



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11060.723778/2019-11
ACÓRDÃO	1001-003.989 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	6 de agosto de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	R. A CORDOVA VIGILANCIA LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Simples Nacional

Período de apuração: 01/08/2014 a 30/12/2015

OPÇÃO. ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CARACTERIZADA.

Caracterizado o efetivo serviço de cessão de mão de obra, deve ser mantida a exclusão no SIMPLES NACIONAL, bem como exigidos as contribuições previstas na legislação de regência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada, e no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Ana Claudia Borges de Oliveira, Gustavo de Oliveira Machado, Paulo Elias da Silva Filho, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 09-73.626, proferido em 23 de Janeiro de 2020, pela 5ª Turma da DRJ/JFA, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação.

A DRF de Santa Maria- RS lavrou o Auto de Infração- Contribuição Previdenciária da Empresa e do Empregador no dia 28/junho/2019 (e-fls. 2/11).

A DRF de Santa Maria- RS lavrou ainda, o Auto de Infração- Contribuição para Outras Entidades e Fundos no dia 28/junho/2019 (e-fls. 13/30).

A DRF de Santa Maria- RS elaborou o Relatório Fiscal no dia 25/junho/2019 (e-fls. 32/38), cujo teor segue em síntese:

“RELATÓRIO FISCAL

1 – INTRODUÇÃO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, e em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, nos termos do art. 234 do Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social), e devidamente autorizada conforme Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 10.1.03.00-2019-00013-9 (código de acesso na Internet nº 18227624, iniciou-se o procedimento fiscal junto ao sujeito passivo supracitado, relativamente as contribuições previdenciárias da empresa, pois este era optante pelo Simples Nacional, no período fiscalizado, ou seja, Agosto de 2014 a Dezembro 2015.

(...)

4 – Exclusão do Simples Nacional

Efetuada uma análise dos documentos apresentados em 12/02/2019, em especial o Livro Caixa e as Fichas de Registro de Empregados, bem como das informações prestadas em GFIP(Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social), constatamos que o sujeito passivo não efetua adequadamente o registro contábil do livro caixa, não sendo possível apurar a sua real movimentação financeira e também realiza a cessão de mão-de-obra, cujos trabalhadores são grande maioria compostos de porteiros, os quais não estão contemplados entre a cessão de mão-de-obra passível de ser enquadrada como optante pelo SIMPLES NACIONAL. Os elementos de convicção, para a exclusão do sujeito passivo do Regime Especial de Tributação do Simples Nacional, encontram-se no Doc 10 - Termo de Exclusão do Simples Nacional.

5 – INFRAÇÃO APURADA

5.1 – Não Declaração e Recolhimento da Contribuição Previdenciária do Empregador e lançamentos correlatos

(...)

5.2 – Não Declaração e Recolhimento de Contribuições de Terceiros Reflexos da Contribuição Previdenciária do Empregador

(...)

5.3 – Não Cumprimento a Intimação para prestar esclarecimentos sobre o Livro Caixa – Agravamento da Multa de Ofício. O sujeito passivo foi intimado (Doc 06 – Intimação Fiscal, recebida em 19/03/2019) e reintimado (Doc 08 – Reintimação Fiscal, recebida em 27/05/2019) para esclarecer os lançamentos contábeis do livro caixa, não tendo respondido as intimações, está sujeito ao agravamento da multa de ofício, previsto no artigo 44, §2º, inciso I da Lei nº 9.430/96:

(...)

6 – DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

A apuração dos créditos, foi efetuado, levando em consideração o período de Agosto de 2014 a Dezembro de 2015, relativos a contribuição previdenciária do empregador, Contribuição do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (GILL-RAT) e contribuições de terceiros, reflexos da contribuição previdenciária do empregador.

(...)

7. CONCLUSÃO

Assim, concluo o presente trabalho, ficando ressalvado o direito de a Fazenda Nacional constituir e cobrar eventuais créditos tributários que, porventura, venham a ser apurados, inclusive relativos à período e matéria já fiscalizados.

(...)"

A DRF de Santa Maria/RS elaborou o Termo de Exclusão do Simples Nacional no dia 25 de junho de 2019, excluindo de ofício a contribuinte R.A CORDOVA VIGILÂNCIA LTDA do Simples Nacional no período de 01/08/2014 a 31/12/2015, cujo teor segue abaixo, em síntese (e-fls. 325/331):

“TERMO DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL

1. Introdução

Em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF) nº 10.1.03.00-2019-00013-0, iniciou-se, em 15/01/2019, mediante intimação pessoal, do Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, ação fiscal na empresa R.A. CORDOVA & CIA Ltda, CNPJ 10.546.170/0001-20. O objeto da fiscalização é a verificação das contribuições previdenciárias a cargo da empresa/empregador, do período de agosto de 2014 a dezembro de 2015, incluindo o 13º salário 2015.

(...)

O objeto social registrado na Junta Comercial do Rio Grande do Sul - JUCERGS é a prestação de Serviços de Vigilância e Segurança Privada. A Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE Principal, cadastrada no sistema CNPJ é 8011-1-

01 – Atividades de vigilância e segurança privada, inexistente cadastro no sistema CNPJ de CNAE secundário.

(...)

A empresa esteve cadastrada no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL no período de 12/12/2008 a 31/12/2015.

2. Da Exclusão de Ofício do Simples Nacional

O Art. 28 da Lei Complementar nº 123/2006 determina que a exclusão do Simples Nacional será de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

(...)

No caso específico do contribuinte, este incorreu em duas situações passíveis de exclusão, a primeira cessão de mão de obra, artigo 29, inciso I e a segunda, artigo 29, inciso VIII, escrituração do livro caixa, não atende aos quesitos mínimos para identificar a movimentação financeira e bancária do contribuinte, pois na grande maioria dos lançamentos, sequer existe histórico do movimento.

(...)

3. Dos Efeitos da Exclusão do Simples Nacional

O parágrafo 1º do caput do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006 prescreve que na hipótese prevista no inciso VIII, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido da Lei Complementar 123 pelos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

4. Conclusões

Tendo em vista que a empresa incorreu em duas hipóteses de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Situação 01 A principal atividade da empresa, trata-se da cessão de mão-de-obra, conforme podemos constatar através da Folha de Pagamento e GFIP apresentadas pelo contribuinte, onde verifica-se que os trabalhadores executam atividades de portaria e recepção.

Situação 02 Intimada a empresa apresentou livro caixa, que submetido a análise, não atendeu aos requisitos básicos de escrituração contábil, ou seja, inexistente histórico dos lançamentos em mais de 95% dos lançamentos efetuados, o que torna tal registro, apenas um bloco de débito e crédito sem poder apurar a origem e destino dos recursos ali lançados, inclusive gerando dúvidas sobre o princípio contábil da ENTIDADE, um dos pilares da contabilidade.

Tratando-se de período pretérito de fiscalização, Ago 2014 a Dez 2015, e que após este período o contribuinte não era mais tributado pelo Regime Tributário do

SIMPLES NACIONAL, diante do exposto, DECIDO pela exclusão de ofício da empresa do SIMPLES NACIONAL nº período de 01/08/2014 a 31/12/2015.

(...)”.

No dia 02/julho/2019 foi confeccionado o Termo de Ciência de Lançamentos e Encerramento Total do Procedimento Fiscal, cujo teor segue abaixo em síntese (e-fls. 384/385):

“Encerramos, nesta data, o procedimento fiscal em relação ao sujeito passivo acima identificado, relativo aos tributos e períodos das infrações constantes nos documentos de lançamento abaixo discriminados.

O presente procedimento verificou, por amostragem, o cumprimento das obrigações tributárias, resultando na lavratura dos documentos de lançamento abaixo especificados, nos quais constam o detalhamento do crédito tributário lançado de ofício, a intimação ao sujeito passivo para cumprir a exigência, a descrição dos fatos e enquadramento legal das irregularidades observadas:

Processo	Documento	Tributo	Crédito Tributário
11060-723.778/2019-11	Auto de Infração	CONT PREV EMPRESA	R\$ 1.377.562,89
11060-723.778/2019-11	Auto de Infração	CONT ENT E FUNDOS	R\$ 312.544,29
Total do Crédito Tributário			R\$ 1.690.107,18

(...)”.

Da Impugnação da Contribuinte

Afirmou a Contribuinte que as notificações estão eivadas de nulidades, vez que conforme preconiza a legislação tributária, deveria o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade.

Pontuou que deve ser que seja oficiado o Departamento da Polícia Federal, para que seja remetida a Cópia do Alvará e a Portaria de Autorização de funcionamento da empresa, que comparam o atendimento às condições específicas para a atividade.

Aduziu que a exclusão do simples, deve obrigatoriamente respeitar a data em que foi exaurida a via administrativa, de modo a manter estabelecido o contraditório e ampla defesa e gerar efeitos somente da decisão em diante.

Asseverou que se mostra-se imperiosa a manutenção da empresa no SIMPLES NACIONAL, vez que todos os custos atribuídos ao produto se basearam na condição de optante e a retroatividade do imposto causará, certamente, a ocorrência de prejuízos em períodos anteriores, decretando o fechamento da empresa.

Salientou que não se trata unicamente de questão de ISS, mas envolve diferenças de outros tributos tais como PIS, COFINS, IRPJ, CSLL, INSS patronal, retificação de declarações etc. o que impossibilitará o prosseguimento das atividades empresariais em virtude de Lei inexistente.

Informou que a empresa autuada trabalha na condição de vigilância, independente na indicação em contrário apontada, tanto que, possui autorização da Polícia Federal para tal função e dispõe de pessoal especializado dentre seus empregados.

Destacou que realiza unicamente atividade de segurança em locais e eventos, não se constituindo puramente em empresa de cessão de mão-de-obra, como faz crer o Auto ora impugnado.

Esclareceu que as atividades de vigilância e segurança privada são classificadas em uma subclasse específica (CNAE 8011-1/01 - atividades de vigilância e segurança privada), assim como os serviços de limpeza (CNAE 8121-4/00 – limpeza em prédios e em domicílios) e que essas atividades prestadas por empresas especializadas não são impeditivas de ingresso no Simples Nacional, regime disciplinado pela Lei Complementar nº123/2006.

Noticiou que o caso da empresa impugnante, cujo objeto da contratação seria uma prestação de serviço especializado que engloba em um único contrato vários serviços de apoio ao contratante para a realização de vigilância e segurança, sem necessariamente caracterizar a cessão de mão-de-obra, como faz crer.

Elucidou que no tocante ao Livro-Caixa, denota-se que a empresa apresentou regularmente as informações requeridas, as quais correspondem fielmente ao que ocorria na empresa, de modo que o caixa contabilizava as operações de SAQUE E DEPÓSITO em conta bancária em sistema inverso, e ainda noticiava todas as operações realizadas de pagamentos sem nenhum tipo de divergência apontada.

Salientou que a aplicação de multa em valor superior ao montante devido, amparados em legislações federais, estaduais e/ou municipais, de acordo com o caso concreto, caracteriza o confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal Brasileira, nos termos do artigo 150, IV.

Pleiteou que seja recebida a impugnação; que seja suspensa a exigibilidade do débito em questão; que seja suspensa a exclusão do SIMPLES NACIONAL até o julgamento da presente impugnação em seu último grau administrativo; que sejam analisadas as preliminares arguidas determinando a anulação do presente Auto de Lançamento; que seja ao final em resolução de mérito seja anulado o referido Auto de Lançamento; que seja a empresa mantida do SIMPLES NACIONAL; que seja reduzida a multa punitiva para o patamar de 20%; que seja Oficiado

o Departamento da Polícia Federal para que informe se a empresa possui Alvará de Funcionamento para a atividade específica de vigilância.

DO ACÓRDÃO PROLATADO Nº. 09-73.626- DRJ/JFA

A DRJ analisou a impugnação apresentada, julgando-a improcedente (e-fls. 477/490).

Inconformada com a decisão da DRJ, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (e-fls. 519/541), cujo teor segue em síntese:

“AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

ILMOS. SRS. CONSELHEIROS

REF. PROCESSO: 11060.723.766/2019-96 e 11060.723.778/2019-11

R.A. CÓRDOVA VIGILÂNCIA LTDA, empresa inscrita nº CNPJ sob o nº 10.546.170/0001-20, com sede na Rua F. G. Bier, nº 458, bairro Planalto, Gramado/RS, já qualificada, vem através desta, mui respeitosamente, com o respeito e acatamentos devidos, ingressar com o presente RECURSO VOLUNTÁRIO, decorrente da intimação fiscal proferida:

TEMPESTIVIDADE

O presente recurso, inibidor dos andamentos do Auto de Lançamento, é no rigor da legislação tributária, tempestivo em todos os seus efeitos e pretensões, haja vista os fatos abaixo narrados.

A recorrente tomou ciência do referido auto de lançamento no dia 10/02/2020, iniciando-se a contagem do prazos no dia útil seguinte, ou seja, 11/02/2020. Sendo assim, decorridos os 30 (trinta) dias preconizados em lei, verifica-se que o prazo fatal para a interposição da presente defesa ocorreria na data de 12/03/2020.

Comprovada assim a tempestividade da presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que tornam nulo o procedimento fiscal 11060723.766/2019-96, nos termos abaixo alinhavados.

DOS FATOS ENSEJADORES DA PRESENTE AUTUAÇÃO E JULGAMENTO PROFERIDO

O procedimento fiscal adotado pelo órgão atuador determinou a exclusão da empresa recorrente do SIMPLES NACIONAL e consequente aplicação de multa, fundamentando tal decisão no fato da empresa operar, tendo como atividade preponderante a cessão ou locação de mão-de-obra, especialmente diante da presunção de que haveria porteiros em número superior a 60% caracterizando assim tais atividades, o que resta obstado pela LC 123/2006.

Observa-se, Excelências, que trata-se de desenquadramento por presunção fática, não permitida pela lei vigente e contrariada pelos argumentos apresentados em defesa administrativa.

Em decisão proferida pela 5ª. Turma de Julgamento, julgou improcedente o pleito da impugnação mantendo o crédito tributário aferido, mantendo inclusive os fundamentos do Auto de Infração.

Conforme segue abaixo, verifica-se que carece de legalidade a manutenção da r. decisão, senão vejamos:

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

O relatório emitido informa que a exclusão da empresa do traz como fato gerador o fato da empresa teoricamente ter realizado operações de caixa distorcidas e ainda realizar as atividades porteiro/vigia.

Contrariamente ao alegado, o ônus da prova da existência de cessão e/ou locação de mão-de-obra é unicamente do Fisco que em momento algum se desincumbe, utilizando-se unicamente de suposições e ilações, sem qualquer elemento fático que comprove tais alegações.

DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO E DA MULTA ADVINDA DO AUTO DE INFRAÇÃO

A exigibilidade do tributo focado pela notificação restará suspenso visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 do CTN, este ainda em vigor:

(...)

Ainda além observando o brocardo *accessorium sequitur principale*, estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

DA NULIDADE DAS NOTIFICAÇÕES

As notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria todas as diferenças, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo portanto observar os seguintes requisitos:

(...)

O cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao atuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de

informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados pois desobedece ao Art. 142 do CTN, quando legisla:

(...)

A igualdade constitucional que previona a PLENA DEFESA, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida CLAREZA, restando NULAS as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, CERCEANDO A PLENA DEFESA.

Não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário.

Respaldando a pretensão da notificada cumpre citar o posicionamento de nossa jurisprudência neste sentido:

(...)

Em vista dos fatos acima alocados, torna-se primordial a declaração de nulidade dos autos de infração e conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido, permite-se a notificada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Trata-se de impossibilidade de realização de defesa mais apurada, diante da singeleza das informações constantes no Auto de Lançamento, eis que sequer há informações relacionadas aos faturamentos atribuídos, quais operadora de cartões de crédito informaram e tampouco valores diários individualizados.

Como exemplo, informar que os empregados trabalham como vigias ou porteiros, sendo que vigia é ligado à atividade de vigilância.

Ora, como identificaram quem é porteiro e quem é vigia? Quais as bases de informações apresentadas?

Resta evidente que a empresa impugnante trabalha exclusivamente na condição de empresa de vigilância, logo, com possibilidade de manutenção do SIMPLES NACIONAL, TANTO QUE POSSUI ALVARÁ DA POLÍCIA FEDERAL PARA TAL ATIVIDADE, atendendo aos requisitos específicos que a atividade exige!!!!

Resta evidente a necessidade de anulação do respectivo Auto de Lançamento, que não observou os ditames legais e requisitos mínimos ensejadores da mais ampla defesa e da realidade fática apresentada, sendo que inclusive veio desacompanhado de qualquer documento comprobatório das alegações trazidas

pelo Fisco, seja através de relatórios e declarações apresentados pelas empresas de cartões seja através de relatórios analíticos, trazendo informações sumárias e desprovidas de qualquer prova ou fundamentação fática.

Resta evidente, Excelência, que tal auto de infração encontra-se eivado de vícios que maculam sua regularidade.

Conforme estabelecido no art. 10 da Lei 70.235/72:

(...)

Observa-se que o presente Auto de Infração e conseqüente Intimação Fiscal, se deu na cidade de Santa Maria em momento posterior às alegadas infrações, contrariando assim o estabelecido no referido dispositivo.

FATOS NECESSÁRIOS

Trata-se de Exclusão do SIMPLES NACIONAL promovida pela autoridade fazendária Federal, com base em alegadas omissões de recolhimentos e informações.

Logo, necessário o apensamento do referido expediente e julgamento simultâneo, sob pena de decretar a nulidade dos atos, FATO ESSE NÃO OBSERVADO NO PRESENTE CASO!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!

Necessário, outrossim, que seja oficiado o Departamento da Polícia Federal, PARA QUE REMETA AO PRESENTE EXPEDIENTE CÓPIA DO ALVARA E PORTARIA DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DA EMPRESA IMPUGNANTE, QUE COMPROVARÃO O ATENDIMENTO ÀS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS PARA TAL ATIVIDADE.

DA MANUTENÇÃO DO SISTEMA DE SIMPLES NACIONAL – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Inicialmente, não procede a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, na forma estabelecida pela Repartição Fazendária, eis que ausentes os requisitos legais de tal possibilidade, especialmente no que se refere à não obediência ao princípio da legalidade.

Denota-se, inicialmente, conforme já informado, que o referido Auto de Lançamento é nulo, eis que utiliza-se de argumentos vagos inverossímeis e dissociados da realidade fática, contrariando preceitos legais estabelecidos.

Outrossim, denota-se que a Secretaria da Fazenda Federal, utiliza, como base legal para exclusão do SIMPLES NACIONAL a Resolução CGSN 94/2011, que já se encontra revogada há vários meses, importando, outrossim, em falta de amparo legal de tal punição, por conta de utilização de norma já revogada.

Não obstante tal alegação, face ao princípio da eventualidade, necessário gizar ainda que mesmo que haja Resolução em pleno vigor, esta não se presta a determinar punições e tampouco criar condições tributárias ao contribuinte, o que somente pode ocorrer por força de Lei, face ao princípio da legalidade.

O art. 150 da Carta Magna brasileira, nos apresenta em seus incisos o princípio da legalidade, de modo que aplica-se ao presente caso, face a inexistência de LEI que estabeleça a retroatividade de penalidade aos contribuintes, a qual baseia-se em MERA RESOLUÇÃO eis que o texto legal em momento algum nos apresenta a possibilidade de retroatividade.

Doutra sorte, deve o presente caso respeitar o princípio da retroatividade, de modo a não criar obrigação tributária anterior.

A exclusão do simples, deve obrigatoriamente respeitar a data em que exaurida a via administrativa, de modo a manter estabelecido o contraditório e ampla defesa e gerar efeitos somente da decisão em diante.

Nesse sentido:

(...)

Atualmente, em nosso País, como se não bastasse a Constituição Federal de 1988 ter previsto, no art. 5º, II, o Princípio “genérico” da Legalidade, prescreveu o Princípio da Legalidade Tributária em seu art. 150, I, in verbis:

(...)

De forma complementar, o art. 97 do Código Tributário Nacional enumera as matéria inseridas no campo da reserva legal:

(...)

Assim, a lei que institui tributo deve estabelecer com clareza todos os elementos configuradores da relação obrigacional tributária. Tal artigo estabelece a chamada 'legalidade estrita', impondo à lei tributária a necessidade de explicitar a alíquota, o fato gerador, a base de cálculo, o sujeito passivo e a multa.

(...)

O instrumento normativo hábil e, em regra, utilizado para instituir e majorar as exações tributárias é a Lei Ordinária. Sua elaboração prescinde de quorum privilegiado. Entretanto, determinados tributos federais, por exigência constitucional, devem ser instituídos por lei complementar, são eles:

Imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF); Empréstimos Compulsórios (art. 148, I e II, CF); Impostos Residuais (art. 154, I, CF); Contribuições Socialprevidenciárias Residuais (art. 195, § 4º, CF c/c art. 154, I, CF).

Não obstante a tais alegações mostra-se imperiosa a manutenção da empresa no SIMPLES NACIONAL, eis que a todos os custos atribuídos ao produto se basearam na condição de optante e a retroatividade do imposto causará, certamente, a ocorrência de prejuízos em períodos anteriores, decretando o fechamento da empresa.

Não se trata unicamente de questão de ISS, mas envolve diferenças de outros tributos tais como PIS, COFINS, IRPJ, CSLL, INSS patronal, retificação de

declarações, etc... o que impossibilitará o prosseguimento das atividades empresariais por conta de Lei inexistente.

Resumidamente, ante ao princípio da legalidade ora invocado, não há como aplicar a penalidade de retroatividade da exclusão do SIMPLES NACIONAL a 01.01.2013, uma vez que tal penalidade restou imposta através de Resolução, ferindo o princípio da reserva legal.

DA MATÉRIA ESPECÍFICA

Resta evidente, Excelência, que a empresa autuada trabalha na condição de vigilância, independente na indicação em contrário apontada, tanto que, para tal, POSSUI AUTORIZAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL PARA TAL FUNÇÃO E DISPÕE DE PESSOAL ESPECIALIZADO DENTRE SEUS EMPREGADOS.

OUTROSSIM, realiza unicamente atividade de segurança em locais e eventos, não se constituindo puramente em empresa de cessão de mão-de-obra, como faz crer o Auto ora impugnado.

Em matéria de terceirização, os serviços de vigilância, segurança, limpeza e portaria estão entre os mais solicitados por instituições financeiras, indústrias, condomínios e organizadores de eventos.

As atividades de vigilância e segurança privada são classificadas em uma subclasse específica (CNAE 8011-1/01 - atividades de vigilância e segurança privada), assim como os serviços de limpeza (CNAE 8121-4/00 – limpeza em prédios e em domicílios). Essas atividades prestadas por empresas especializadas não são impeditivas de ingresso no Simples Nacional, regime disciplinado pela Lei Complementar nº123/2006.

Outros serviços de apoio, como de zeladoria e manutenção predial podem se ajustar ao CNAE 8111-7/00 (serviços combinados para apoio a edifícios...), que compreende as atividades de:

(...)

Observem que essa subclasse pode abranger também os serviços de recepção e portaria. Contudo, a introdução dessas atividades pode gerar certa confusão quando da pretensão de ingresso no Simples Nacional. A Receita Federal do Brasil em várias soluções de consulta têm reiterado que os serviços de portaria não se confundem com vigilância ou segurança, sendo considerados como serviços prestados através de fornecimento ou locação de mão de obra (CNAE 7820-5/00 - locação de mão de obra temporária), esses sim vedados ao Simples Nacional.

(...)

Para uniformizar o entendimento a Receita Federal editou recentemente o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de junho de 2015, que dispõe sobre a vedação à opção pelo Simples Nacional de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de portaria por cessão de mão de obra:

(...)

Mas, a título de exemplo, se determinada empresa especializada na prestação de todos esses serviços de apoio (vigilância, zeladoria, portaria e recepção) pretender fazer a opção pelo Simples Nacional estaria mesmo assim impedida? Nesse caso não nos parece que ela se enquadra como fornecedora de trabalhadores, por locação ou cessão de mão de obra:

(...)

Esse é o caso da empresa impugnante, cujo objeto da contratação seria uma prestação de serviço especializado que engloba em um único contrato vários serviços de apoio ao contratante para a realização de vigilância e segurança, sem necessariamente caracterizar a cessão de mão-de-obra, como faz crer.

Vejam que o CNAE 8111-7/00 já exclui dessa subclasse serviços prestados de forma fragmentada, esses sim alinhados ao entendimento dado pela Receita Federal do Brasil.

(...)

NENHUM DOS DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA É CAPAZ DE IDENTIFICAR QUE A PRINCIPAL ATIVIDADE DA EMPRESA É CESSÃO E LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA!!!!!!

Já no tocante ao Livro-Caixa, denota-se que a empresa apresentou regularmente as informações requeridas, as quais correspondem fielmente ao que ocorria na empresa, de modo que o caixa contabilizava as operações de SAQUE E DEPÓSITO em conta bancária em sistema inverso, e ainda noticiava todas as operações realizadas de pagamentos sem nenhum tipo de divergência apontada.

Verifica-se que não há demonstração ou apontamento de qualquer irregularidade quanto às movimentações realizadas via Caixa, aliás, a empresa enquanto Empresa de Pequeno Porte sequer está obrigada a tal registro contábil.

DA MULTA EXCESSIVA

No Direito pátrio, tanto em cunho federal como estadual, sempre houve certa liberalidade legislativa quando da fixação de multas tributárias aos contribuintes que por ventura descumprissem com alguma norma vigente ou não atendessem as exigências do fisco.

Contudo, primeiramente, há de ser observada a conceituação e diferenciação feita pelo ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 727.872/RS, acerca das espécies de multas tributárias existentes no direito pátrio, conforme extrato abaixo:

(...)

Portanto, essencialmente existem no direito tributário as multas moratórias, para o caso de algum atraso no pagamento de um tributo por algum contribuinte, e as multa punitivas, que, como o nome diz, visam punir o contribuinte que venha a

desrespeitar alguma norma tributária, caso no qual, em razão da maior gravidade da conduta, há a aplicação de sanções bem mais gravosas.

Nas multas tributárias punitivas, em determinadas ocasiões específicas, é possível que o contribuinte seja penalizado com multas aplicadas em valor equivalente ao dobro ou até o triplo do valor do tributo devido.

Tal prática, apesar de prevista em legislações federais e estaduais, comumente realizada pelo fisco, em razão dos valores que, em determinadas ocasiões, são envolvidos, podem ocasionar o surgimento de dívidas impagáveis com o Poder Público, levando, em muitas ocasiões, a falência de empresas.

Assim, surgiu o embate entre as empresas e o fisco acerca da legalidade da aplicação de multas punitivas que seja superiores ao valor do débito principal, ao real valor devido pelo contribuinte, ocasionando o confisco, expressamente vedado na Constituição Federal do Brasil, nos termos do seu artigo 150, inciso IV:

(...)

Tal debate, acerca da legalidade ou ofensa à Constituição Federal pela aplicação pelos fiscos de multas em percentuais superiores ao valor original do débito tributário recentemente chegou às mãos do Excelso Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 833.106, oriundo do Estado de Goiás.

No caso concreto, estava em apreço a legalidade da aplicação de multa tributária punitiva no percentual de 120% sobre o valor do tributo principal, prevista através de lei estadual em pleno vigor.

Havia o embate entre as partes acerca da constitucionalidade de tal sanção aplicada pelo fisco estadual, em patamar superior ao tributo principal, já que, de acordo com o posicionamento do contribuinte, tal multa possui caráter confiscatório.

Irresignado com a decisão da Corte Estadual, o contribuinte prejudicado interpôs recurso extraordinário perante o STF, com o objetivo de alcançar o reconhecimento da inconstitucionalidade de tal sanção tributária prevista na legislação de Goiás.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do referido caso, reafirmando decisão que anteriormente já havia tomado, entendeu que é inconstitucional a aplicação de qualquer sanção administrativa tributária punitiva, tanto em caráter federal, estadual e municipal, em percentual superior ao real valor do tributo devido pelo contribuinte.

Seguem extratos da decisão ora prolatada:

(...)

A prática corriqueira dos fiscos em aplicação de multa em valor superior ao montante devido, amparados em legislações federais, estaduais e/ou municipais,

de acordo com o caso concreto, caracteriza o confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal Brasileira, nos termos do artigo 150, IV.

O entendimento exposto pelo STF em julgamento do caso supracitado é de extrema relevância. Apesar de não ter sido apreciado e/ou julgado em sede de recurso repetitivo, ou seja, ocasionaria a aplicação da decisão para todos os demais casos similares em apreço do nosso vasto Brasil, serve como patamar para os próprios fiscos, na aplicação de novas multas tributárias aos contribuintes, bem como serve de exemplo para as cortes inferiores, que poderão passar a adotar tal entendimento a fim de evitar a interposição de futuros recursos extraordinários e a reforma de decisões.

Trata-se de um importante precedente para os contribuintes, possibilitando que estes, em caso de aplicação de sanções em desacordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, possam arguir judicialmente a inconstitucionalidade da sanção, de caráter confiscatório, com a sua obrigatória redução ao limite inclusive inferior a 100%.

Outro fato relevante acerca do julgamento feito pela Corte Suprema. Na Constituição Federal Brasileira e na legislação pátria, apesar de haver previsão expressa vedando a prática confiscatória pelo Poder Público, não havia qualquer limitador numérico, especificando o que caracterizaria o ato de confisco do ente estatal.

Agora, com a decisão prolatada em julgamento do Recurso Extraordinário 833.106, do Estado de Goiás, o Supremo Tribunal Federal especificou e caracterizou a prática do confisco, nos casos de aplicações de multas tributárias. Ou seja, o Poder Público somente poderá aplicar sanções aos contribuintes até o teto de 100% sobre o valor do tributo devido.

Casos de julgados recentes apontam que multa punitiva deve respeitar o limite legal de 20%.

Em caso de eventual previsão legal e aplicação de multa tributária punitiva em valor superior ao especificado, flagrantemente passará a ser considerada inconstitucional tal prática, com base no previsto nº artigo 150, IV, da Constituição Federal do Brasil, ou seja, haverá a caracterização do confisco pelo ente estatal.

DO PEDIDO

Ante o exposto e diante das situações ora apresentadas, REQUER:

- A) O recebimento do presente recurso voluntário em todo o seu conteúdo juntamente com a documentação que lhe acompanha para que produza seus jurídicos e legais efeitos;
- B) Que seja suspensa a exigibilidade do débito em questão face à apresentação do presente recurso voluntário;

C) Que seja suspensa a exclusão do SIMPLES NACIONAL até o julgamento da presente impugnação em seu último grau administrativo;

D) Que sejam analisadas as preliminares arguidas determinando a anulação do presente Auto de Lançamento em todo o seu conteúdo, face às alegações trazidas;

E) Que ao final em resolução de mérito seja anulado o referido Auto de Lançamento forte as alegações trazidas;

F) Requer seja a empresa petionária mantida do SIMPLES NACIONAL nº referido período forte as alegações apresentadas;

G) Requer ainda a redução de eventual multa punitiva para o patamar de 20% sobre eventual saldo apurado posteriormente.

H) Requer seja Oficiado o Departamento da Polícia Federal para fins de que informe se a empresa petionária possui Alvará de Funcionamento para a atividade específica de vigilância.

I) Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos;

N.T.P.D.

Canela/RS, 04 de Março de 2020.

R.A. CÓRDOVA VIGILÂNCIA LTDA

CNPJ nº 10.546.170/0001-20 RS”.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gustavo de Oliveira Machado, Relator.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN).

Trata-se de Autos de Infração Contribuição Previdenciária da Empresa e do Empregador e Contribuição para Outras Entidades e Fundos lavrados no dia 28/junho/2019 em face da Contribuinte, relativo ao período de 08/14 à 12/2015, inclusive décimo terceiro salário, contendo a cobrança de contribuições:

-- da empresa e do empregador para custeio da seguridade social e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes

dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no montante de R\$1.377.562,89 incidentes sobre a remuneração de segurados empregados, com a fixação do percentual da multa de ofício majorada no percentual de 112,50%.

- da empresa destinadas ao custeio da outras entidades e fundos -SENAC; SESC; INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO; SEBRAE, no montante de R\$312.544,29, com incidência da multa de ofício majorada no percentual de 112,50%.

Da Nulidade do Auto de Infração

Alegou a Recorrente que “o auto de infração deve identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade”.

Asseverou que “resta evidente a necessidade de anulação do respectivo Auto de Lançamento, que não observou os ditames legais e requisitos mínimos ensejadores da mais ampla defesa e da realidade fática apresentada”.

Pleiteou assim, a nulidade do Auto de Infração.

Pois bem.

Os Autos de Infrações foram lavrados por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridade fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança

jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

“O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

Da Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente foi excluída do SIMPLES NACIONAL no período de 01 de Agosto de 2014 à 31 de dezembro de 2015, por intermédio do Termo de Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 2/8), de 25 de junho de 2019, sob a alegação de cessão de mão de obra e apresentação de Livro Caixa sem os requisitos básicos de escrituração contábil.

Senão vejamos o teor do Termo de Exclusão do Simples Nacional, e-fls. 2/8:

“TERMO DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL

(...)

4. Conclusões Tendo em vista que a empresa incorreu em duas hipóteses de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Situação 01 A principal atividade da empresa, trata-se da cessão de mão-de-obra, conforme podemos constatar através da Folha de Pagamento e GFIP

apresentadas pelo contribuinte, onde verifica-se que os trabalhadores executam atividades de portaria e recepção.

Situação 02 Intimada a empresa apresentou livro caixa, que submetido a análise, não atendeu aos requisitos básicos de escrituração contábil, ou seja, inexistente histórico dos lançamentos em mais de 95% dos lançamentos efetuados, o que torna tal registro, apenas um bloco de débito e crédito sem poder apurar a origem e destino dos recursos ali lançados, inclusive gerando dúvidas sobre o princípio contábil da ENTIDADE, um dos pilares da contabilidade.

Tratando-se de período pretérito de fiscalização, Ago 2014 a Dez 2015, e que após este período o contribuinte não era mais tributado pelo Regime Tributário do SIMPLES NACIONAL, diante do exposto, DECIDO pela exclusão de ofício da empresa do SIMPLES NACIONAL no período de 01/08/2014 a 31/12/2015”.

A Contribuinte discorda do procedimento fiscal sob o argumento de que não exerce atividades de cessão de mão-de-obra, mas trabalha com a atividade de vigilância e segurança privada, conforme consta do código do código (CNAE 8011-1/01 -atividades de vigilância e segurança privada), possuindo autorização da Polícia Federal para exercer tal função.

No entanto, consta da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, que a contribuinte tem como atividade o fornecimento de cessão de mão-de-obra, senão vejamos o teor:

“4. Conclusões

Tendo em vista que a empresa incorreu em duas hipóteses de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Situação 01 A principal atividade da empresa, trata-se da cessão de mão-de-obra, conforme podemos constatar através da Folha de Pagamento e GFIP apresentadas pelo contribuinte, onde verifica-se que os trabalhadores executam atividades de portaria e recepção”.

Deve-se destacar, que autoridade fiscal para embasar a fundamentação para a Exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, demonstrou que a Contribuinte possui aproximadamente 50% do quadro de pessoal empregados cadastrados como porteiro/vigia.

Pontuou ainda a fiscalização, que o registro das operações no livro Caixa, é a condição mínima de registro contábil para empresas serem optantes pelo SIMPLES NACIONAL, no entanto, após a verificação do livro Caixa apresentado pela empresa, pode-se constatar:

“tratar-se de um registro de débito e crédito de uma conta bancário, conforme podemos verificar nos termos registrados, em sua ampla maioria, “saque” lançamentos a crédito e “depósito” lançamento a débito e visando reforçar esta conclusão, existem alguns lançamentos identificáveis, quais sejam, os pagamentos efetuados diretamente na conta

bancária, portanto ao que tudo indica, a transcrição do livro Caixa, histórico dos extratos bancários do sujeito passivo”.

A Contribuinte em sede de manifestação de inconformidade alegou que “a empresa atuada trabalha na condição de vigilância, independente na indicação em contrário apontada, tanto que, para tal, POSSUI AUTORIZAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL PARA TAL FUNÇÃO E DISPÕE DE PESSOAL ESPECIALIZADO DENTRE SEUS EMPREGADOS”.

Asseverou que “realiza unicamente atividade de segurança em locais e eventos, não se constituindo puramente em empresa de cessão de mão-de-obra, como faz crer o Auto ora impugnado”.

Esclareceu que “é o caso da empresa impugnante, cujo objeto da contratação seria uma prestação de serviço especializado que engloba em um único contrato vários serviços de apoio ao contratante para a realização de vigilância e segurança, sem necessariamente caracterizar a cessão de mão-de-obra, como faz crer”.

Defendeu que “no tocante ao Livro-Caixa, denota-se que a empresa apresentou regularmente as informações requeridas, as quais correspondem fielmente ao que ocorria na empresa, de modo que o caixa contabilizava as operações de SAQUE E DEPÓSITO em conta bancária em sistema inverso, e ainda noticiava todas as operações realizadas de pagamentos sem nenhum tipo de divergência apontada”.

Sustentou que “que não há demonstração ou apontamento de qualquer irregularidade quanto às movimentações realizadas via Caixa, aliás, a empresa enquanto Empresa de Pequeno Porte sequer está obrigada a tal registro contábil”.

A DRJ analisou a impugnação apresentada, julgando-a improcedente nos seguintes termos (e-fls. 308/317):

“Nenhum reparo, portanto, deve ser feito ao procedimento fiscal.

Diante de todo o exposto, tem-se que os motivos alegados pelo contribuinte não são suficientes para modificar o ato administrativo de exclusão, assim, encaminho o voto no sentido de considerar a manifestação de inconformidade improcedente”.

Inconformada com o teor do acórdão recorrido, a Contribuinte interpôs recurso voluntário repetindo praticamente as razões e fundamentos apresentados em sede de defesa.

Desta feita, como a autoridade julgadora de primeira instância tratou da exclusão da Contribuinte de maneira cirúrgica e precisa no acórdão proferido, coaduno com os argumentos expostos pelo julgador a quo e adoto como minhas razões de decidir a decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos, utilizando da faculdade prevista ao Conselheiro Relator nos termos do parágrafo 12 do art.114 do Regimento Interno do CARF, senão vejamos:

“Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por

conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida;”.

Outrossim, transcrevo e adoto, como razão de decidir, o voto proferido no Acórdão de nº 09-73.626 proferido pela 5ª Turma da DRJ/JFA em 23/01/2020, como razão de decidir:

“(…)

A fiscalização justifica a exclusão do SIMPLES pelo exercício de atividade realizada como cessão de mão de obra, conforme estabelecido no art. 17, inciso XII da lei Complementar 123/2006, pois a empresa embora alegue exercer atividade de vigilância tem a maioria, no caso, 60%, de seus empregados inscritos no CBO 51742 – que identifica a atividade de porteiro, situação devidamente comprovada e demonstrada nos autos pelas informações acostadas.

A comprovação da Fiscalização não é desconstituída por parte da empresa, pois o fato de possuir autorização da Polícia Federal para exercer a atividade de vigilância, não determina que todas as suas atividades são de vigilância.

Ademais é importante ressaltar que a alegação contrária ao procedimento fiscal, sem prova inequívoca, não é suficiente para desconstituir o feito fiscal, cabendo ao contribuinte o ônus de provar suas alegações, conforme preceitua a Lei 9.784/1999:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

No caso dos autos, restou perfeitamente esclarecido no Termo de Exclusão que os benefícios da sistemática simplificada de tributação estão em desacordo com a legislação, em face da concretização da apuração de prestação de serviço vedada, porque realizada com cessão de mão de obra.

Sobre o tema a LC 123/2006 determina que:

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.

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) Produção de efeito

(...0

§ 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.

O dispositivo legal é bem claro a pessoa jurídica que exerça atividade permitida ao Simples Nacional, dentre aquelas especificadas nos §§ 5º-A a 5º-E, poderá fazê-lo em conjunto com outras atividades, desde que nenhuma delas seja vedada ao Simples Nacional.

No caso específico da contribuinte, a atividade de porteiro com cessão de mão de obra é vedada ao Simples Nacional, não se enquadrando assim no dispositivo legal acima transcrito.

A atividade de zeladoria, também não se confunde com serviços de vigilância, limpeza ou conservação, portanto é impeditiva à opção pelo Simples Nacional, como definido na SCI Cosit 57/2015, trechos transcritos mais adiante.

Repise-se que o exercício de uma atividade vedada é suficiente para motivar a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Importa repetir que resta pacificado no âmbito administrativo que serviço de portaria não se confunde com os serviços de vigilância, limpeza e conservação, portanto não se enquadra na exceção prevista no inciso VI do §5º-C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e sim na regra prevista no inciso XII do caput do art. 17 dessa mesma lei. Nenhuma dúvida há, por certo, com o serviço de preparar merenda escolar.

A Solução de Consulta Cosit 57/2015, que vincula este colegiado, traz que:

5. Ao definir os serviços que são prestados mediante cessão de mão-de-obra, o art. 219, § 2º, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, cita em incisos distintos os serviços de “vigilância e segurança” (inciso II) e “portaria, recepção e ascensorista” (inciso XX), o que é um indício de que não se confundem.

6. Para responder a essa questão com maior precisão, comparemos as atividades de “vigilante” e de “porteiro” na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO/2002), aprovada pela Portaria MTE nº 397, de 9 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e do Emprego:

(...)

7. Como é possível perceber no quadro acima, feito a partir da CBO/2002, os serviços de vigilância, de fato, têm algo em comum com os de portaria no que tange à “Descrição sumária”, na medida em que ambos, cada qual a seu modo, cuidam da guarda de dependências e do patrimônio do contratante. Mas há diferenças consideráveis: enquanto os de portaria não têm a finalidade de prevenir delitos, os de vigilância não têm a de receber pessoas (prestando informações e orientação), documentos, correspondências ou encomendas, nem a de efetuar pequenos reparos nos locais de trabalho (p.ex., troca de lâmpadas, tomadas ou interruptores).

8. As diferenças são ainda maiores no que diz respeito às “Condições gerais de trabalho”, porquanto os vigilantes, segundo a própria CBO/2002, trabalham sob pressão, estando sujeitos a maiores riscos. Sobretudo quanto à “Formação e experiência”, uma vez que “os vigilantes passam por treinamento obrigatório em escolas especializadas em segurança, onde aprendem a utilizar armas de fogo”, requisito evidentemente desnecessário para porteiros. Por fim, quanto à regulação jurídica, os serviços de vigilância (somados aos de segurança) se encontram disciplinados na já citada Lei nº 7.102, de 1983, bem como no Decreto nº 89.056, de 1983, que a regulamenta. Os de portaria, não.

9. Na realidade, as decisivas diferenças citadas no item 8, acima, quanto às condições de trabalho, qualificação profissional e regime jurídico de porteiros e vigilantes, fazem com que até mesmo as poucas atividades comuns (defesa lato sensu das dependências) sejam exercidas de forma bastante distinta pelos dois tipos de trabalhadores.

10. Destarte, por todos os motivos acima mencionados, conclui-se que os serviços de portaria realmente não se confundem com os de vigilância, de sorte que não se enquadram no art. 18, § 5º-C, inciso VI, da Lei Complementar nº 123, de 2006. Veremos mais adiante, nos itens 20 e ss., quais são as consequências jurídicas desse não-enquadramento.

(...)

18. Note-se que a “Descrição sumária” traz algumas atividades que, de fato, não são de limpeza nem de conservação. Atividades que aproximam a zeladoria dos serviços de portaria, já analisados acima, como atender e controlar a movimentação de pessoas e veículos, receber objetos, mercadorias, materiais, equipamentos, correspondências e realizar pequenos reparos (tais como os já citados nos serviços de portaria), além de gerir o material de uso diário (p.ex., material de limpeza).

18.1. Quanto à atividade de zelar pela segurança das pessoas e do patrimônio, *mutatis mutandis*, cabem aqui as mesmas observações que já fizemos nos itens 7 a 10, acima, a propósito da distinção entre isso e a atividade de vigilância. Ou seja, serviços de zeladoria também não se confundem com vigilância, pelos motivos já explicados nos citados itens.

19. Destarte, é de se concluir que os serviços de zeladoria 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.

(...)

23. Deve-se concluir, portanto, que os serviços de portaria e de zeladoria são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.

Observe-se que os serviços de portaria e zeladoria são considerados como cessão de mão de obra por expressa determinação legal, como explicitado na Solução de Consulta Cosit 57/2015.

Cumpra repisar os dispostos legais que levaram a tal entendimento:

Os §§ 3º e 4º do art. 31 da Lei 8.212, de 24/07/1991, na redação dada pela Lei 9.711, de 20 de novembro de 1998, estabelecem *in verbis*:

§Artº. 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I-limpeza, conservação e zeladoria;(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II-vigilância e segurança;(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III-empregada de mão-de-obra;(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV-contratação de trabalho temporário na forma daLei no6.019, de 3 de janeiro de 1974.(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

Por sua vez, o Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, em seu art. 219, §§ 1º e 2º, assim define:

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 nº 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;

Sendo os serviços de portaria e zeladoria, por expressa determinação legal, considerados como cessão de mão de obra, independentemente da natureza e forma de contratação, ficam desprovidos de sustentação os argumentos apresentados pela reclamante.

Também não desconstitui o feito fiscal as alegações apresentadas pela empresa quanto ao outro motivo para a exclusão, descrito pela Fiscalização, como sendo a falta de escrituração do Livro Caixa contendo os quesitos mínimos para identificar a movimentação financeira e bancária do contribuinte, pois comprova a fiscalização que nos lançamentos não existiu histórico do movimento.

Assim, apropriadamente, o Auditor descreve a situação encontrada:

O registro das operações no livro Caixa, condição mínima de registro contábil para empresas serem optantes pelo SIMPLES NACIONAL, verificando o livro Caixa apresentado pela empresa, concluímos tratar-se de um registro de débito e crédito de uma conta bancário, conforme podemos verificar nos termos registrados, em sua ampla maioria, “saque” lançamentos a crédito e “depósito” lançamento a débito e visando reforçar esta conclusão, existem alguns lançamentos identificáveis, quais sejam, os pagamentos efetuados diretamente na conta bancária, portanto ao que tudo indica, a transcrição do livro Caixa, histórico dos extratos bancários do sujeito passivo.

A Resolução CFC (Conselho Federal de Contabilidade) nº 563/83 aprovou a NBC T(Normas Brasileiras de Contabilidade Técnica) Da Escrituração Contábil Das Formalidades da Escritura Contábil-2.1.1 A Entidade deve manter um sistema de escrituração uniforme dos seus atos e fatos administrativos, através de processo manual, mecanizado ou eletrônico.

2.1.2 A escrituração será executada:

- a) em idioma e moeda corrente nacionais;
- b) em forma contábil;
- c) em ordem cronológica de dia, mês e ano;

d) com ausência de espaços em branco, entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens;

e) com base em documentos de origem externa ou interna ou, na sua falta, em elementos que comprovem ou evidenciem fatos e a prática de atos administrativos.

2.1.2.1 A terminologia utilizada deve expressar o verdadeiro significado das transações. Item 2.1.2.1 alterado pela Resolução CFC nº 848/99 A Resolução CFC Nº 1.020/05 aprovou a NBC T 2.8 – Das Formalidades da Escrituração Contábil em Forma Eletrônica NBC T 2.8 - DAS FORMALIDADES DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL EM FORMA ELETRÔNICA 2.8.2 CONTEÚDO 2.8.2.1 Para fins desta norma, a expressão “em forma contábil” de que trata o item 2.1.2 “b” da NBC T 2.1 deve conter, no mínimo:

a) data do registro contábil, ou seja, a data em que o fato contábil ocorreu na entidade; Alínea “a” do item 2.8.2.1 alterada pela Resolução CFC nº1.063/05.

b) conta(s) devedora(s);

c) conta(s) credora(s);

d) histórico que represente o verdadeiro significado da transação ou o código de histórico padronizado, neste caso baseado em tabela auxiliar inclusa em livro próprio; Alínea “d” do item 2.8.2.1. alterada pela Resolução CFC nº1.063/05 e) valor do registro contábil;

f) número do lançamento para identificar, de forma unívoca, todos os registros eletrônicos que integram um mesmo lançamento contábil.

Portanto podemos concluir ainda que o Caixa, é uma escrituração simplificada, as características de lançamento a débito ou a crédito e histórico do lançamento, são imprescindíveis para qualquer escrituração contábil e devem conter no mínimo as características qualitativas das demonstrações contábeis, em especial da Integridade (para ser confiável, a informação constante das demonstrações contábeis deve ser completa, dentro dos limites de materialidade e custo. Uma omissão pode tornar a informação falsa ou distorcida) e Representação Adequada (das transações e outros eventos que ela diz representar).

Nenhum reparo, portanto, deve ser feito ao procedimento fiscal.

Diante de todo o exposto, tem-se que os motivos alegados pelo contribuinte não são suficientes para modificar o ato administrativo de exclusão, assim, encaminho o voto no sentido de considerar a manifestação de inconformidade improcedente”.

Isto Posto, uma vez que ficou constatada a realização da atividade vedada de cessão de mão de obra, bem como a falta de escrituração do Livro Caixa contendo os quesitos mínimos para identificar a movimentação financeira e bancária da contribuinte, deve ser mantida a exclusão do SIMPLES NACIONAL realizada.

Da Multa Excessiva

Afirmou a Contribuinte que a multa punitiva tributária aplicada em valor superior ao valor do débito tributário é inconstitucional, com base no previsto pelo artigo 150, IV, da CF, bem como caracteriza confisco pelo ente estatal.

Pleiteou que seja declarada a inconstitucionalidade da multa aplicada, bem como que a penalidade imposta respeite o limite legal de 20%.

Pois bem.

Insta elucidar, que a multa aplicada pela fiscalização, foi a multa de ofício disposta no art. 44, inciso I, § 1º da Lei nº 9.430/96 qualificada pela autoridade fiscal pelo não atendimento pela Contribuinte de intimação no prazo marcado, para prestar esclarecimentos sobre o Livro Caixa (e-fl. 37).

Deve se destacar que enquanto vigentes, os dispositivos legais devem ser cumpridos, principalmente em se tratando da administração pública, cuja atividade está atrelada ao princípio da estrita legalidade.

Desta feita, não se que se falar na redução da multa aplicada ao limite de 20%, conforme pleiteia a contribuinte.

No que tange a alegação da Contribuinte de inconstitucionalidade da multa punitiva, bem como que a penalidade teria efeito confiscatório, deve-se destacar que esta Turma de Julgamento não pode apreciar tais questões, conforme determina a Súmula CARF nº 2, vinculante a todos os conselheiros julgadores, senão vejamos o teor da referida Súmula:

"não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Isto posto, voto por rejeitar o pleito da contribuinte de inconstitucionalidade e redução da multa aplicada.

Dispositivo

Isto posto, voto em rejeitar a preliminar suscitada, e no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator

ACÓRDÃO 1001-003.989 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA

PROCESSO 11060.723778/2019-11

DOCUMENTO VALIDADO