



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11040.721585/2018-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-002.447 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 06 de outubro de 2022
Recorrente CONSERVE SERVICOS DE HIGIENIZACAO EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/10/2013

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A constitucionalidade das leis é vinculada para a Administração Pública.

ALEGAÇÕES DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O ato administrativo que observa as disposições da legislação para a espécie não incorre em vício de nulidade.

EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE TEMPESTIVA. EFEITO SUSPENSIVO.

A manifestação de inconformidade apresentada tempestivamente suspende os efeitos do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/10/2013

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

É vedada a opção pelo Simples Nacional de pessoas jurídicas que prestam serviços de portaria mediante cessão ou locação de mão de obra.

SIMPLES NACIONAL. EFEITOS DA EXCLUSÃO

A exclusão do Simples Nacional produz efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Rafael Zedral, Fellipe Honório Rodrigues da Costa e Miriam Costa Faccin.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de n.º 10-68.867 de 29 de abril de 2020, da 6ª Turma da DRJ/POA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo, que será complementado com os fatos que se sucederam:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, promovida pelo Ato Declaratório Executivo - ADE n.º 8, de 27 de setembro de 2018 (fls. 326/327), tendo em vista o exercício de atividade econômica não permitida para o Simples Nacional – prestação de serviço mediante cessão ou locação de mão de obra. O fundamento legal é o artigo 17, inciso XII da Lei Complementar n.º 123/2006; e o artigo 15, inciso XXI e §3º, inciso II da Resolução CGSN n.º 140/2018. Os efeitos da exclusão foram estabelecidos a partir de 01/10/2013.

A exclusão se deu com fundamento na representação fiscal formalizada pela Seção de Fiscalização da Delegacia de Receita Federal do Brasil em Pelotas/RS, juntada às fls. 244/252.

Referida representação fiscal apurou os seguintes fatos a seguir relatados:

- a) o contribuinte iniciou suas atividades em 21/03/2013 e desde então é optante pelo Simples Nacional;
- b) a empresa tem como objeto social a prestação de serviços administrativos para terceiros, limpeza em prédios e em domicílios e atividades paisagísticas;
- c) conforme análise das GFIPs de 2013 a 2016, a maior parte dos segurados informados possuem a Classificação Brasileira de Ocupação - CBO 5174 – Porteiros e Vigias, conforme documentos anexados;
- d) no curso do procedimento fiscal foi apurado que o contribuinte efetivamente realizou a prestação de serviços, mediante cessão de mão de obra, de portaria, zeladoria, vigilância e limpeza, conforme comprovam os contratos juntados ao processo.

Segundo a autoridade fiscal, a comprovação da realização das atividades de portaria e zeladoria, mediante cessão de mão de obra, no período de 01/2014 a 12/2016, conforme os contratos sociais anexados, impede que o contribuinte seja optante pelo Simples Nacional.

De acordo com o relato fiscal, o artigo 18, §5º-C da Lei Complementar nº 123/2006 permite a opção pelo Simples Nacional à empresa que preste serviços mediante cessão de mão de obra em relação às atividades arroladas em seus incisos, entre elas, o serviço de vigilância, limpeza ou conservação. Entretanto, as atividades de portaria e zeladoria não estão contempladas na exceção legal prevista acima.

A teor do art. 30, inciso II da LC nº 123/2006, a empresa que incorrer em situação de vedação deve comunicar obrigatoriamente a sua exclusão do Simples Nacional. Não o fazendo, impõe-se a exclusão de ofício, nos termos do art. 29, inciso I da mesma lei.

Por todas as constatações acima, a fiscalização propôs a exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

Com base na representação fiscal e no Parecer nº 11 de fls. 317/323, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Pelotas/ RS emitiu o Ato Declaratório Executivo - ADE nº 8, de 27 de setembro de 2018, que excluiu o contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/10/2013.

A ciência do ato declaratório se deu por via postal, em 26/10/2018, conforme fl. 330. Em 27/11/2018, o interessado apresentou tempestivamente sua manifestação de inconformidade de fls. 338/349.

Das Preliminares

1 - Violação de Princípios Fundamentais:

Alega afronta aos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade, da proporcionalidade, da proibição de excessos, da não-surpresa e da irretroatividade, apresentando os seguintes argumentos:

- presta serviços de portaria desde sua constituição e em momento algum a Receita Federal se opôs quanto ao seu enquadramento no Simples Nacional, assim como sempre aceitou as declarações anuais entregues;

- nunca houve impugnação aos lançamentos contábeis da empresa;

- o entendimento da Receita Federal de que o serviço de portaria se enquadra em cessão de mão de obra é discricionário e inovador, não possuindo respaldo legal;

- sendo contribuinte regularmente enquadrado no Simples Nacional, cumprindo com suas obrigações tributárias e agindo de boa-fé, não se pode admitir que sofra com os efeitos retroativos da exclusão tendo em vista que jamais houve em qualquer normativa legal a proibição do serviço prestado dentro dos moldes do Simples Nacional.

2 – Vício formal do procedimento de exclusão

Entende como irrazoável e ilícita a retroatividade da exclusão do regime diferenciado, pois os demais serviços prestados pela empresa estão devidamente e expressamente contemplados na LC nº 123/2006, especialmente no art. 18, §5º-C: vigilância, conservação e limpeza. Também aponta que os efeitos da exclusão não podem retroagir, segundo interpretação do art. 29, §1º da LC nº 123/2006.

Afirma que não há razão para a exclusão do Simples Nacional tendo em vista que a maior parte dos serviços prestados pela empresa estão contemplados na referida lei complementar e que seu faturamento não é constituído apenas pelos serviços de portaria.

Sustenta que se a fiscalização entende que o serviço de portaria, por si só, não pode ser incluído no Simples Nacional, o procedimento razoável seria a notificação/representação para que a pessoa jurídica exclua de seu rol de atividades o

referido serviço. A exclusão de todas as atividades da empresa fere as normas tributárias que regem a matéria e viciam o procedimento adotado pela fiscalização.

Invocando a teoria dos motivos determinantes do ato administrativo, defende que o Termo de Exclusão de Ofício do Simples Nacional apresenta contradição com os motivos determinantes expressos no “Encerramento do Procedimento Fiscal” e, por isso, a autuação do contribuinte deve ser invalidada.

Pelos motivos acima expostos, requer o arquivamento do processo administrativo pelo vício de procedimento da fiscalização.

Do Mérito

1 – Ausência de cessão de mão de obra nas atividades de portaria

Defende que não há cessão de mão de obra nas atividades desenvolvidas, inclusive no que diz respeito aos serviços de portaria.

Diz que a fiscalização embasou-se nos conceitos e exemplos de mão de obra trazidos no artigo 31 da Lei nº 8.212/91 e no artigo 219 do Decreto nº 3.048/99. Entretanto, tais dispositivos restringem expressamente a aplicação do conceito de mão de obra exclusivamente para o objeto das referidas normas, ou seja, a Lei dispõe especificamente sobre a organização da Seguridade Social e o Decreto, sobre o regulamento da Previdência Social.

Entende que embasar o desenquadramento do Simples Nacional em normas previdenciárias, as quais expressamente são restritas à Seguridade Social, configura procedimento equivocado por parte da fiscalização e, de pronto, merece ser invalidado o ato administrativo.

Argumenta que a LC nº 123/2006 ignorou o entendimento da Lei nº 8.212/91 e do Decreto nº 3.048/99, ao estabelecer expressamente no artigo 18, §5º-C que os serviços de vigilância, limpeza e conservação podem ser tributados na forma do Anexo IV.

Aponta incoerência no fato da fiscalização pretender excluir o contribuinte do Simples Nacional sob o fundamento de que o Decreto nº 3.048/99 e a Lei nº 8.212/91 enquadram o serviço de portaria, vigilância, conservação e limpeza como cessão de mão de obra, porém a LC nº 123/2006 permite que os serviços de vigilância, conservação e limpeza sejam incluídos no Simples Nacional.

Sustenta que a diferenciação entre vigilância, portaria, zeladoria, conservação e limpeza tem relevância para os fins trabalhistas, mas não em relação à forma de contratação desses serviços, especificamente quanto à cessão de mão de obra.

Afirma que a LC nº 123/2006 veda a tributação diferenciada aos serviços prestados mediante cessão de mão de obra, mas não exclui expressamente os serviços de portaria do Simples Nacional e nem indica que sejam prestados por cessão de mão de obra.

Cita o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7 de 2015, que dispõe sobre a vedação à opção pelo Simples Nacional pelas pessoas jurídicas prestadoras de serviço de portaria por cessão de mão de obra.

Assevera que é caracterizada a cessão de mão de obra quando há a colocação de funcionários à disposição do contratante e diz que não há no ordenamento jurídico qualquer menção ou expressa previsão de que os serviços de portaria, por si só, configuram cessão de mão de obra.

Passa então à análise do entendimento da Receita Federal do Brasil quanto ao tema da cessão de mão de obra.

Menciona a Solução de Consulta Interna Cosit n.º 72/2014, que define a colocação de trabalhadores à disposição da contratante quando o prestador de serviço desloca seus empregados para as dependências da empresa contratante ou de terceiros.

Informa que esse entendimento foi reformado pela Solução de Consulta Interna Cosit n.º 114/2016, a qual esclareceu que a colocação dos empregados à disposição do contratante depende, além do deslocamento dos trabalhadores, da transferência da coordenação ou do comando dos empregados, de maneira que estes atuem sob as ordens do tomador do serviço.

Refere a Solução de Consulta Interna Cosit n.º 232/2017 que ratifica o entendimento acima, no qual a cessão de mão de obra ocorre quando o trabalhador é cedido para atuar sob as ordens do tomador de serviço.

Conclui que, nas contratações de serviço de portaria, seus funcionários estão submetidos única e exclusivamente à hierarquia e à subordinação do impugnante. As ordens de serviços, as atividades, a jornada de trabalho e toda remuneração operacional e legal de seus funcionários são realizadas diretamente pelo contribuinte, sem qualquer intervenção das empresas contratantes.

Portanto, sustenta que não há cessão de mão de obra nas atividades desempenhadas pela empresa.

Alega equívoco da fiscalização ao considerar que o serviço de portaria por si só configura cessão de mão de obra, sendo que os próprios contratos de prestação de serviços juntados aos autos demonstram o contrário. As cláusulas que regem a relação da prestação dos serviços nos contratos deixam claro que não há cessão de mão de obra, sendo a gestão dos funcionários (porteiros) a cargo do contribuinte.

2 – Efeito suspensivo

Requer que a presente manifestação de inconformidade seja recebida com efeito suspensivo até a decisão desfavorável transitada em julgado para que a exclusão do Simples Nacional não seja imediata.

Dos Pedidos

Ao final, requer:

- a) o recebimento da impugnação com a devida suspensão dos efeitos da exclusão até que sobrevenha decisão desfavorável ao contribuinte transitada em julgado;
- b) seja anulada a presente representação em razão dos vícios formais caracterizados no processo administrativo, acarretando o arquivamento do processo;
- c) o julgamento totalmente improcedente da representação para exclusão do Simples Nacional, com o devido arquivamento ao final, caso não seja anulado pelos vícios.

A 6ª Turma da DRJ/POA julgou improcedente a manifestação de inconformidade, ratificando a decisão da Delegacia de jurisdição da contribuinte, nos moldes da ementa abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/10/2013

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A constitucionalidade das leis é vinculada para a Administração Pública.

ALEGAÇÕES DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O ato administrativo que observa as disposições da legislação para a espécie não incorre em vício de nulidade.

EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE TEMPESTIVA. EFEITO SUSPENSIVO.

A manifestação de inconformidade apresentada tempestivamente suspende os efeitos do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/10/2013

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

É vedada a opção pelo Simples Nacional de pessoas jurídicas que prestam serviços de portaria mediante cessão ou locação de mão de obra.

SIMPLES NACIONAL. EFEITOS DA EXCLUSÃO

A exclusão do Simples Nacional produz efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a recorrente apresentou Recurso Voluntário pugnando pelo provimento do recurso.

Voto

Conselheiro Fellipe Honório Rodrigues da Costa, Relator.

ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, quando da ciência do Acórdão recorrido, os prazos processuais se encontravam com a contagem de prazo suspensa, tendo em vista que a própria RFB alterou o Sief para devolver o prazo processual aos Recorrentes de acordo com a Portaria 543/2020 que estendeu a prorrogação dos prazos processuais até o dia 31 de agosto de 2020, *in verbis*:

"Art. 6º Ficam suspensos os prazos para prática de atos processuais no âmbito da RFB até 31 de agosto de 2020." (NR)

Portanto, com o início da contagem ocorrendo no dia 01 de Setembro de 2020 e o recorrente protocolou efetivamente o referido recurso no dia 08/09/2020, o Recurso Voluntário é tempestivo, eis que protocolado dentro do prazo de 30 dias.

Portanto, observo que o recurso é tempestivo e atende os outros requisitos de admissibilidade, logo, dele conheço.

Mérito

Inicialmente, vale destacar que a recorrente pretende que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reverter o ato administrativo de exclusão da empresa do regime do Simples Nacional.

Sendo assim, merece destaque o fato de que o Recurso Voluntário se limitou em repisar os argumentos da Manifestação de Inconformidade, não enfrentando de forma direta a decisão recorrida e, com base no artigo 57, §3º, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento deste Relator, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor do voto condutor:

Das Preliminares

A defesa alega violação de princípios constitucionais fundamentais.

A Administração Pública está vinculada à estrita legalidade e, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos seus órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto no artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, ressalvadas somente as situações previstas em seu § 6º, o que não ocorre no caso sob exame.

Quanto aos vícios no procedimento de exclusão, sustenta que deveria ter sido notificado para que excluísse o serviço de portaria do rol de suas atividades e que a exclusão de todas as atividades fere as normas tributárias que regem a matéria.

Não assiste razão ao contribuinte.

A LC nº 123/2006 estabelece no artigo 30 as situações em que a empresa optante pelo Simples Nacional deve comunicar obrigatoriamente a sua exclusão:

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

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou (sem grifos no original)

Verificada a ausência da comunicação obrigatória, a exclusão será efetuada de ofício, nos termos do art. 29 da LC nº 123/2006.

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(sem grifos no original)

Portanto, prescinde de notificação da Receita Federal do Brasil para a exclusão da atividade vedada, conforme alegado pelo contribuinte.

O entendimento do Comitê Gestor do Simples Nacional acerca da execução de uma atividade vedada encontra-se expresso no item 2.3. da seção de Perguntas e Respostas do Portal do Simples Nacional na Internet, abaixo transcrito:

2.3. As ME e as EPP que exerçam atividades diversificadas, sendo apenas uma delas vedada e de pouca representatividade no total das receitas, podem optar pelo Simples Nacional?

Não poderão optar pelo Simples Nacional as ME e as EPP que, embora exerçam diversas atividades permitidas, também exerçam pelo menos uma atividade vedada (ver lista das vedações na Pergunta 2.2), independentemente da relevância da atividade impeditiva e de eventual omissão do contrato social.

(sem grifos no original)

Nesse sentido, ao ser constatada a execução de uma atividade vedada, a empresa deverá ser excluída do Simples Nacional, não importando os argumentos de que a maior parte dos serviços prestados são permitidos pelo regime diferenciado, que a atividade impeditiva representa pouca relevância no faturamento da empresa, ou que a atividade vedada não consta do contrato social.

A empresa também aponta que há contradição entre o termo de exclusão do Simples Nacional e o encerramento do procedimento fiscal, devendo a autuação ser invalidada.

Cabe aqui esclarecer que este processo administrativo trata apenas da exclusão do Simples Nacional. O termo de encerramento do procedimento fiscal mencionado pelo contribuinte refere-se aos autos de infração lavrados no processo administrativo nº 16641.720079/2018-11. As razões de defesa relativas aos autos de infração foram apresentadas no processo próprio. Portanto, não serão analisadas alegações sobre nulidade do auto de infração neste processo.

Pelo exposto, rejeitam-se as preliminares suscitadas pelo interessado.

Da suspensão da exclusão do Simples Nacional

A apresentação de manifestação de inconformidade tempestiva suspende os efeitos da exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável à empresa, nos termos do artigo 39 da Lei Complementar nº 123/2006, combinado com o artigo 83, I, e parágrafos 1º a 5º da Resolução CGSN nº 140/2018, a seguir reproduzido:

Resolução CGSN nº 140/2018

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a 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. 122. (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 a 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, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Se não houver, 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, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, condicionados os efeitos dessa exclusão a esse registro, observado o disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

(...)

(sem grifos no original)

Assim, caso a decisão administrativa definitiva lhe seja desfavorável, o contribuinte será excluído do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/10/2013.

Do Mérito

Inicialmente, o contribuinte argumenta que a fiscalização não poderia utilizar os conceitos de cessão de mão de obra definidos na Lei nº 8.212/91 e no Decreto nº 3.048/99 para embasar a sua exclusão do Simples Nacional, pois a aplicação desse conceito é restrito para os fins das leis previdenciárias.

Ocorre que a Resolução CGSN nº 140/2018, que dispõe sobre o regime do Simples Nacional, reproduz o mesmo conceito de cessão de mão de obra definido pela legislação previdenciária, conforme abaixo transcrito:

Art. 15. Não poderá recolher os tributos pelo Simples Nacional a pessoa jurídica ou entidade equiparada: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)

(...)

XXI - que realize cessão ou locação de mão de obra; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII)

(...)

§ 3º Para fins do disposto no inciso XXI: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 5º-H)

I - considera-se cessão ou locação de mão de obra a atividade descrita no § 1º do art. 112; e

Art. 112. (...)

§ 1º Para os fins desta Resolução, considera-se cessão ou locação de mão de obra a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores, inclusive o MEI, para realização de serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, independentemente da natureza e da forma de contratação. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; Lei nº 8.212, de 1991, art. 31, § 3º)

(sem grifos no original)

O Ato Declaratório Executivo - ADE nº 8, de 27 de setembro de 2018, excluiu o interessado do Simples Nacional, com base no exercício de atividade econômica vedada, fundamentado no artigo 17, XII da Lei Complementar nº 123/2006, e no inciso XXI do artigo 15 da Resolução CGSN nº 140/2018, abaixo transcritos:

LC 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;

(...)

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

Resolução CGSN nº 140/2018:

Art. 15. Não poderá recolher os tributos pelo Simples Nacional a pessoa jurídica ou entidade equiparada: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)

(...)

XXI - que realize cessão ou locação de mão-de-obra; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII)

Observa-se que, a teor do art. 17, XII da LC nº 123, de 2006, a prestação de serviços mediante cessão ou locação de mão de obra impede a opção pelo Simples Nacional.

O §5º-H do artigo 18 da mesma lei estabelece as atividades que, mesmo sendo prestadas mediante cessão de mão de obra, podem ser tributadas pelo Simples Nacional:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3o deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3o.

(...)

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

I - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores;

II - (REVOGADO)

III - (REVOGADO)

IV - (REVOGADO)

V - (REVOGADO)

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

VII - serviços advocatícios.

(...)

§ 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.

(sem grifos no original)

Da leitura dos dispositivos acima reproduzidos, conclui-se que, em regra, a LC n.º 123/2006 definiu que é vedada a opção pelo Simples Nacional para as empresas que prestem serviços mediante cessão de mão de obra. Entretanto, a lei estabeleceu algumas exceções à regra, ou seja, algumas atividades executadas mediante cessão de mão de obra são permitidas no regime diferenciado, como os serviços de vigilância, limpeza e conservação.

Como o serviço de portaria não está incluso nos incisos do §5º-C do artigo 18 da LC n.º 123/2006, este não está albergado pela exceção acima.

Desta forma, o serviço de portaria prestado na forma de cessão de mão de obra configura atividade vedada para opção ao Simples Nacional.

O manifestante defende que, conforme contratos de prestação de serviços juntados aos autos, não há cessão de mão de obra nas atividades desenvolvidas, inclusive nos serviços de portaria.

Resta identificar se o serviço foi prestado por cessão de mão de obra.

Nos termos do §1º do artigo 112 da Resolução CGSN n.º 140/2018 transcrito acima, a cessão de mão de obra ocorre quando os trabalhadores são colocados à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, para realização de serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, independentemente da natureza e da forma de contratação.

Em que pese a alegação do contribuinte, os contratos anexados ao processo comprovam que a empresa prestava serviços de portaria mediante cessão de mão de obra. Os serviços eram prestados nas dependências da contratante, que deles necessitava

continuamente, e a mão de obra era disponibilizada conforme suas exigências definidas em contrato, tanto no que diz respeito à quantidade de trabalhadores como em relação às atividades a serem desenvolvidas.

Como exemplo, colacionam-se abaixo os seguintes excertos de contratos firmados pelo interessado:

1 – Contrato com o Condomínio Residencial Granada, fls. 297/301:

1. DO OBJETO DO CONTRATO

O Presente contrato tem por objeto a prestação de serviços, pela Contratada, diretamente e na sede da Contratante.

1.1 – Estão compreendidos no objeto do contrato os seguintes serviços:

** Limpeza de pisos, teto, paredes, vidros, marcos de porta e corrimões das áreas comuns internas dos blocos.*

** Limpeza das áreas externas, jardinagem e manutenção das áreas verdes.*

Portaria condominial 24h por dia sete dias por semana.

5. DA CARGA HORÁRIA

5.1 -O Presente contrato contempla a mão de obra de uma (01*) servente de limpeza quarenta e quatro horas semanais, um (01*) servente de serviços gerais (jardineiro) quarenta e quatro horas semanais e quatro (04*) agentes de portaria atuando em escalas alternadas atuando vinte e quatro horas por dia sete dias por semana.

6. DO PRAZO DO CONTRATO

6.1 - O presente contrato passa a vigorar a partir da data de sua assinatura por prazo indeterminado A parte que tiver a intenção de rescindi-lo deverá notificar a outra com antecedência mínima de 60 dias.

7. DO FORO

7 – do Foro Para dirimir quaisquer controvérsias oriundas do CONTRATO, as partes elegem o foro da comarca de PELOTAS/RS.

Por estarem assim justos e acordados, firmam o presente instrumento, em duas vias de igual teor.

Pelotas, 29 de Setembro de 2016

2 – Contrato firmado com a Imobiliária Vila Rica Negócios Imobiliários Ltda., fls. 302/305:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO DO CONTRATO -


Especificação dos serviços contratados: A contratada compromete-se a prestar os serviços no supracitado Condomínio, cumprindo, em cada posto contratado, as seguintes atividades:

1.1 DO POSTO DE PORTARIA 24 hs. (24 horas diárias de segunda-feira a domingo inclusive feriados e pontos facultativos).

- 1.1.1 - Relacionar-se com os Moradores a fim de prestar, quando necessário, as devidas informações.
- 1.1.2 - Prestar informações a visitantes inclusive durante os eventos no salão de festas;
- 1.1.3 - Comunicar, por forma escrita, toda a qualquer violação, por parte dos Moradores, da convenção de Condomínio e/ ou Regulamento Interno do Edifício.
- 1.1.4 - Manter um livro para registro e reclamações e insatisfações;
- 1.1.5 - Controlar e identificar a entrada de pessoas e veículos no Condomínio;
- 1.1.6 - Zelar pelo horário de silêncio;
- 1.1.7 - Controlar para que não haja desordem no Condomínio;
- 1.1.8 - Zelar para que pessoas estranhas não transitem nas dependências do Condomínio;
- 1.1.9 - Portar-se adequadamente para a função desempenhada;
- 1.1.10 - Tratar condôminos e visitantes de maneira cortês;
- 1.1.11 - Sempre que necessário solicitar a presença de autoridade policial no Condomínio;
- 1.1.12 - Entregar aos respectivos destinatários, toda correspondência, cartas, jornais e revistas a eles destinadas;

CLÁUSULA QUINTA - DAS OBRIGATORIEDADES DA CONTRATADA PARA RECEBIMENTO DO PAGAMENTO DO SERVIÇO CONTRATADO -

5.1 - A contratada obrigatoriamente, deverá apresentar ao contratante, para recebimento dos serviços prestados, todos os comprovantes de pagamento dos salários dos empregados que utilizou para a prestação do serviço, recolhimento de todos os encargos fiscais descritos acima. Ressalte-se que, a condição aqui prevista é *sine qua nom.* para o pagamento por parte do contratante. Documento de 22 páginas assinado digitalmente. Pode ser consultado no endereço <https://cav.receita.fazenda.gov.br/reCAD/publico/login.aspx> pelo código de localização EP02.0420.14327.YSNB para autenticação administrativa



PELOTAS DRF

Fl. 304

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

3 de 4

CONTRATANTE: Imobiliária Vila Rica Negócios Imobiliários - Administradora do Condomínio Residencial Alta Vista

CONTRATADA: Gabriel Canez Novack - ME

do contratante, sob pena da contratada não receber o pagamento pelo serviço executado, até o efetivo cumprimento das referidas obrigações. Caso em que, o pagamento será efetuado com isenção da correção monetária, multa e juros de qualquer natureza;

5.2 - A prestação de serviço deverá ser efetuada observando-se integralmente as instruções recebidas e os planos dados pela contratante. E de acordo com as regras técnicas em trabalhos de tal natureza, observando-se, ainda, as Normas Técnicas definidas para os materiais e serviços afins pela ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). No caso de inobservância das referidas determinações, a contratante poderá enjeitar o recebimento do serviço executado, desobrigando-se de qualquer pagamento, sem prejuízo de indenização;

CLÁUSULA NONA - DA VIGÊNCIA E RENOVAÇÃO CONTRATUAL

O presente contrato terá vigência a contar de 01 de janeiro de 2015, por tempo indeterminado facultando às partes a rescisão do mesmo desde que seja comunicado por escrito com antecedência mínima de 30 dias.

Portanto, não há que se falar em inexistência de cessão de mão de obra no caso sob exame.

Dos efeitos da exclusão

O ADE n.º 8, de 27 de setembro de 2018, excluiu o interessado do Simples Nacional a partir de 01/10/2013. O manifestante insurge-se contra a data da exclusão, argumentado que os efeitos não podem retroagir.

O artigo 84 da Resolução CGSN n.º 140/2018 disciplina a produção dos efeitos da exclusão:

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 81, quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, inciso I; art. 31, incisos II, III, IV, V e § 2º)

Art. 81. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP à RFB, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

(...)

c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 30, inciso II)

(...)

2. produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 31, inciso II)

(sem grifos no original)

Considerando que o contrato mais antigo anexado ao processo entrou em vigor em 02/09/2013, correta a produção dos efeitos da exclusão estabelecida a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação - 01/10/2013.

Conclusão

Do exposto, vota-se por julgar improcedente a manifestação de inconformidade apresentada.

Portanto, utilizando-se, pois, das razões de decidir acima expostas, entendo por negar provimento ao recurso.

Dispositivo

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa

