



Processo nº 11040.721736/2018-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1001-002.484 – 1^a Seção de Julgamento / 1^a Turma Extraordinária**
Sessão de 14 de julho de 2021
Recorrente FABIO DOS SANTOS MACIEL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

EXCLUSÃO - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - PORTEIRO - EXERCÍCIO COMPROVADO.

Comprovado o exercício efetivo de atividade vedada ao regime do Simples Nacional, mantém-se o ato de exclusão.

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)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), José Roberto Adelino da Silva e Thiago Dayan da Luz Barros.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 12-114.503 da 3^a Turma da DRJ/RJO que considerou improcedente a Manifestação de Inconformidade (MI), apresentada, pela ora recorrente, contra o Ato Declaratório Executivo nº 9, de 10 de outubro de 2018, de exclusão do Simples Nacional (e-fls.168/169).

Segue o relatório:

Este processo foi inaugurado com a Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional às e-fls.2/7, de lavra da Fiscalização da DRF-Pelotas-RS, instruída com os documentos de e-fls.8/157.

2 Segundo a citada Representação, “no exame dos contratos e notas fiscais de prestação de serviços dos exercícios de 2013 a 2015, foi constatado que o contribuinte efetivamente teve como atividades principais serviços de limpeza, portaria e zeladoria”.

3 De acordo com a Representação, as atividades de portaria são realizadas mediante cessão de mão-de-obra e estão alcançadas pela vedação estabelecida pelo inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº123, de 2016, e, assim, o efetivo desempenho das atividades de portaria mediante cessão de mão-de-obra impede que o contribuinte seja optante pelo Simples Nacional.

4 Seguiu-se o Parecer 12-DRF/PEL/Saort, de 10 de outubro de 2018 (e-fls.162/167), que propôs a exclusão do interessado do Simples Nacional, apresentando as seguintes razões:

- a) “a situação mencionada é de cessão de mão-de-obra, na modalidade de portaria, não permitida ao Simples Nacional”;
- b) “pela clareza das informações que constam na Representação, ela própria passa a fazer parte deste Parecer, pois incluir neste documento as informações presentes na Representação redundaria em mero exercício de tautologia”;
- c) “para saber a data de efeito da exclusão do Simples Nacional devem ser observados todos os documentos que foram incluídos no processo e deve ser encontrado no documento mais antigo que demonstre o fato impeditivo”;
- d) “o primeiro elemento é justamente o contrato social, registrado em 06.03.2009, que informa que o objeto da sociedade será, dentre outros, serviços de portaria em condomínios residenciais e comerciais”;
- e) “o que se observou é que desde a sua constituição a empresa presta serviço de portaria mediante cessão de mão-de-obra, o que não é permitido aos optantes do Simples Nacional”.

5 Seguiu-se o Ato Declaratório Executivo nº 9/2018, de 10 de outubro de 2018, de exclusão do Simples Nacional a partir de 06.03.2009 (e-fls.168/169):

...

Em sua Manifestação de Inconformidade (MI), a ora recorrente argumento:

- a) “a decisão ora em debate não pode produzir os seus efeitos, até o exaurimento de todos os recursos cabíveis às partes”;
- b) “não se equivocou em ser optante pelo Simples Nacional quando de sua abertura, porque a Lei Complementar nº 123/2006 previa que determinados serviços prestados pelas microempresas ou pelas empresas de pequeno porte, ainda que mediante cessão de mão-de-obra, configuravam exceções à vedação ao ingresso no Simples Nacional”;
- c) “a dita lei “preceituava que poderia haver a opção se o contribuinte se dedicasse, exclusivamente, à prestação de outros serviços, desde que não fossem objetos de vedação expressa”;
- d) “assim, o serviço de portaria, ainda que se trate de cessão de mão-de-obra, não constava de forma expressa em mencionado ordenamento jurídico”;
- e) “em 07 de junho de 2015, restou editado o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, transscrito parcialmente abaixo, que determinou que os serviços de portaria não se enquadram como exceção à vedação ao Simples Nacional”;

f) “os atos interpretativos não podem criar, modificar e nem extinguir direitos legalmente previstos; não cabe aos atos interpretativos a modificação da lei interpretada”;

g) “não há como reconhecer que a empresa autuada tenha realizado equivocadamente seu cadastro no Simples, quando de sua abertura, posto que a própria Receita Federal reconheceu que os serviços de portaria não estavam incluídos como vedação ao Simples no momento em que editou o Ato acima mencionado, razão pela qual se mostra infundada a exclusão da autuado do Simples Nacional desde 06.03.2009”;

h) “somente a Lei pode estabelecer qual a prestação de serviço através de cessão de mão-obra que não permite a opção ao Simples Nacional”;

i) “não há como determinar a exclusão da autuada do Simples Nacional desde a sua abertura (06/03/2009)”;

j) “o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7 somente restou editado em 07.06.2015, bem como que o mesmo não pode restringir a abrangência da norma interpretada, sob pena de ser declarado inválido juridicamente”;

k) “contudo, ainda que o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7 não sirva para alterar a abrangência da lei federal (...) a empresa deve ser mantida no Simples Nacional, conforme já exposto, a fim de, pelo menos, manter a empresa pelo Simples no que tange aos serviços por ela prestados, com exceção da atividade de Portaria”;

l) “esta informa que já está providenciando a exclusão de tal atividade do objeto da empresa, a fim de possibilitar sua continuidade no Simples Nacional”;

m) “não haverá nenhum prejuízo ao Fisco tal procedimento, bem como que resta evidente a boa-fé da empresa em sanar eventuais irregularidades que porventura ainda existam”;

n) “faz-se necessária a manutenção da autuada no Simples, com relação às atividades que exerce, com exceção de serviços de portaria”.

8 O interessado pede para ser mantido no Simples Nacional “ante a regularização de seu objeto, que se procederá no início de janeiro de 2019”.

A DRJ, em julgamento, ocorrido em 27/02/2020, proferiu a seguinte decisão:

Acórdão 12-114.503 - 3ª Turma da DRJ/RJO

Sessão de 27 de fevereiro de 2020

Processo 11040.721736/2018-01

Interessado FABIO DOS SANTOS MACIEL

CNPJ/CPF 10.724.937/0001-63

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 06/03/2009

DESPACHO DECISÓRIO MANUAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. PORTEIRO. EXERCÍCIO COMPROVADO.

Mantém-se o ato de exclusão se comprovado o exercício de atividade econômica vedada ao Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificada em 05/05/2020 (fl.266), a recorrente apresentou o Recurso Voluntário (RV) em 01/07/2020 (fl. 268).

Em seu RV, a recorrente repete, em síntese, essencialmente, o que alegado em sede de MI e acrescenta doutrina sobre o princípio da legalidade e requer:

Em assim sendo, arrimado no acima expedito, REQUER a Recorrente a reforma da decisão lançada no acórdão 12-114.503, da 3a Turma da DRJ/R30, para reconhecer a ausência de legalidade da decisão que determinou a exclusão da empresa autuada do Simples Nacional, declarando, consequentemente, indevido o crédito tributário decorrente de tal exclusão, bem como que reconheça a possibilidade da ora recorrente em ser mantida no Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, por força da Portaria 543/2020, em vigor na ocasião, que suspendeu os prazos, para a prática de atos processuais, inicialmente, até 29 de maio de 2020, prorrogado, sucessivamente, para 31/08/2020, e que atende aos demais requisitos determinados pelo Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Os autos estão repletos de provas documentais do exercício da atividade vedada o que foi, inclusive, reconhecido pela recorrente em sua MI:

l) “esta informa que já está providenciando a exclusão de tal atividade do objeto da empresa, a fim de possibilitar sua continuidade no Simples Nacional”;

m) “não haverá nenhum prejuízo ao Fisco tal procedimento, bem como que resta evidente a boa-fé da empresa em sanar eventuais irregularidades que porventura ainda existam”;

n) “faz-se necessária a manutenção da autuada no Simples, com relação às atividades que exerce, com exceção de serviços de portaria”.

8 O interessado pede para ser mantido no Simples Nacional “ante a regularização de seu objeto, que se procederá no início de janeiro de 2019”.

Nada de novo foi trazido aos autos, assim, mantenho a decisão de piso, cabe apenas referendar a argumentação exarada no acórdão recorrido, portanto, transcrevo, aprovo e adoto como minhas as razões de decidir, com base no art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99 e no art. 57, § 3º, do RICARF:

11 Trata-se de ato de exclusão do Simples Nacional, a partir de 06.03.2009, por exercício de atividade econômica vedada.

12 A causa da exclusão foi apontada como o exercício da seguinte atividade econômica: “cessão de mão-de-obra em modalidade distinta das permitidas aos optantes do Simples Nacional”.

13 A exclusão foi, expressamente, fundamentada no inciso XII do art.17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que veda o Simples Nacional à pessoa jurídica que realiza cessão ou locação de mão-de-obra:

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

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

14 A Instrução Normativa (IN) RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009 (que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas por esta RFB), repetindo a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, define cessão de mão-obra, caracterizando os elementos que a integram: a) dependências de terceiros; b) serviços contínuos; e c) colocação à disposição da empresa contratante:

Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato. (grifos nossos)

15 A Lei Complementar nº 123, de 2006, embora vede ao Simples Nacional a cessão ou locação de mão-de-obra, dispõe que tal vedação não se aplica às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente a determinadas atividades, ou que as exerçam em conjunto com outras atividades não vedadas ao Simples Nacional:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou 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.

16 As atividades referidas no §5º-E do art.18 – serviço de vigilância, limpeza ou conservação - não estão vedadas ao Simples Nacional, desde que, reprise-se, sejam exercidas exclusivamente, em conjunto com outras atividades não vedadas ao Simples:

§ 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;

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.(grifos nossos)

17 Tem-se, em síntese, que a regra geral é que a cessão ou locação de mão-de-obra é vedada ao Simples Nacional. As modalidades: serviço de vigilância, limpeza ou conservação, configuram exceções, desde que sejam exclusivas ou exercidas juntamente com atividades não vedadas.

18 Segundo a Representação, “no exame dos contratos e notas fiscais de prestação de serviços dos exercícios de 2013 a 2015, foi constatado que o contribuinte efetivamente teve como atividades principais os serviços de limpeza, portaria e zeladoria”.

19 A Fiscalização junta contratos de prestação de serviços de portaria, recibos de prestação de serviços de portaria, notas fiscais de serviços de portaria (e-fls.23/157), de forma que não há dúvidas de que tais serviços sempre foram prestados pelo interessado.

20 O interessado não nega que prestou serviços de portaria.

21 Os Contratos Sociais do interessado também explicitam o serviço de portaria:

	Contrato Social e Alteração	
Data	Objeto	Folhas
21/01/2009	serviços de portaria e recepção em condomínios residenciais e comerciais; serviços de limpeza em condomínios residenciais e comerciais; serviços de conservação das instalações dos prédios; serviços de zeladoria em condomínios residenciais e comerciais	189/192
20/03/2012	serviços de portaria e recepção em condomínios residenciais e comerciais; serviços de limpeza em condomínios residenciais e comerciais; serviços de conservação das instalações dos prédios; serviços de zeladoria em condomínios residenciais e comerciais	193/197
31/07/2014	serviços de portaria e recepção em condomínios residenciais e comerciais; serviços de limpeza em condomínios residenciais e comerciais; serviços de conservação das instalações dos prédios; serviços de zeladoria em condomínios residenciais e comerciais	198/203
31/07/2017	OBS: retirada de sócio	204/207
12/09/2017	OBS: transformação da sociedade limitada Prestlimp Prestadora de Serviços de Limpeza e Portaria Ltda em Empresário: Fabio do Santos Maciel serviços de portaria e recepção em condomínios residenciais e comerciais; serviços de limpeza em condomínios residenciais e comerciais; serviços de conservação das instalações dos prédios; serviços de zeladoria em condomínios residenciais e comerciais	208/210

22 Ressalte-se, no quadro acima, que mesmo quando houve a transformação de sociedade limitada para Empresa Individual, os serviços de portaria continuaram integrando o objeto social do interessado.

23 O interessado também não contesta o objeto social estampado em seu contrato social e alterações.

24 O que o interessado alega é que a exclusão foi lastreada em Ato Declaratório Interpretativo.

25 O Ato Declaratório Interpretativo - ADI (como o próprio nome diz), interpreta a regra que já está na lei. Nada cria ou institui.

26 No caso, desde o início do regime, a cessão ou locação de mão-de-obra foi vedada ao Simples Nacional.

27 Atendidos certos requisitos legais, como já visto, apenas as cessões ou locação de mão-de-obra referentes a serviços de vigilância e de limpeza ou conservação não estão vedadas ao Simples Nacional.

28 Se a pessoa jurídica entendeu que o serviço de portaria era sinônimo de “serviço de vigilância”, fê-lo por sua conta e risco.

29 O Ato Declaratório Interpretativo – ADI nº 7, de 10 de junho de 2015, foi publicado no Diário Oficial de 11 de junho de 2015.

30 O citado ADI apenas declarou que o serviço de portaria não se confunde com os de vigilância, limpeza e conservação:

...

31 Observe-se que o art. 3º do ato acima modifica conclusões em contrário que porventura tenham constado de Soluções de Consulta ou de Divergência. No entanto, o interessado não alega que estivesse amparado por uma delas.

32 O interessado alega que, quando de sua abertura – 06.03.2009 -, “a própria RFB reconheceu que os serviços de portaria não estavam incluídos como vedação ao Simples Nacional”.

33 Os códigos CNAE que constam do Requerimento do Empresário, de 12.09.2017 (e-fls.210) – e, por conseguinte, do CNPJ do interessado - não se referem a atividades econômicas vedadas:

CNAE	Descrição	Vedaçāo	Ambiguidade
8111-7-00	serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais	sem	sem
8121-4-00	limpeza em prédios e em domicílios	sem	sem
8299-7-99	outras ativ. de serv.prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente	sem	I: 01.07.2007

34 Não é demais observar que, para fins de identificação de atividade vedada, esta RFB se vale dos códigos CNAEs que a pessoa jurídica informa no CNPJ:

Art. 8º Para fins de identificação de atividade cuja natureza impede o ingresso no Simples Nacional, serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pela ME ou pela EPP no CNPJ. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput)

35 O interessado também se bate contra a data de início dos efeitos da exclusão: 06.03.2009. Alega que a essa data os serviços de portaria não estavam vedados ao Simples Nacional; que não haverá prejuízo ao Erário; e que deveria ser mantido no Simples em relação às atividades permitidas.

36 Já visto que a cessão ou locação de mão-de-obra, em regra, está vedada ao Simples Nacional, e, que os serviços de portaria não estão abrangidos pela exceção, tampouco estavam informados no CNPJ do interessado.

37 É a Lei Complementar que define os efeitos da exclusão. Dispõe que, quando incorre em atividade vedada, o optante deve, obrigatoriamente, comunicar a sua exclusão. Não o fazendo, a exclusão se processará de ofício, como aqui se deu:

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

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

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

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;

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

38 O interessado, segundo a Fiscalização, exerce a atividade econômica desde a sua constituição em 06.03.2009.

39 Tal como regulamentado na Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 140, de 2008, quando constatado que, desde o ingresso no regime, a pessoa jurídica já incorria em hipótese de vedação, como foi o caso, a exclusão produzirá efeitos desde a opção pelo regime, que no caso, é 06.03.2009:

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)

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

III - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses em que:

a) for constatado que, quando do ingresso no Simples Nacional, a ME ou a EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 15; ou

(Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 16, caput)

42 Inexiste amparo normativo para atendimento sobredito pedido. Na forma da legislação de regência, uma vez excluído do regime, o interessado pode a ele retornar mediante nova opção, que tem que ser efetuada via Portal do Simples Nacional e dentro do prazo geral de opção.

43 O interessado diz que “a decisão ora em debate não pode produzir os seus efeitos, até o exaurimento de todos os recursos cabíveis às partes”;

44 A exclusão do Simples Nacional está submetida ao rito do PAF e, ainda, ao art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966).

45 Dessa forma, a “impugnação” do ato de exclusão tem efeito suspensivo, de forma que, enquanto pendente de julgamento o recurso, a exclusão não se torna definitiva.

46 Nada impede, entretanto, que o crédito tributário decorrente da exclusão seja constituído, à vista do que determina o art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 2006 (tal como aqui se deu):

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Conclusões

47 O ADE imputou ao interessado o exercício de atividade econômica vedada ao Simples Nacional: serviços de portaria por meio de cessão ou locação de mão-de-obra.

48 A Fiscalização reuniu provas do exercício da sobredita atividade vedada. As provas reunidas pela Fiscalização não foram elididas. As alegações do interessado não foram comprovadas.

49 Conclui-se, assim, que, não tendo sido afastada a causa da exclusão, a Manifestação de Inconformidade deve ser julgada improcedente e o ato de exclusão deve ser mantido.

Assim, nego provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do Simples Nacional por exercício de atividade vedada.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva