são atividades vedadas no Simples Nacional, entendo que o ADE dever cancelado, para manter a contribuinte no sistema simplificado.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, voto por conhecer e dar provimento ao Recurso Voluntário para cancelar o **Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF/CPS nº 004, de 15 de janeiro de 2018**, da Delegacia da Receita Federal em Campinas/SP.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves