



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10865.720120/2015-03
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.291 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente MAGALHAES & CHIMACK LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

A realização de atividade vedada por lei ao ingresso da empresa no sistema simplificado e favorecido de tributação, denominado Simples Nacional, conduz à exclusão da opção.

SIMPLES NACIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA. VEDAÇÃO.

O serviço de portaria realizado por cessão de mão de obra não se confunde com os de vigilância, limpeza e conservação, portanto, não se enquadra 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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXTENSÃO E EFEITOS.

O Ato Declaratório não tem força atributiva ou translativa, nem tampouco a constitutiva de direitos. Apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece uma situação preexistente (efeitos “*ex-tunc*”).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Presidente e Relator

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

Fl. 2 do Acórdão n.º 1201-004.291 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10865.720120/2015-03

Relatório

MAGALHAES & CHIMACK LTDA. - ME recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/Rio de Janeiro I, Ac. n.º 12-81.625, e-fls. 128 a 133, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada na fase processual anterior.

Versa o presente processo sobre o Ato Declaratório Executivo DRF/LIM n.º 02, de 26/01/2015, que determinou a exclusão da empresa em epígrafe do regime de tributação especial denominado Simples Nacional, de que trata o artigo 12 da Lei Complementar n.º 123/2006, a partir de 26/09/2007, pela ocorrência de situação excludente, a saber, atividade vedada ao ingresso da empresa solicitante na referida sistemática de tributação: a atividade CNAE 81.11-7/00 - serviços de portaria.

Inconformada com sua exclusão do Simples Nacional, a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de e-fls. 76 a 120.

Ao apreciar a lide, a DRJ/Rio de Janeiro I manteve o referido ato de exclusão, em acórdão que contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

A realização de atividade vedada por lei ao ingresso da empresa no sistema simplificado e favorecido de tributação, denominado Simples Nacional, conduz à exclusão da opção.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os membros da 14ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – Rio de Janeiro/RJ, por unanimidade de votos, JULGAR IMPROCEDENTE A MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE.

Cientificada em 30/05/2016, e-fls. 135, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 28/06/2016, e-fls. 136 a 161, com as seguintes alegações:

- A solução do litígio está em se definir se os serviços prestados pela recorrente a seus clientes, em suma, sua atividade operacional, teria a configuração que lhe impingiu a DRF/Limeira e a decisão ora recorrida, ou seja, "cessão ou locação de mão de obra";
- No verdade, a atividade operacional da recorrente, ao revés do entendimento do ADE e da decisão recorrida, nada tem a ver com cessão de mão de obra, no sentido que lhe foi dado;

- Como largamente exposto na manifestação de inconformidade, a recorrente, na redação literal de seu instrumento contratual, exerce atividade de "prestação de serviços de portaria e serviços de prevenção e extinção de queimadas da cana-de-açúcar", devidamente codificadas pela CNAE 81.11-7/00 e pela CNAE 01.61-0/99;
- As "CNAE" destas atividades, sobre as quais se discorrerá a seguir, **NÃO TEM NENHUMA VEDAÇÃO DE SEREM ENQUADRADAS NO SIMPLES NACIONAL**, como se vê facilmente pela simples leitura da Resolução CGSN n.º 6, de 18 de junho de 2007, com suas alterações, na qual o Comitê Gestor do Simples Nacional dispõe sobre os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE com a finalidade de verificar se as microempresas (ME) e as empresas de pequeno porte (EPP) atendem aos requisitos pertinentes de Inclusão no Simples Nacional;
- Nos Anexos I e II da citada resolução, depois nos Anexos VI e VII da Resolução CGSN/SE n.º 94, de 29 de novembro de 2011 e nos Anexos II e III da Resolução CGSN/SE n.º 117, de 2 de dezembro de 2014, relacionam-se, respectivamente, os códigos de atividades previstos na CNAE Impeditivos do Simples Nacional e os códigos de atividades econômicas previstos na CNAE que abrangem concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional;
- Em nenhum dos anexos das resoluções reguladoras estão relacionados os códigos de CNAE do recorrente, ou seja, não há vedação ou impedimento da atividade para Ingresso no regime do Simples Nacional, logo não há se falar em exclusão;
- Só isto já seria suficiente para reformar a decisão recorrida que, ao invés de exigir da Fiscalização a prova de que a recorrente exercia atividade impeditiva, preferiu assentar seus argumentos de que sua atividade teria conotação de "cessão e locação de mão de obra";
- Segundo o IBGE as CNAE da recorrente definem os seguintes serviços (todos concomitantemente ou apenas parte deles):

[...]

Subclasse: 8111-7/00 SERVIÇOS COMBINADOS PARA APOIO A EDIFÍCIOS, EXCETO CONDOMÍNIOS PREDIAIS

Esta subclasse compreende:

- as atividades de fornecimento de pessoal de apoio para prestar serviços em instalações prediais de clientes, desenvolvendo uma combinação de serviços, como a limpeza geral no interior de prédios, serviços de manutenção, disposição do lixo, serviços de recepção, portaria e outros serviços relacionadas para dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios. As unidades aqui classificadas fornecem pessoal para as atividades de apoio mas não estão envolvidas ou têm responsabilidade com o desenvolvimento da atividade empresarial do cliente.

Esta subclasse não compreende

- os condomínios prediais (8112-5/00)
 - as atividades de administração de penitenciárias por firmas terceirizadas (8423-0/00);
 - as atividades de fornecimento de um único tipo de serviço de apoio que são classificados de acordo com os serviços oferecidos, como, por exemplo, o serviço de limpeza no interior de prédios, as atividades de fornecimento de equipes de gestão e equipes operacionais para o desenvolvimento de uma operação completa no estabelecimento de um cliente (em um hotel, em uma mina, em um hospital, etc.) que devem ser classificados na classe da atividade principal do estabelecimento.
- Assim, o que a recorrente efetivamente realiza, embora uma primeira vista d'olhos possa levar a uma equivocada interpretação - como foi o caso da decisão recorrida -, são serviços que visam a prevenção patrimonial de seus clientes, seja mediante prevenção desarmada (sem arma letal), seja no combate a incêndios em plantações de cana-de-açúcar, seja em monitoramento de sistemas de segurança;
 - Ou seja, atividade de apoio aos clientes e que não encontram vedação na legislação do SIMPLES e nem em atos administrativos;
 - A respeito, a Recorrente cita a Solução de Consulta Cosit n.º 73, de 28/03/2014 e a Solução de Consulta n.º 128, de 19 de julho de 2012;
 - Ora, é exatamente o que faz a recorrente: protege, guarda e zela, sem utilização de armamento de fogo, o patrimônio material e a segurança das pessoas colocadas sob sua proteção;
 - E isto se faz, dentre outras formas, com a utilização de tecnologias de monitoramento eletrônico;
 - A definição gramatical mostra-se relevante no deslinde do caso, já que a fiscalização não fez qualquer aprofundamento na averiguação, limitando-se a tomar o contrato social como referência e, a partir dele, entender que o atividade da recorrente era impeditiva de sua participação no regime simplificado;
 - Segundo o dicionário Houaiss:
 - Vigilância: 1. Ato ou efeito de vigiar 2. estado de quem permanece em alerta, de quem age com precaução para não correr risco, cuidado.
 - Vigiar: (...) 2. observar secreta ou ocultamente, espreitar, espionar 3. fazer fiscalização de, controlar, verificar (..) 5. permanecer atento, alerta ou desperto 6. ficar de sentinela, de guarda, de atalaia 7. tomar conta de, cuidar (...)
 - Monitorar: 1. vigiar, verificar (algo), visando determinado fim.
 - Todo este cuidado de vigilância e prevenção tem um fim; proteger o patrimônio físico ou pessoal dos contratantes da recorrente;
 - Isto se revela na portaria mediante monitoramento eletrônico ou visual de forma a evitar a presença de elementos estranhos e que possam trazer risco às

pessoas e ao patrimônio das contratantes (por Isso o termo "portaria" consta de seu contato social);

- Igualmente na prevenção e extinção de queimadas nas lavouras de cana-de-açúcar, óbvio bem patrimonial de seus cientes e que deve ser protegido, até por envolver montantes altíssimos;
- Resumindo, o fato de constar o vocábulo "portaria" não é suficiente, como entendeu a decisão recorrida, para deslocar para as atividades vedadas, a atividade da recorrente, posto que, efetivamente, de cessão de mão de obra não se trata, mas, sim, de proteção e prevenção ao patrimônio;
- Alias, a SC Cosit n.º 57/2015, embora depois fixe que os conceitos possuem diferenças, não deixa de reconhecer a proximidade conceitual dos termos "vigilância" e "portaria" e a dificuldade de separá-los;
- De outro giro, extremamente sensata e prudente o esposado na Solução de Consulta Cosit n.º 267, de 26/09/2014, que, embora analisando dúvida de empresa exercente da atividade de prestação de serviços de bombeiro civil, bem definiu a questão da interpretação que deve ser dada em casos de atividades que tenham linha comum, quase idêntica, e a aplicação da analogia nos casos em que isso ocorra;
- MD Conselheiros, pede-se vênua para rogar a V. Sas. que verifiquem a profundidade e o âmago da SC citada e a sua prudente conclusão no sentido de que "atividades congêneres, cuja forma de atuação, habilitação, permissão legal e objetivo social são similares, devem ter a mesma forma de tributação, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade na forma da exação";
- Diga-se uma construção sensata e que perfila na melhor interpretação que se deve dar à legislação tributária, mais ainda quando (i) os conceitos estampados se misturam e se confundem; (ii) está-se diante de legislação que versa sobre as micros e pequenas empresas que, como sabido, devem ter tratamento especial e diferenciado;
- Nesta linha, como suscitado já na MI (e agora ratificado pela SC) a aplicação da analogia é decisiva para se solucionar o litígio;
- Explica-se. Ainda que se entenda que a recorrente incorreu nas vedações do art. 17, XII, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, ainda assim, sua exclusão do Simples Nacional não poderá prevalecer, eis que não há como se negar a analogia entre portaria e vigilância, esta uma exceção do inciso VI, § 5º-C, do art. 18 da mesma Lei Complementar n.º 123, de 2006;
- Nota-se, como visto antes, a profunda semelhança de funções, atribuições e finalidade entre os serviços de portaria e segurança. Neste trilho, indene de dúvidas de que é possível adotar a analogia pela aplicar a exceção do art. 18, § 5º-C, VI, da LC 123/2006;

- Para melhor entendimento a conceituação dos serviços "vigilante" e "portaria" na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO aprovada pelo Portaria MTE n.º 397, de 9 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e do Emprego: [...];
- Como é possível perceber no quadro acima, feito o partir da CBO/2002, os serviços de vigilância têm tudo em comum com os de portaria, na medida em que ambos, cada qual ao seu modo, cuidam da guarda de dependências e do patrimônio do contratante;
- É evidente que nos dias de hoje o porteiro faz o trabalho de um profissional de segurança no seu posto de trabalho;
- Cabe ainda afirmar, que são raras as fábricas, armazéns, fazendas e sítios e outros negócios, incluindo os condomínios residenciais e agrícolas - principais tomadores de serviços da contratada-recorrente -, que ainda têm vigilantes em suas portarias ou em seus postos de serviços, a maioria é ocupada por porteiros: atualmente todos os treinamentos/cursos para porteiros, ministrados por escolas, entidades de classe, administradoras de condomínios e empresas prestadoras de serviços, são focados 100% em segurança, das pessoas e do patrimônio;
- Desta forma conclui-se que, aplicada a analogia, o serviço de portaria, em razão da similaridade com o de vigilância, enquadra-se na exceção do inciso VI, § 5º-C, do art. 18 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, e, por conseguinte, a exclusão da recorrente do Simples Nacional deverá ser revogada, com o cancelamento integral e em todos os termos e efeitos, do ADE DRF/LIM. n.º 02/2015, desde já requerido;
- Cabem mais algumas ponderações acerca do conceito de "cessão de mão de obra";
- A caracterização da cessão de mão-de-obra exige que os profissionais fiquem sob ordens do tomador;
- Os contratos de cessão de mão-de-obra possuem a finalidade de contratar a figura do profissional que efetuará os serviços e será gerenciado pelo contratante;
- No caso das autos, os empregados da recorrente não ficam à disposição dos contratantes (tomadores de serviço), impondo-se ressaltar que o objeto do contrato não reside na colocação de mão-de-obra (trabalhadores) à disposição dos contratantes, mas sim na realização dos serviços de portaria, prevenção e extinção de queimadas da cana-de-açúcar;
- O que se contrata, portanto, é o resultado e não a disponibilização de uma mão-de-obra para a realização de um contrato a ser efetuado;
- Neste sentido, não há cessão de mão-de-obra, o que existe é uma prestação de serviços sem subordinação e sem a gerência dos contratantes (tomadores de

serviços), inclusive, a contratada-recorrente fornecendo todos os equipamentos e materiais necessários para realização dos serviços;

- Repise-se por sua relevância, o que se contrata não é a cessão de mão-de-obra, é o resultado;
- Consequentemente, de se concluir, a recorrente não presta serviços mediante cessão de mão-de-obra; deste modo, não há que se falar em exercício de atividade vedada ao Simples Nacional;
- Portanto, sua exclusão do referido regime tributário é indevida e deverá como medida de Justiça ser cancelada;
- A propósito, observe-se o item 15.8. da Solução de Consulta Interna n.º 13 - Cosit, da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal, com a seguinte conclusão, *ipsis litteris*:

"15.8 Assim, não parece haver razões legais para impedir o ingresso no Simples Nacional das ME e EPP que prestem serviços mediante empreitada, vez que empreitada e cessão de mão-de-obra são institutos distintos e não há na Lei Complementar n.º 123, de 2006, vedação à prestação de serviços naquela modalidade."

DO ADE DRF/LIM n.º 02/2015

- Acerca dos efeitos retroativos do ADE DRF/LIM n.º 02, de 26/01/2015, é indiscutível sua invalidade;
- A emissão de ADE de Exclusão do Simples Nacional com data retroativa representa fragrante imposição de insegurança jurídica aos contribuintes, impedindo-lhes de efetuar suas relações com o fisco de forma confiável vez que a qualquer momento podem ser surpreendidos por autuações fiscais relativas a fatos geradores pretéritos, alcançados e apurados com base em posicionamento já adotado e regularmente deferido pela Administração Tributária;
- Não pode ser penalizada, portanto, a recorrente ante a alteração de posicionamento do agente fiscalizador em relação a fatos geradores anteriores os quais o mesmo órgão assumiu estarem corretos quando do seu deferimento de opção pelo regime simplificado;
- Isto é, a Administração Tributária inicialmente entendeu pela regularidade da inclusão da recorrente no regime da Lei n.º 123/2006 e depois, após transcurso de tempo submetido ao referido tratamento diferenciado, o agente fiscal, de forma arbitrária, desenquadrou compulsoriamente a contribuinte, imputando-lhe obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores pretéritos ferindo de morte, de uma só vez, dois conceitos pacificados no nosso direito: o da segurança Jurídica e o da irretroatividade de atos que penalizem o administrado;

- Nessa situação as obrigações tributárias decorrentes da ação fiscal encontram-se carentes de legalidade e legitimidade, merecendo serem plenamente desconstituídas, anulando-se os Autos de Infração lavrados (objeto de outro processo, concomitante e derivado deste), conforme inclusive, entendimento pacífico dos nossos Tribunais;
- Repita-se, se o ADE de Exclusão do Simples não fosse indevido, ainda assim seria impossível sua extensão e revisão de lançamentos retroativos de forma que somente seriam alcançados os fatos geradores posteriores a exclusão, sob pena de violar princípios constitucionais da segurança jurídica, boa-fé e retroatividade da legislação tributária em detrimento ao contribuinte;

Do Art. 112 do CTN

- Finalmente, não pode a recorrente deixar de invocar os benefícios previstos na artigo 112 do Código Tributário Nacional, em tudo aplicável ao caso;
- De fato, o caso estampa, para dizer o mínimo, situação de claras dúvidas interpretativas, sendo a linha que define um ou outro conceito extremamente tênue (como se viu ao longo desta peça);
- Em face dessa tênue separação de conceitos (subjetivos), corre-se o risco - concreto, como no caso presente - de ficar-se ao alvedrio do pensamento de cada intérprete, o que pode levar - e no caso lamentavelmente levou - a penalizações monstruosas para a contribuinte, primeiro excluindo-a do SIMPLES NACIONAL e depois, como consequência, imputando-lhe no Processo n.º 10865.720179/2015-93 autuações fiscais acima de R\$ 1.000.000,00 que, mantida a sua exclusão ao SIMPLES como aqui se analisa, levará à inevitável quebra da empresa;
- E veja-se, MD Conselheiros, "quebrar" uma empresa não porque ela tenha cometido sonegação, fraude ou outro crime tributário, mas apenas em razão de uma dúbia interpretação acerca da definição do enquadramento da sua atividade (extremamente difícil e subjetiva, como visto), a contribuinte entendendo de uma forma e o Fisco de outra;
- Indiscutivelmente, caso de aplicação do socorro previsto no artigo 112 do CTN, o que se requer.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

O litígio envolve a análise da atividade exercida pelo contribuinte – serviço de portaria (CNAE 81.11-7/00) – no sentido de identificar se ela deve ser considerada impeditiva para ingresso no Simples Nacional.

De acordo com o Termo de Representação Fiscal, fls. 02/06, o serviço de portaria está compreendido entre aqueles considerados como cessão de mão-de-obra e, assim, vedado pela legislação vigente. Merece destaque os seguintes trechos do referido termo:

O que se quer deixar claro, é que o **serviço de portaria** está compreendido entre aqueles considerados como cessão de mão-de-obra. Para se consolidar tal entendimento, recorri aos conceitos encontrados no Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, em seu art. 219, §§ 1.º e 2.º, a seguir transcrito:

“Art. 219 ...

*§ 1.º 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 n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.***

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

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

(...)

*XX - **portaria, recepção e ascensorista;***

Esse dispositivo legal, não deixa dúvidas, de que a atividade de portaria está compreendida dentre aquelas previstas na cessão de mão-de-obra. Contudo, embora se enquadrando no conceito de cessão de mão-de-obra, algumas atividades, **expressamente** relacionadas na Lei Complementar n.º 123, passaram a ter o seu ingresso permitido.

Ficou claro, pelo § 5.-H do art. 18, que a **vedação** ao ingresso no Simples Nacional por força do exercício de qualquer atividade mediante a **cessão de mão de obra, só não se aplica** às atividades de construção civil, execução de projetos e serviços de paisagismo, decoração de interiores, vigilância, limpeza e conservação, as quais serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar. As demais atividades exercidas mediante a cessão de mão de obra vedam o ingresso no Simples Nacional.

Uma vez não excepcionado o serviço de portaria, o exercício dessa atividade está vedado para ingresso no Simples Nacional.

(...)

O referenciado Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências.

Em seu recurso, o contribuinte alega que, o que efetivamente realiza são serviços que visam a prevenção patrimonial de seus clientes, seja mediante prevenção desarmada (sem arma letal), seja no combate a incêndios em plantações de cana-de-açúcar, seja em monitoramento de sistemas de segurança. Ou seja, atividade de apoio aos clientes e que não encontram vedação na legislação do Simples e nem em atos administrativos.

Os argumentos apresentados pela contribuinte foram muito bem enfrentados pelo acórdão recorrido, merecendo ser destacados os seguintes trechos:

(...)

6. À luz do acima transcrito, basta a leitura dos contratos de serviços e respectivas notas fiscais apresentados às fls. 23/57 para firmar convicção que, inobstantemente os esforços feitos pela manifestante, os serviços de atendimento a portarias são, sim, típicos casos de cessão de mão-de-obra, haja vista que os segurados empregados da contratada são postos à disposição dos contratantes, em seus estabelecimentos ou de terceiros, para atendimento de necessidades permanentes desses contratantes. Os usuários de um prédio, seja qual for sua destinação (escola, hospital, edifício de escritórios/ consultórios) tem necessidade permanente da presença do(s) funcionário(s) da portaria, para controle das entradas e saídas de pessoas, animais e objetos, inclusive correspondência. Tais serviços não se referem, como quer fazer crer a manifestante, a contratos em que o foco é somente o resultado entregue de forma pontual.

7. As atividades de cessão ou locação de mão-de-obra são vedadas ao ingresso no Simples Nacional, conforme determina o art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006:

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

(...)

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

Os contratos firmados pela recorrente, anexados aos autos (fls. 25/26, 34/37, 39/42, 46/49, 52/54 e 55/57), intitulados de “Contratos de Prestação de Serviços de Portaria”, realmente configuram casos de cessão de mão-de-obra, em que os empregados da contratada são colocados à disposição do contratante, para o atendimento de necessidades permanentes deste. Cite-se, exemplificativamente, o seguinte trecho de um dos contratos:

2 – A CONTRATADA compromete-se a colocar à disposição da CONTRATANTE seus profissionais especializados e devidamente habilitados na área de portaria;

2.1 – A contratada se compromete a exercer a fiscalização de seus porteiros, através de seu serviço permanente de ronda, e a cobrir eventuais faltas ocorridas.

3 – A CONTRATANTE, por sua vez, se obriga:

3.1 – a fornecer à CONTRATADA as diretrizes dos trabalhos a serem executados;

O fato de os contratos definirem um número específico de funcionários para a prestação dos serviços também é indicativo da cessão de mão-de-obra, e contradiz a alegação da contribuinte no sentido de que “o que se contrata, portanto, é o resultado e não a disponibilização

de uma mão-de-obra para a realização de um contrato a ser efetuado". Vide a seguinte cláusula no contrato às fls. 34:

Cláusula 2ª. A CONTRATADA prestará os serviços integralmente, ou seja, 24 horas-dia, de segunda à domingo, através de 3 (três) profissionais.

Foram também anexadas cópias de notas fiscais que atestam a realização desse tipo de serviço. Nesse sentido, cite-se, exemplificativamente, a seguinte:

Quant.		Unid.	Discriminação dos Serviços Prestados	PREÇOS	
				UNIT.	TOTAL
			serviço de portaria		698,00
					1

MAGALHAES & CHIMACK LTDA. - ME
Inscr. EST. Isento
Insc. Mun. n.º 15.781
Avenida Dr. Eurico Arrais Seródio, 68 - Jardim Santa Rita - CEP 13611-331 - Leme - SP

NOTA FISCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
SÉRIE "A" 1ª Via (Branca) / 2ª Via (Rosa) / 3ª Via (Azul) Nº 338

Em, 01 de Junho de 2010
Nome: Sumibê Ind. e Manuf. de Carga Elétrica
Endereço: Rua Talita Tranga, Lst. Industrial N.º 140
Cidade: Leme Estado: SP
CNPJ: 02.849.649/0001-09 Inscrição Est. 415.122.810.117

Cond. de Pagto. Natureza da Operação: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A Recorrente postula, por analogia, a aproximação dos conceitos de serviços de portaria e de serviços de vigilância, limpeza ou conservação. Nesse sentido, faz referência às seguintes Soluções de Consulta da RFB: Solução de Consulta Cosit n.º 73, de 28/03/2014, (Monitoramento de Equipamento de Segurança) e Solução de Consulta n.º 128, de 19 de julho de 2012 – (Vigilância Desarmada - Vigia).

Considera que, o serviço de portaria, em razão da similaridade com o de vigilância, enquadra-se na exceção do inciso VI, § 5º-C, do art. 18 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, e, por conseguinte, a exclusão da recorrente do Simples Nacional deverá ser revogada.

A impossibilidade de utilização, por analogia, do conteúdo das citadas Soluções de Consulta já foi objeto de uma Solução de Divergência n.º 14 - Cosit, de 14/10/2014, cuja ementa transcrevo a seguir:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

SIMPLES NACIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA. VEDAÇÃO.

O serviço de portaria realizado por cessão de mão de obra não se confunde com os de vigilância, limpeza e conservação, portanto, não se enquadra na exceção do inciso VI § 5º-C do art. 18 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, e sim na regra de vedação do inciso XII do art. 17 dessa mesma lei.

Impende ainda esclarecer que, a atividade de vigilância também estaria abarcada no conceito de cessão de mão-de-obra, mas há um comando legal expresso permitindo sua

inclusão no Simples Nacional (Lei Complementar n.º 123, art. 18, §§ 5º-C e 5º-H), o que não aconteceu com os serviços de portaria.

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

(...)

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

(...)

§ 5º-H. A vedação de que trata o inciso XII do **caput** do art. 17 desta Lei Complementar não se aplica às atividades referidas no § 5º-C deste artigo.

E o legislador foi bastante taxativo, ao abrir a possibilidade de inclusão de algumas atividades que estariam em princípio vedadas (como a de vigilância), de modo que não podemos usar de analogia para ampliar essas possibilidades de inclusão no Simples Nacional.

Desse modo, o referido art. 17, XII, da Lei Complementar n.º 123/2006 realmente impede o enquadramento do Recorrente no Simples Nacional (*XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra*).

No final de seu recurso a contribuinte condena as autuações fiscais relativas a fatos geradores pretéritos (anteriores ao ato de exclusão), invocando os princípios constitucionais da segurança jurídica, da boa-fé e da irretroatividade da legislação tributária, e também as regras do art. 112 do CTN.

Não é esse o caso dos autos.

A questão aqui se reporta a emissão de um Ato Declaratório Executivo. Conforme lição de “De Plácido e Silva”, em Dicionário Jurídico, vol. 1, págs. 233, o Ato Declarativo (ou Declaratório) é o ato em virtude do qual “(...) *se tem a declaração da existência de direito ou de relação jurídica, da falsidade ou autenticidade de documento, a qual estabelece a situação jurídica preexistente ou legalmente considerada em lei*”.

O ato declaratório, assim, vem sempre afirmar o direito ou negar a sua existência, pelo que a declaração que nele se encerra tanto pode ser positiva (quando afirma) como negativa (quando nega).

O Ato Declaratório não tem força atributiva ou translativa, nem tampouco a constitutiva de direitos. Apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece uma situação preexistente (efeito *ex-tunc*).

A emissão do ADE em análise teve por base o disposto na Lei Complementar n.º 123/2006, que em seu art. 31 estabelece os efeitos da exclusão do Simples Nacional:

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

I - na hipótese do inciso I do **caput** do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

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

III - na hipótese do inciso III do **caput** do art. 30 desta Lei Complementar:

a) desde o início das atividades;

b) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, na hipótese de não ter ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite proporcional de que trata o § 10 do art. 3º;

IV - na hipótese do inciso V do **caput** do art. 17 desta Lei Complementar, a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência da comunicação da exclusão;

V - na hipótese do inciso IV do **caput** do art. 30:

a) a partir do mês subsequente à ultrapassagem em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do art. 3º;

b) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, na hipótese de não ter ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite de receita bruta previsto no inciso II do art. 3º.

Foi obedecendo a esse comando legal que o ADE procedeu a exclusão com efeitos a partir de 26/09/2007 (data em que a contribuinte optou indevidamente pelo Simples Nacional), não merecendo nenhum reparo.

Destaco, por fim, que o entendimento aqui firmado também foi mantido por esta turma de julgamento, em outra composição no passado, a saber:

Acórdão n.º 1201002.576, Sessão de 21 de setembro de 2018

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2015

SIMPLES NACIONAL. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS DE PORTARIA MEDIANTE CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. VEDAÇÃO. A empresa que presta serviços de portaria mediante cessão ou locação de mão de obra não pode optar pelo Simples Nacional.

(...)

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(...)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado

Conclusão.

De todo o exposto, encaminho meu voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa –Relator