



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

Processo n° 11040.721669/2016-54
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.790 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 13 de setembro de 2018
Matéria Simples Nacional
Recorrente M. A. DUTRA PORTARIA E ZELADORIA EIRELI - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

NULIDADE. DESCABIMENTO.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Havendo nos autos prova de que o contribuinte foi devidamente cientificado do ato de exclusão do Simples Nacional e lhe foram entregues todos os relatórios, contendo os fundamentos para a exclusão e para a correta apuração do crédito tributário, bem como os dispositivos legais violados, não ocorre cerceamento de defesa.

EXCLUSÃO *EX OFFICIO*. PROCEDIMENTO.

O ato de exclusão *ex officio* do Simples Nacional constitui procedimento destinado a alterar o regime tributário a que se submete o contribuinte, medida esta que deverá ser implementada pela autoridade fiscal, no momento em que verificar quaisquer das condições impeditivas previstas na legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, José Roberto Adelino da Silva e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Ato Declaratório Executivo N° 31/2016 (e-fls. 261/262), de 30 de setembro de 2016, que excluiu o contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeitos a partir de 01/02/2012. As razões da exclusão estão assim resumidas no Parecer n° 1 – DRF/PEL/Saort (e-fls. 255/259). Reproduzo a seguir o relatório da decisão de piso, que bem resume o litígio:

Esse Parecer foi emitido em virtude da ‘Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional’ de fls. 02/09 que concluiu que a empresa exerceu atividades de portaria e zeladoria mediante cessão ou locação de mão-de-obra, atividades estas vedadas ao Simples Nacional, nas competências 01/2012 a 12/2014.

O fundamento da exclusão do Simples Nacional deu-se com base no que dispõem o inciso XII, do art. 17 e art. 18, da Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006 e, no que dispõe o inciso XXII, do art. 15 e §4°, da Resolução CGSN n° 94, de 29 de novembro de 2011.

Cientificada por via postal em 11/10/2016 (AR de fl. 266), do Ato Declaratório Executivo N° 31/2016, do Parecer n° 1 – DRF/PEL/Saort e da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, por intermédio da ‘Comunicação n°: (006)821/2016’ de fl. 265, a pessoa jurídica interessada interpôs em 08/11/2016 a manifestação de inconformidade de fls. 268/270 contestando a exclusão.

Na peça de defesa apresentada protesta que o ato de exclusão da empresa do Simples Nacional é ilegal e deve ser anulado, pois carece de motivação ao não especificar qual a modalidade de cessão de mão de obra, vedada por lei, foi executada pela empresa.

Sustenta que todas as atividades desenvolvidas pela empresa, “representadas em seu CNPJ e CNAEs”, são correlatas ao Simples Nacional.

Explica que as atividades principais executadas pela empresa são de serviços de vigilância, limpeza e conservação; que a atividade de portaria e zeladoria são correlatas a atividade de vigilância; e que “ambas se referem a zeladoria patrimonial, destarte, incluídas na exceção legal do artigo 18, parágrafo 5°, letra “h” da Lei Complementar 123/2006”.

Aduz que “as ditas atividades vedadas, não foram executadas pela empresa”.

Ao final, requer a manutenção da empresa no Simples Nacional.

É o relatório.

A decisão de primeira instância (Acórdão 03-76.280 - 7ª Turma da DRJ/BSB, e-fls. 297/304) julgou a Manifestações de Inconformidade improcedente, entendendo, em resumo, rejeitar a preliminar de nulidade e declarar caracterizadas a hipótese de vedação consignada no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006; com os efeitos a partir de 01/02/2012, ou seja, a prática da atividade vedada de cessão ou locação de mão-de-obra.

Cientificada da decisão de primeira instância em 03/10/2017 (e-fl. 308) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 06/11/2017 (e-fl. 310), em que repete os argumentos levados à primeira instância e requer, em resumo, a anulação da decisão recorrida, por ausência de fundamentação do fato constitutivo por parte da autoridade fiscal, afirmando ainda que:

- as atividades principais executadas pela empresa e devidamente estabelecidas no contrato social tratam de serviços de vigilância, limpeza e conservação;
- a atividade de portaria e zeladoria, por exemplo, são correlatas a atividade de vigilância;
- as ditas atividades vedadas não foram executadas pela empresa;
- a tão só especificação social de atividade não enquadrada não se traduz em condição para a execução, eis que não verificado o fato gerador da geração do tributo.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

O recurso ao CARF é tempestivo, e portanto dele conheço. Isto porque o contribuinte comprova que compareceu à Unidade da Receita (e-fl. 324) para o protocolo do recurso dentro do prazo recursal (03/11/2017). E nesta data foi agendada pela Unidade outra data (06/11/2017) para o recebimento do recurso. Desta forma considero tempestivo o recurso.

Cabe rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela requerente, tendo-se em vista que não se evidenciou nos autos a ocorrência das hipóteses dos artigos 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/1972. Não houve cerceamento do direito de defesa, tendo-se em vista que as fases do contencioso foram todas cumpridas, razão pela qual o próprio contribuinte trouxe à discussão todos os argumentos de defesa. E o servidor que realizou a fiscalização detinha o cargo legalmente competente para tal. Adiante-se que é dever da autoridade fiscal representar, à autoridade competente (art. 124 do CTN) situações que motivem a análise pormenorizada para apuração de eventual descumprimento das normas fiscais, análise esta descrita na

Representação Fiscal (e-fls. 02/09) e resumida no Parecer nº 1 da DRF/PEL/Saort (e-fls. 255/259), razão pela qual não vemos fundamento para a afirmação da recorrente de que faltou motivação para a exclusão perpetrada.

Constato que restou comprovada o exercício da atividade prevista como vedada no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006, por todo o período de exclusão. Corroboro com o entendimento de que a legislação pertinente à matéria é aquela já consubstanciada na decisão de piso (no parágrafo 1º do artigo 17 e no artigo 18, § 5º-C e § 5º-H, da Lei Complementar nº 123, além da Resolução CGSN nº 94, de 2011), e que regula a permissão legal de adesão ao Simples de empresas que tenham como atividade a locação de mão de obra nas atividades vigilância, limpeza, conservação, mas veda as atividades de portaria e zeladoria. O art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, é especialmente importante para diferenciar as atividades de portaria e zeladoria das demais. Reproduzo a seguir tal legislação. Após análise as provas do exercício ou não das ditas atividades pela recorrente.

Assim dispôs a decisão de piso sobre a legislação:

Do Mérito

A Lei Complementar nº 123, de 2006, estabelece em seu artigo 17, inciso XII, condição impeditiva para recolher tributos na sistemática do Simples Nacional o exercício de atividade de prestação de serviço que caracterize cessão de mão de obra:

Lei Complementar nº 123/2006

Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

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;

(...)

A exceção essa vedação encontram-se disciplinada no parágrafo 1º do artigo 17 e no artigo 18 da Lei Complementar nº 123:

Lei Complementar nº 123/2006

Art. 17...

(...)

§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.

(...)

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

(...)

§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.

(...)

O artigo 31 da Lei Complementar nº 123 confere aos contribuintes a possibilidade de permanência no regime caso haja a regularização até o prazo de 30 (trinta) dias da ciência do ato de exclusão:

Lei Complementar nº 123/2006

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

(...)

§ 2º Na hipótese dos incisos V e XVI do caput do art. 17, será permitida a permanência da pessoa jurídica como optante pelo Simples Nacional mediante a comprovação da regularização do débito ou do cadastro fiscal no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir da ciência da comunicação da exclusão.

(...)

A Lei Complementar nº 123, de 2006, na parte referente ao Simples Nacional, foi regulamentada através de Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), as quais foram consolidadas na Resolução CGSN nº 94, de 2011.

Essa Resolução reafirma ser condição impeditiva para recolher tributos na sistemática do Simples Nacional o exercício de atividade de prestação de serviço que caracterize cessão de mão de obra, não se aplicando a essa vedação as atividades de serviço de vigilância, limpeza e conservação:

Resolução CGSN nº 94/2011

Art. 4º A opção pelo Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, no montante apurado na forma desta Resolução, em substituição aos valores devidos segundo a legislação específica de cada tributo, dos seguintes impostos e contribuições: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, incisos I a VIII)

(...)

VI - Contribuição Patronal Previdenciária (CPP) para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da ME e da EPP que se dediquem às seguintes atividades de prestação de serviços: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, inciso VI; art. 18, §5º-C)

a) 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;

b) serviço de vigilância, limpeza ou conservação;

c) serviços advocatícios; (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 117, de 02 de dezembro de 2014)

(...)

Art. 15. Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a ME ou EPP: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)

(...)

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

(...)

§ 4º A vedação à opção por empresas que exerçam a atividade mediante cessão ou locação de mão de obra, de que trata o inciso XXII do caput, não se aplica às atividades referidas nas alíneas “a” a “c” do inciso VI do art. 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, §5º-H)

(Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 117, de 02 de dezembro de 2014)

(...)

No litígio presente nos autos, embora tenha alegado na peça de defesa, a empresa manifestante não apresentou documentos que efetivamente atestassem que a empresa não exercia a atividade vedada ao Simples Nacional de cessão de mão de obra.

Salienta-se que o conhecimento de afirmações relativas a fatos apresentados na defesa com intuito de contraditar elementos regulares de prova trazidos aos autos pela autoridade fiscal, demanda sua efetiva consubstanciação por via de outros elementos probatórios, pois sem substrato mostram-se como meras alegações processualmente não acatáveis.

Por outro lado, a autoridade fiscal responsável pela elaboração da 'Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional' de fls. 02/09 muito bem apontou os motivos que ensejaram o ato de exclusão da pessoa jurídica interessada do regime de tributação pelo Simples Nacional.

Nessa representação, explicou detalhadamente por quais motivos os serviços de portaria e de zeladoria exercidos pelo contribuinte não se confundem, respectivamente, com os serviços de vigilância e com os serviços de limpeza e conservação, estes últimos permitidos pela legislação do Simples Nacional:

Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional

(...)

7. No exame dos contratos de prestação de serviço, bem como das notas fiscais de prestação de serviços das competências 01/2012 a 12/2014, foi constatado que o contribuinte desenvolveu as seguintes atividades: zeladoria, portaria, vigilância, segurança e ronda, técnicos de informática, limpeza, jardinagem, poda, conservação, manutenção e limpeza de prédios.

(...)

13. Os §§3º e 4º do art. 31 da Lei 8.212, de 24/07/1991, bem como Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, em seu art. 219, §§1º e 2º, assim definem:

Art. 31...

*§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.

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II – vigilância e segurança;

III – empreitada de mão-de-obra;

IV – contratação de trabalho temporário na forma da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974.[grifo nosso]...

Art. 219...

§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 n.º 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;

II - vigilância e segurança;

[...]

XX - portaria, recepção e ascensorista [grifo nosso].

...

18. Evidente, portanto, que os serviços de **portaria** são realizadas mediante cessão de mão-de-obra, segundo a definição anteriormente exposta, não se confundindo com os de vigilância, de sorte que não se enquadram no art. 18, § 5º-C, inciso VI, da Lei Complementar nº 123, de 2006 e portanto estão alcançadas pela vedação estabelecida pelo inciso XII do art. 17 da referida Lei Complementar.

(...)

26. Em vista disto, os serviços de zeladoria também não se confundem com os de limpeza e conservação, tampouco com os de vigilância, de modo que também não se enquadram no art. 18, §5º-C, inciso VI, da Lei Complementar nº 123, de 2006

estando da mesma forma alcançadas pela vedação estabelecida - da pelo inciso XII do art. 17 da referida Lei Complementar.

27. Releva notar que, de acordo com os §1º e §2º do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 é imprescindível que a microempresa ou empresa de pequeno porte não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação relativas a exercício de atividades ou de qualquer outra vedação prevista na referida Lei Complementar.

28. Assim, se exercer uma única atividade impeditiva, ainda que de forma eventual, qualquer que seja a participação da respectiva receita no total auferido pela microempresa ou empresa de pequeno porte, estará vedada a sua opção ou permanência no Simples Nacional.

29. Dessa forma, o efetivo desempenho das atividades de portaria e zeladoria mediante cessão de mão de obra impede que o contribuinte seja optante pelo Simples Nacional.

(...) (Subinhabidos acrescidos)

Assim, uma vez que as atividades de zeladoria e portaria, exercidas pelo contribuinte, caracterizarem-se por serem atividades de cessão de mão de obra, as quais são vedadas ao Simples Nacional, correto o ato de exclusão da empresa desse regime de tributação pelo Ato Declaratório Executivo Nº 31/2016.

Se o exercício da atividade (portaria e zeladoria) é vedada para usufruto do benefício da sistemática simplificada (e está autorizada a exclusão), não pode o contribuinte fazer constar em seu contrato social e/ou em seu cadastro na Receita Federal a afirmação de que esta atividade faz parte de seu objeto social. Tem fundamento mais literal a exclusão do sistema simplificado da empresa que efetivamente exercer a atividade vedada. No presente caso este exercício está comprovado nas notas fiscais e contratos anexados. Por exemplo, na nota fiscal nº 99 (e-fl. 67) a atividade especificada é a de zeladoria; na nota fiscal 109 (e-fl. 68) a atividade especificada é a de prestação de serviço de porteiro, mesma atividade até a nota fiscal nº 847 (e-fl. 138). As mesmas atividades constam dos contratos anexados (e-fls. 173 e ss).

Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa e no mérito negar provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa

