



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.723497/2017-56
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.472 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 28 de junho de 2021
Recorrente CAB - PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013, 2014

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. APLICAÇÃO CARF nº 77.

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. Outrossim, a Súmula CARF nº 77 dispõe que: “A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018)”.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE NÃO PERMITIDA.

A pessoa jurídica que realize cessão ou locação de mão-de-obra não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencida a Conselheira Bárbara Santos Guedes que, no mérito, dava provimento ao Recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Carlos Alberto Benatti Marcon e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em desfavor o acórdão 03-081.586, de 11 de setembro de 2018, proferido pela 5ª Turma da DRJ/BSB que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente contra sua exclusão Simples Nacional.

Nos termos dos documentos carreados aos autos, a Recorrente optou pelo Simples Nacional a partir de 01/01/2013 a 31/05/2014 (e-fls. 4). Durante este período, conforme o Parecer SEFIS/DRF/NHO, de 17 de janeiro de 2018, (e-fls. 34/46), prestou serviços de cessão de mão de obra, atividade vedada pela Lei Complementar 123, de 14/12/2006.

E com fundamento no referido Parecer (e-fls. 34/46), a Recorrente foi excluída do Simples Nacional (e-fls. 04), por ter, efetivamente, prestado os serviços de cessão de mão de obra, conforme se comprovou pelos Contratos de Prestação de Serviços e pelas Notas Fiscais do período fiscalizado de 01/2013 a 12/2014 (cópia anexas), cujo trecho segue transcrito:

“6) Conclusão

Pela análise realizada nos contratos, no período de 2013 e 2014, e dos resumos constantes no item 4, concluímos que todos os contratos realizados entre a **CAB** e diversas pessoas jurídicas de direito público interno são do tipo "**CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA**" conforme legislação em vigor.

7) Da Vedação de Opção Pelo SIMPLES NACIONAL

Conforme artigo 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123/2006, a microempresa ou empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do SIMPLES NACIONAL, *in verbis*. Grifo nosso.

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

8) Da Exclusão de Ofício do SIMPLES NACIONAL

Pelo exposto, os fatos se enquadram em hipótese de exclusão de ofício do Simples Nacional conforme preceitua os art. 29, inciso I, conjuntamente com o art. 30, II e o art. 31, II da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

"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;

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

I- por opção;

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

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

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

Pela literalidade da norma, e tendo em vista que o período abarcado pela auditoria foi de 01/2013 a 12/2016, entende-se que a exclusão de ofício deve produzir efeitos a partir de 01/01/2013 e enquanto se verificar a execução de atividade vedada.

Diante do exposto, será emitido a Ato Declaratório Executivo DRF/NHO nº 001, de 19 de janeiro de 2018, para fins de exclusão de ofício da pessoa jurídica CAB PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI (CNPJ: 08.911.664/0001-14) do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os artigos 12 a 41 da Lei Complementar nº 123/2006.”

Assim, tal conclusão, ou seja, que a atividade prestada pela Recorrente se caracteriza como cessão de mão de obra, deu-se após análise realizada nos contratos, no período de 2013 e 2014.

Neste contexto, a exclusão foi formalizada por meio do ADE - Ato Declaratório Executivo DRF/PCA nº 1, de 19 de janeiro de 2018 (e-fl. 52), com efeito a partir de 01/01/2013, abaixo reproduzido:

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 1, DE 19 DE JANEIRO DE 2018

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os artigos 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, a pessoa jurídica que menciona.

O AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM NOVO HAMBURGO, com fundamento no § 1º, do art. 3º e no Anexo I do art. 5º da Portaria RFB nº 1.098, de 08/08/2013 e alterada pela Portaria RFB nº 212, de 20/02/2017; tendo em vista o disposto no artigo 33 da Lei Complementar nº 123, nos artigos 75 e 77 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, e no processo administrativo nº 11065.723.497/2017-56, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porto (Simples Nacional), a pessoa jurídica a seguir identificada, em virtude do enquadramento previsto no artigo 29, inciso I conjuntamente com o art. 30, II e o art. 31, II da Lei Complementar nº 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, relativo ao ano 2013:

CAB PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI
CNPJ nº 08.911.664/0001-14

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2013, conforme disposto no art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972;

Art. 5º Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata o artigo anterior, a exclusão tomar-se-á definitiva.

PAULO FERNANDO APRATO REUSE

Não se conformando com a exclusão em discussão, a Recorrente apresentou manifestação de inconformidade, (e-fls. 59/75), acompanhado de cópias de documentos de e-fls. 76/200, aduzindo, em síntese, que:

I - Preliminarmente:

- a) Deve ser declarada a nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/NHO n.º 001, de 19/01/2018, em face da ausência de intimação do sujeito passivo, afinal, inexistência do aludido Ato Declaratório, não permitindo-lhe, então, previamente impugná-lo, já que existiu inobservância dos procedimentos estabelecidos nos arts. 75, I, §§ 1º a 6º, e 76, III, alínea "a", da Resolução CGSN n. 94, de 29/11/2011;
- b) A exclusão da Recorrente somente poderá produzir efeitos, caso, ao final da tramitação do respectivo processo administrativo, as suas defesas restassem julgadas improcedentes, de modo definitivo, o que validaria, assim, o Ato Declaratório Executivo DRF/NHO n. 001/2018 e, por conseguinte, os efeitos daí decorrentes, mas, tão somente, quando isso ocorresse, momento a partir do qual poderiam, então, ser exigidos (lançados) os eventuais créditos tributários não pagos pela empresa, ou recolhidos a menor, que restaram consubstanciados em outro Processo Administrativo n. 11065-720.059/2018-17.

II - Mérito:

- c) em nenhum momento, incorreu na hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL de que trata o inciso XII do art. 17 da LC n. 123/2006. Em decorrência, o Ato declaratório Executivo DRF/NHO n. 001, de 19/01/2018, deve ser cancelado, observando-se o princípio da Verdade Material e que, pela leitura do parecer fiscal, anexo ao referido ato, depreende-se que as conclusões apresentadas pelo Auditor Fiscal não se harmonizam com o objeto dos próprios contratos analisados;
- d) todos os serviços contratados pelos Entes Públicos junto à empresa (Defendente), objeto dos contratos fiscalizados pelo Auditor Fiscal, dizem respeito, basicamente, à prestação de serviços de limpeza e conservação, os quais, em razão da natureza do Contratante (Ente Público), não podem ser executados via simples cessão de mão de obra, haja vista as questões legais e particularidades que cercam a formalização e consecução da contratação desses serviços pelos órgãos públicos, as quais, inclusive, restaram consubstanciadas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Súmula n. 331;
- e) mesmo na remota hipótese de as atividades, objeto dos contratos fiscalizados, serem consideradas como cessão de mão de obra, vez que realizava a prestação de serviços de limpeza e conservação, sob o argumento de que os contratos dizem respeito à prestação de serviços de limpeza e conservação, cujas atividades, mesmo se realizadas via "cessão de mão-de-obra", não são passíveis de exclusão do Simples Nacional, visto tratar-se de exceção

expressamente prevista no art. 17, XII, combinado com o art. 18, § 5º-C, VI, § 5º-H, todos da LC n. 123/2006.

Por fim, a Recorrente requereu:

“a) preliminarmente, anular o Ato Declaratório Executivo DRF/NHO n. 001, de 19/01/2018, haja vista não terem sido observados os procedimentos administrativos estabelecidos em lei para a sua edição e, por conseguinte, intimação da empresa;

b) caso o pedido da alínea “a” supra não seja acolhido, cancelar o Ato Declaratório Executivo DRF/NHO n. 001, de 19/01/2018, haja vista a empresa não ter incorrido na hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, de que trata o art. 17, XII, da LC n. 123/2006, em face das razões supramencionadas nos itens 3.1 a 3.2 da Manifestação e das provas anexas; e

c) protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos”.

Após apreciação da mencionada manifestação de inconformidade, a 5ª Turma da DRJ/BSB julgou-a improcedente mantendo o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO n.º 001, de 19/01/2018, que excluiu o contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2013, cuja decisão restou assim ementada:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Ano Calendário: 2013 e 2014.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS. NÃO OCORRÊNCIA.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, situações não evidenciadas nos autos.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n.º 1.124.507/MG, sob o rito da sistemática de recurso repetitivo, pacificou entendimento de que o ato de exclusão da sistemática de recolhimento do Simples ostenta natureza “declaratória”, e como tal, retroage seus efeitos desde o mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente de vedação da lei de regência (inciso II do art. 31 LC 123/2006), que se entende de pleno conhecimento da empresa desde a adesão/vinculação ao sistema de arrecadação.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONFIRMAÇÃO. POSSIBILIDADE LANÇAMENTO DE OFÍCIO DOS TRIBUTOS POR OUTRA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. INDEPENDÊNCIA.

Independe da confirmação do ato de exclusão da empresa do Simples Nacional para que se proceda de ofício o lançamento dos tributos devidos, seja por qualquer outra forma de tributação.

SIMPLES NACIONAL. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

É vedada no âmbito do Simples Nacional a exploração da atividade de cessão ou locação de mão de obra.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Irresignada com o r. acórdão Recorrente, ofereceu recurso voluntário ratificando os argumentos já elencados em sede de manifestação de inconformidade. Portanto, as razões recursais da Recorrente, tanto preliminarmente, quanto as de mérito, são as mesmas já apresentadas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

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

Conforme já relatado, o presente processo versa acerca da irrisignação da Recorrente no tocante a sua exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2013 e enquanto se verificar a execução de atividade vedada, nos termos do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO n.º 001, de 19/01/2018 (e-fls. 48/52), em virtude da caracterização de prestação de serviços de cessão de mão de obra (locação de mão de obra em serviços gerais, cozinheiras, limpeza de prédios, móveis e equipamentos, conservação e manutenção de pátios externos, zeladoria, vigilância, cozinha, limpeza urbana, roçagem mecânica e manual com recolhimento, manutenção e jardinagem), conforme o disposto no inciso I do art. 29 c/c o inciso II do art. 30 e inciso II do art. 31, todos da LC n.º 123/2006.

Isso porque, de acordo com o Parecer Fiscal (e-fls. 34/46), nos termos já explicado, ficou constatado que a Recorrente prestou os serviços de cessão de mão de obra, conforme verificado nos Contratos de Prestação de Serviços (cópia anexa) e nas Notas Fiscais do período fiscalizado de 01/2013 a 12/2014 (cópia anexas).

Os contratos em questão referem-se ao período de 2013 e 2014 e foram pactuados realizados entre a Recorrente e diversas pessoas jurídicas de direito público interno: Contrato 089/2013 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Gravataí (11/11/2013); Contrato 104/2011 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Igrejinha (03/08/2011); Contrato 102/2013 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (01/07/2013); Contrato 043/2014 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (05/03/2014); Contrato 141/2014 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (04/09/2014); e Contrato 103/2013 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (01/07/2013).

A Recorrente discorda, porém, entendendo não assistir-lhe razão nos termos a seguir demonstrado.

Preliminarmente

Nulidade do Ato Declaratório Executivo

A Recorrente, conforme já dito, discorda do ADE DRF/NHO n.º 001, de 19/01/2018 (e-fls. 48/52) e em suas razões recursais requereu, em sede de preliminar, sua nulidade por causa de suposta ausência de intimação do sujeito passivo, sob a alegação de suposta inobservância dos procedimentos estabelecidos nos arts. 75, I, §§ 1º a 6º, e 76, III, alínea “a”, da Resolução CGSN n. 94, de 29/11/2011, bem como fato de que tal exclusão somente poderá produzir efeitos, caso, ao final da tramitação do respectivo processo administrativo.

No entanto, não há causa de nulidade do Ato Declaratório Executivo, vez que este foi lavrado 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.

Ora, a Recorrente foi regularmente cientificada em 25/01/2018, tanto desse ADE como também do lançamento da obrigação tributária principal oriunda exclusivamente de sua exclusão do Simples Nacional, constituído em processo distinto (processo 11065.720059/2018-17). Logo, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

Assim, 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 n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada. Neste sentido, cito ementa de julgado exemplificando a posição deste Tribunal:

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.(...) – (Acórdão n.º 1001-000.790, Relator: Lizandro Rodrigues de Sousa. Data da Sessão: 11/11/2018)

Ademais, quanto à questão prejudicial suscitada, pela Recorrente dentro da preliminar de nulidade, que impediria o lançamento da obrigação tributária principal em virtude do ato declaratório executivo não ser definitivo, também entendendo não prosperar, afinal, assim dispõe a Súmula CARF n.º 77:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Deste modo, não há se cogitar qualquer nulidade, devendo prevalecer a decisão recorrida que assim decidiu:

“(…)

Nesse sentido, nos termos do Decreto n.º 70.235/1972, somente se pode cogitar de declaração de nulidade do ato administrativo de exclusão da empresa do simples Nacional quando o ato tiver sido lavrado por agente incompetente (art. 59, inciso I) ou, quando a preterição do direito de defesa se der em uma fase posterior à lavratura do ato pela autoridade fazendária (art. 59, inciso II), *in verbis*:

Decreto n.º 70.235/1972:

Das Nulidades Art. 59.

São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n.º 8.748, de 1993)

Na espécie, o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO n.º 001/2018 foi emitido em 19/01/2018 (fls. 48/52) e a Defendente tomou ciência, em 25/01/2018, tanto desse ADE como também do lançamento da obrigação tributária principal oriunda exclusivamente de sua exclusão do Simples Nacional, constituído em processo distinto (processo 11065.720059/2018-17).

Entendo que essa situação de tomar ciência de forma conjunta do ADE e do lançamento da obrigação principal decorrente da exclusão do Simples Nacional (contribuição previdenciária patronal, SAT/GILRAT e as contribuições destinadas a Terceiros) não enseja qualquer nulidade e está de acordo com a legislação tributária.

Isso porque o ato de exclusão do Simples Nacional, decorrente unicamente de atividade vedada de inclusão na sistemática ora tratada, tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagem à data da efetiva ocorrência da situação excludente, no caso em tela a realização de cessão de mão de obra no período de 01/01/2013 a 31/05/2014, atividade vedada pelo inciso XII do art. 17 da Lei Complementar (LC) 123/20061. Noutras palavras, o ato de exclusão do Simples Nacional não configura natureza desconstitutiva, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão, e sim natureza meramente declaratória com efeitos imediatos, nos termos do inciso II do art. 31 da LC 123/20062.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por ocasião do julgamento do REsp nº 1.124.507/MG, sob o rito do art. 543 do CPC, pacificou entendimento de que o ato de exclusão do SIMPLES ostenta natureza “declaratória” e, como tal, retroage seus efeitos desde o mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente na hipótese de atividade vedada pela LC 123/2006, que se entende de pleno conhecimento da empresa desde a adesão/vinculação ao sistema de arrecadação. Vejamos a ementa do REsp nº 1.124.507/MG e trechos do voto:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. **SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.**

(...) 4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, **seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente**, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. **Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.**

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado **pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza**, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 1124507/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 06/05/2010).” (g.n.)

Dentro do contexto jurídico da legislação tributária, tratamentos fiscais favorecidos ou benéficos (parcelamentos, isenções, remissões ou regimes especiais simplificados de arrecadação) exigem leitura estrita (art. 108, IV, e § 2º, c/c art. 111/CTN, I e II) e a aceitação das respectivas regras que os regem, as quais são conhecidas dos que a eles se vinculam, no caso, a LC 123/2006, que dispõe sobre os efeitos para a situação de atividades vedadas (inciso II do art. 31 da LC 123/2006).

Com isso, afasta-se a alegação de que houve descumprimento das normas estabelecidas para a exclusão da empresa do Simples Nacional, sendo que a Defendente (empresa) tomou ciência da sua exclusão do Simples Nacional em 25/01/2018.

Quanto à questão prejudicial suscitada dentro da preliminar de nulidade.

Combatendo a sua exclusão do Simples Nacional, sem nenhuma razão, a Defendente (empresa) pugna que há uma questão prejudicial que impede o lançamento da obrigação tributária principal em virtude do ato declaratório executivo não ser definitivo nos termos do arts. 75, I, §§ 1º a 6º, e 76, III, alínea “a”, da Resolução CGSN n. 94, de 29/11/2011, ainda ser objeto de Manifestação de Inconformidade pendente de julgamento e, que até que haja decisão definitiva acerca dessa manifestação o ato de exclusão não produz qualquer efeito.

Vejam os dispositivos supramencionados da Resolução CGSN n. 94, de 29/11/2011, que teve os seus dispositivos revogados pela Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018.

“Resolução CGSN n. 94, de 29/11/2011:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

(...)§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º Não havendo, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou ao processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, ficando os efeitos dessa exclusão, observado o disposto no art. 76, condicionados a esse registro.

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3o e 4º.

(...)

Art. 76. 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 EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 15: (...)” (g.n.)

Com efeito, não há nenhuma previsão na legislação tributária no sentido de que há a necessidade de que a discussão dessa exclusão do contribuinte do Simples Nacional seja definitivamente julgada na competente instância julgadora administrativa para que então o Fisco Federal possa realizar o lançamento de ofício dos tributos devidos a título de contribuição previdenciária patronal, SAT/GILRAT e as contribuições destinadas a Terceiros, ou por qualquer outra forma de tributação, como assim procedeu no caso presente dos autos.

Inclusive é de se ressaltar aqui a imperiosa necessidade de a Fiscalização efetuar o lançamento de ofício dos tributos devidos por outra forma de tributação a fim de que a constituição do crédito tributário não seja prejudicada pelo instituto da decadência.

Assim é de se concluir que independe da confirmação definitiva da exclusão do contribuinte do Simples Nacional para que o Fisco possa constituir, de ofício, o crédito tributário devido, conforme é o caso presente nos autos.

Não obstante essa inequívoca independência, faz-se oportuno esclarecer que o litígio constante do processo administrativo n.º 11065.720059/2018-17, que trata da apuração dos tributos devidos a título de contribuição previdenciária patronal, SAT/GILRAT e as contribuições destinadas a Terceiros, será julgado nessa mesma sessão de julgamento.

Embora, de fato, o mesmo agente fiscal realizou a colheita dos elementos informativos de descumprimento da LC n.º 123, de 14/12/2006, emitiu o Parecer Fiscal (Relatório Fiscal, fls. 34/46) para ensejar o Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão da empresa do Simples Nacional, e, posteriormente, realizou o lançamento de ofício dos tributos devidos pela exclusão do Simples Nacional, todos esses atos contêm ciência em única data (25/01/2018), isso, por si só, não enseja uma suposta nulidade de cerceamento ao seu direito de defesa, conforme foi aventado na peça de Manifestação de Inconformidade (fls. 59/75), pois não há qualquer preterição de direito de defesa para o contribuinte diante desse fato e, além disso, houve o cumprimento dos requisitos legais para a lavratura do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO n.º 001/2018, de 19/01/2018 (fls. 48/52).

Dessa forma, equivocou-se completamente a Defendente (contribuinte) ao alegar que inexistir ciência do aludido Ato Declaratório, não lhe permitindo, então, previamente impugná-lo, e que existiu inobservância dos procedimentos estabelecidos nos arts. 75, I, §§ 1º a 6º, e 76, III, alínea “a”, da Resolução CGSN n. 94, de 29/11/2011, e não será acatada a nulidade ora suscitada.

Cabe, destarte, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas pela Recorrente, tendo 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.

Mérito

Quanto ao mérito, a Recorrente não apresentou nenhum argumento novo documento que comprovasse estar equivocada a decisão recorrida, limitando-se a afirmar que objeto dos contratos fiscalizados pelo Auditor Fiscal, dizem respeito, basicamente, à prestação de serviços de limpeza e conservação, cuja atividade não comporta a realização da cessão de mão de obra, conforme enunciado da Súmula 331 do TST.

Porém, tal tese não condiz com a realidade dos contratos, visto que analisando o acervo fático-probatório constantes nos autos, verifica-se que a Recorrente além dos serviços de limpeza e conservação, que permitem a manutenção no Simples Nacional (§ 1º do art. 17 c/c o § 5º-C do art. 18, ambos da LC 123/2006), também prestou serviços de cozinha, técnico de enfermagem, auxiliar administrativo e auxiliar de saúde bucal e serviços de limpeza urbana, roçagem mecânica e manual com recolhimento, manutenção e jardinagem.

A síntese feita pela autoridade administrativa, às e-fls. 12, a partir dos contratos já mencionados e reproduzida abaixo, comprova o afirmado:

Ano	Razão Social	CNPJ	Contrato	Data_Contrato	Término	Duração	Descrição_Serviço	Local de Prestação do Serviço	Tipo_Serviço	Valor
2013	Prefeitura Municipal de Gravatal	87880992/0001-58	089/2013	11/11/2013	06/02/2014	3 meses	Auxiliares de Serviços Gerais e Cozinheiras	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	2.236.089,57
2014	Prefeitura Municipal de Gravatal		Aditamento 001 - 089/2013	07/02/2014	06/05/2014	3 meses	Prorrogação por 3 meses - A partir de 07/02/2014 até 06/05/2014	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	
			Aditamento 002 - 089/2013	28/02/2014		3 meses		Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	
			Aditamento 003 - 089/2013	02/06/2014		3 meses			Cessão de mão-de-obra	
			Aditamento 004 - 089/2013	11/08/2014		3 meses			Cessão de mão-de-obra	
			Aditamento 005 - 089/2013	29/08/2014			Ampliou em 10 cozinheiras e 8 auxiliares de serviços gerais		Cessão de mão-de-obra	
			Aditamento 006 - 089/2013	16/09/2014			Ampliação preços em função do aditivo 005		Cessão de mão-de-obra	
			Aditamento 007 - 089/2013	01/12/2014			Prorrogação até 15/01/2015 e aviso prévio		Cessão de mão-de-obra	
2013	Prefeitura Municipal de Igrejinha	88379763/0001-36	104/2011	03/06/2011	02/08/2012	12 meses	Limpeza, conservação e refeitório	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	1.788.667,80
			Aditamento 001 - 104/2011	19/01/2012			Acréscimo 2 técnicos de enfermagem	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	8.703,50
			Aditamento 002 - 104/2011	18/04/2012			Acréscimo 5 auxiliares administrativos	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	15.542,15
			Aditamento 003 - 104/2011	17/07/2012	01/08/2013		Prorrogação por 12 meses - A partir de 02/08/2012	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	2.186.536,92
			Rescisão	18/02/2013					Cessão de mão-de-obra	
2013	Prefeitura Municipal de Imbé	90256652/0001-84	081/2013	18/12/2013		5 dias	Limpeza e conservação da orla marítima	Dependências indicadas pela contratante	Empreitada	17.647,66
2013	Prefeitura Municipal de Campo Bom	90832619/0001-55	102/2013	01/07/2013	30/09/2013	3 meses	Serviços gerais de limpeza, cozinha e refeitórios	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	660.690,00
			Aditamento 001 - 102/2013	01/10/2013	30/11/2013	2 meses	Prorrogação por 2 meses - A partir de 01/10/2013	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	440.460,00
			Aditamento 002 - 102/2013	29/11/2013	31/12/2013	1 mês	Prorrogação de 01/12 até 31/12/2013	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	220.230,00
2013	Prefeitura Municipal de Campo Bom	90832619/0001-55	103/2013	01/07/2013	02/07/2014	12 meses	Serviços de limpeza urbana, varrição, capina, roçagem, manutenção e jardinagem	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	1.956.999,98
			Aditamento 001 - 103/2013	03/07/2014	31/12/2014		Prorrogação até 31/12/2014 - A partir de 03/07/2014	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	1.043.551,09
			Aditamento 002 - 103/2013	31/12/2014	01/03/2015	60 dias	Prorrogação por 60 dias - A partir de 01/01/2015	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	347.983,70
			Aditamento 003 - 103/2013	02/03/2015	30/04/2015	60 dias	Prorrogação por 60 dias - A partir de 02/03/2015	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	347.983,70
			Aditamento 004 - 103/2013	30/04/2015	29/06/2015	60 dias	Prorrogação por 60 dias - A partir de 01/05/2015	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	347.983,70
			Aditamento 005 - 103/2013	30/06/2015	29/07/2015	60 dias	Prorrogação por 60 dias - A partir de 30/06/2015	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	347.983,70
			Aditamento 005 - 103/2013	03/07/2014			Reajuste de preço		Cessão de mão-de-obra	
2014	Prefeitura Municipal de Imbé						Foi declarada erroneamente na GFIP - Segurados estavam alocados na CAB			
2014	Prefeitura Municipal de Campo Bom	90832619/0001-55	043/2014	05/03/2014	05/06/2014	3 meses	Serviços gerais de limpeza, cozinha e coordenadores	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	884.675,67
			Aditamento 001 - 043/2014	05/06/2014	04/09/2014	3 meses	Prorrogação por 3 meses - A partir de 05/06/2014	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	884.675,67
2014	Prefeitura Municipal de Campo Bom	90832619/0001-55	141/2014	04/09/2014	03/12/2014	3 meses	Serviços gerais de limpeza, cozinha e refeitórios	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	884.675,67
			Aditamento 001 - 141/2014	03/12/2014	02/01/2015	30 dias	Prorrogação por 30 dias - A partir de 03/12/2014	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	794.891,88
			Aditamento 002 - 141/2014	31/12/2014	02/03/2015	60 dias	Prorrogação por 60 dias - A partir de 02/01/2015	Dependências indicadas pela contratante	Cessão de mão-de-obra	589.783,78

Desta feita, entendo que restou configurada a configurada a realização da cessão de mão de obra, por parte da Recorrente nos anos de 2013 e 2014, atividade impeditiva da opção da Recorrente pelo Simples Nacional, nos termos do inciso XII do art.17 da Lei Complementar nº 123/2006), *in verbis*:

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

Assim sendo, deve ser mantido o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO n. 001, de 19/01/2018, que excluiu a Recorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte(Simples Nacional), com efeitos a partir de 01/01/2013.

Por fim, como a Recorrente, em suas razões recursais tão somente reproduziu as alegações já elencadas em sua manifestação de inconformidade, valho-me da prerrogativa estatuída no art. 57, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, adotando como minhas as razões já expendidas no acórdão recorrido, abaixo reproduzido:

“(…)

II - Do Mérito.

Segundo a Fiscalização, a empresa (contribuinte) foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), **com efeitos a partir de 01/01/2013**, por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO n. 001, de 19/01/2018 (fls. 48/52), com base no inciso I do art. 29 c/c o inciso II do art. 30 e inciso II do art. 31, todos da Lei Complementar n.º 123/2006, em virtude do exercício de atividade vedada: prestação de serviços de cessão de mão de obra.

A Defendente (empresa) alega que, em nenhum momento, incorreu na hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL de que trata o inciso XII do art. 17 da LC n. 123/2006. Em decorrência, o Ato declaratório Executivo DRF/NHO n. 001, de 19/01/2018, deve ser cancelado, observando-se o princípio da Verdade Material.

Pelas razões jurídicas e fáticas a seguir delineadas, não acolho as alegações da Defendente (empresa).

O § 3º do art. 31 da Lei 8.212/1991 define os serviços prestados com cessão de mão de obra nos seguintes termos:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5o do art. 33 desta Lei. (Nova redação dada pela Lei n.º 11.933, de 28/04/2009)

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei no 9.711, de 20/11/98)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei no 9.711, de 20/11/98)

§ 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 n.º 9.711, de 20/11/98)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 20/11/98)

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 20/11/98)

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 20/11/98)

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 20/11/98)

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 3 de Janeiro de 1974. (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 20/11/98)

Já o Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, estabelece o seguinte a respeito de serviços executados mediante cessão de mão de obra:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5.º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de 2003)

§ 1.º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

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

(...)

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

IV - serviços rurais;

V - digitação e preparação de dados para processamento;

VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII - cobrança;

VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

IX - copa e hotelaria;

X - corte e ligação de serviços públicos;

XI - distribuição;

XII - treinamento e ensino;

XIII - entrega de contas e documentos;

XIV - ligação e leitura de medidores;

XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;

XVI - montagem;

XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;

XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;

XIX - operação de transporte de cargas e passageiros;

XX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de 2003)

XXI - portaria, recepção e ascensorista;

XXII - recepção, triagem e movimentação de materiais;

XXIII - promoção de vendas e eventos;

XXIV - secretaria e expediente;

XXV - saúde; e XXVI - telefonia, inclusive telemarketing.

§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra.

§ 4º O valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados. (...)§ 6º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

Depreende-se da legislação acima mencionada que a caracterização dos serviços prestados com cessão de mão de obra dá-se com a identificação dos seguintes requisitos: (i) colocação da mão de obra à disposição do contratante; (ii) realização dos serviços nas dependências do contratante ou de terceiros; (iii) serviços contínuos e relacionados ou não com a atividade-fim da empresa; e (iv) independentemente da natureza dos serviços e a forma de contratação.

É com base nesses requisitos que deve ser analisado cada um dos serviços considerados como prestados por meio de cessão de mão de obra.

Vamos verificar o objeto e as demais cláusulas essenciais dos contratos firmados pela Defendente nos anos de 2013 e 2014:

1. **Contrato 089/2013 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Gravataí** (firmado em 11/11/2013). **Objeto** de contratação para prestação de serviço de Auxiliar de Serviços Gerais e **Cozinheiras**, para atuarem nas Escolas Municipais de Ensino Fundamental (E.M.E.F), Médio e de Educação Infantil (EMEI) da Rede Pública Municipal de Educação, nas unidades de atendimento da Secretaria da Família e Assistência Social, **assim como em Prédios Administrativos do Poder Executivo Municipal de Gravataí**. Esse contrato de prestação de serviços contém vários termos aditivos de prorrogações e a última foi celebrada em 01/12/2014, conforme Termo Aditivo n.º 07 prorrogando o contrato 089/2013 até 15/01/2015.

2. Contrato 104/2011 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Igrejinha (firmado em 03/08/2011). Objeto de contratação para fornecimento de mão de obra de profissionais de nível médio (técnico de enfermagem, auxiliar administrativo e auxiliar de saúde

bucal) para a manutenção do programa de Estratégia de Saúde da Família, ligados diretamente a Secretaria de Saúde e Assistência Social - SSAS, e para fornecimento de mão de obra de prestação de serviços de limpeza de prédios, móveis e equipamentos, conservação e manutenção de pátios externos, zeladoria e vigilância, que estejam ligados diretamente a Secretaria de Saúde e Assistência Social - SSAS. Em 03/01/2013 foi assinada a rescisão do contrato a contar de 18/02/2013.

3. Contrato 102/2013 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (firmado em 01/07/2013). O objeto da contratação foi para fornecimento de mão de obra de 70 (setenta) profissionais para serviços gerais de limpeza e cozinha, 26 (vinte e seis) zeladores e 03 (três) coordenadores de serviço para atuarem nas dependências do Centro Administrativo Municipal, Unidades Básicas de Saúde, Escolas de Ensino Fundamental e Ensino Infantil. Ou onde for conveniente ao município, por 44 horas semanais, de segunda a sexta-feira, nos turnos da manhã e tarde, sendo que excepcionalmente poderão ocorrer atividades aos sábados pela manhã. Em 29/11/2013 foi celebrado o Termo Aditivo n.º 02 prorrogando o prazo de execução do contrato até 31/12/2013.

4. Contrato 043/2014 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (firmado em 05/03/2014). O objeto da contratação da CAB era para fornecimento de mão de obra de 100 (cem) profissionais para serviços gerais de limpeza e cozinha, 25 (vinte e cinco) zeladores e 03 (três) coordenadores de serviço para atuarem nas dependências do Centro Administrativo Municipal, Unidades Básicas de saúde, escolas de ensino Fundamental e ensino Infantil, ou onde for de conveniência do Município, por 44 horas semanais, de segunda a sexta-feira, nos turnos de manhã e tarde, sendo que excepcionalmente poderão ocorrer atividades aos sábados pela manhã. Em 05/06/2014 foi celebrado o Termo Aditivo n.º 01 prorrogando o prazo de execução do contrato por 90 (noventa) dias.

5. Contrato 141/2014 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (firmado em 04/09/2014). O objeto da contratação era para fornecimento de mão de obra de 100 (cem) profissionais para serviços gerais de limpeza e cozinha, 25 (vinte e cinco) zeladores e 03 (três) coordenadores de serviço para atuarem nas dependências do Centro Administrativo Municipal, Unidades Básicas de saúde, escolas de ensino Fundamental e ensino Infantil, ou onde for de conveniência do Município, por 44 horas semanais, de segunda a sexta-feira, nos turnos de manhã e tarde, sendo que excepcionalmente poderão ocorrer atividades aos sábados pela manhã.

6. Contrato 103/2013 e Aditamentos - Prefeitura Municipal de Campo Bom (firmado em 01/07/2013). O objeto a contratação foi para fornecimento de mão de obra para serviços de limpeza urbana, roçagem mecânica e manual com recolhimento, manutenção e **jardinagem**. Após vários termos de prorrogação contratual, em 30/06/2015 foi celebrado o Termo Aditivo n.º 05 prorrogando o prazo de execução do contrato por 60 (sessenta) dias.

O conteúdo desses contratos demonstra que a Defendente colocou mão de obra à disposição dos contratantes para a execução de serviços contínuos e relacionados ou não com a atividade-fim dos entes públicos nas suas dependências, inclusive comprova a ocorrência do efetivo deslocamento dos trabalhadores para as instalações de cada Município tomador dos serviços.

Com isso, entendo que ficou configurada a realização da cessão de mão de obra nos anos de 2013 e 2014, fato impeditivo da inserção da Defendente no Simples Nacional, nos termos do inciso XII do art.17 da Lei Complementar n.º 123/2006), que assim dispõe:

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; (g.n)

Dessa forma, não se sustenta a alegação da Defendente de que inexistente motivação para exclusão da empresa do sistema simplificado de recolhimento de tributos do Simples Nacional.

A Defendente argumenta ainda que todos os serviços contratados pelos Entes Públicos junto à empresa (Defendente), objeto dos contratos fiscalizados pelo Auditor Fiscal, dizem respeito, basicamente, à prestação de serviços de limpeza e conservação, cuja atividade não comporta a realização da cessão de mão de obra, conforme enunciado da Súmula 331 do TST.

Tal tese não condiz com a realidade dos contratos, já que – além dos serviços de limpeza e conservação, que permitem a manutenção no Simples Nacional (§ 1º do art. 17 c/c o § 5º-C do art. 18, ambos da LC 123/2006) – a empresa prestou serviços de cozinheira, técnico de enfermagem, auxiliar administrativo e auxiliar de saúde bucal e serviços de limpeza urbana, roçagem mecânica e manual com recolhimento, manutenção e jardinagem.

Lei Complementar 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.

(...).

§ 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.

Como se vê, não poderão optar pelo Simples Nacional as ME e as EPP que, embora exerçam diversas atividades permitidas, também exerçam pelo menos uma atividade vedada, independentemente de essa atividade econômica ser considerada principal ou secundária. O exercício de qualquer atividade vedada impede não só a opção pelo Simples Nacional, como também a permanência da ME ou EPP no Regime.

O fato de a empresa ter como atividade preponderante serviços de limpeza e conservação, não afasta o impedimento ao ingresso e à permanência ao regime do Simples Nacional, já que também prestou serviços de cozinheira (cozinheira), técnico de enfermagem, auxiliar administrativo e auxiliar de saúde bucal e serviços de limpeza

urbana, roçagem mecânica e manual com recolhimento, manutenção e jardinagem, mediante de cessão de mão de obra, ainda que essa atividade se mostre secundária.

Ademais, os contratos analisados demonstram que a Defendente (contribuinte) realizou os serviços como um mero executor material contratado pelo poder público, sendo que este continuava diretamente relacionado com os usuários dos serviços públicos dos Municípios, não havendo transferência da titularidade da prestação do serviço, e os trabalhadores ficavam submetidos ao poder de comando da própria contratante. Nessa espécie de contrato, o poder público concedente será o responsável direto pela prestação do serviço aventado, assim, o prestador não mantém relação jurídica alguma com os usuários desse serviço e recebe a sua remuneração do valor estipulado com o contratante governamental, já que o serviço público continua sendo prestado pela entidade pública.

Outro ponto, não se aplica o enunciado da Súmula 331 do TST para a configuração da cessão de mão de obra, porque a sua regra matriz legal está contida exclusivamente no § 3º do art. 31 da Lei 8.212/1991, a saber: colocação de mão de obra à disposição do contratante para realização dos serviços contínuos e relacionados ou não com a atividade-fim da empresa nas dependências do contratante ou de terceiros.

Os itens I a VI do enunciado da Súmula 331 do TST dizem respeito à configuração do vínculo de emprego e a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, e são distintos dos requisitos da configuração de cessão de mão de obra, que possuem independência legal desse enunciado (§ 3º do art. 31 da Lei 8.212/1991).

Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Assim, afastam-se as alegações do contribuinte de que não ocorreu a situação do inciso XII do art. 17 da LC n. 123/2006, sendo cabível a emissão do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/NHO n. 001, de 19/01/2018, porque está de acordo com a legislação do regime simplificado.

Dos Efeitos da Exclusão.

No que concerne aos efeitos da exclusão, a Lei Complementar 123/2006, registra que a exclusão ocorrerá **a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva:**

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;

(...)

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;

(...)

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

(...)

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

Conforme contratos firmados nos anos de 2013 e 2014, a Defendente incorreu na situação de exclusão do Simples Nacional, por ter realizado serviços de cessão de mão de obra, **desde 01/01/2013**, cuja atividade é vedada conforme o inciso XII do art. 17 da Lei Complementar 123/2006.

Portanto, mantém-se o Ato Declaratório Executivo(ADE) DRF/NHO nº 001, de 19/01/2018 (fls. 48/52), que excluiu o contribuinte do Simples Nacional com efeitos a partir de janeiro/2013.

Neste cenário, tem fundamento a exclusão do sistema simplificado da Recorrente que efetivamente exerceu a atividade vedada à opção pelo Simples Nacional.

Em tempo, quanto à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais juntados ao processo pela Recorrente para dar suporte à sua tese, cabe esclarecer que podem servir apenas para reflexão do julgador, eis que a lei não lhes atribui eficácia normativa, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça