



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13855.720298/2015-53
ACÓRDÃO	2202-011.827 – 2ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	4 de fevereiro de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	PRODHEC SERVICOS DE VIGILANCIA EIRELI - EPP
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DA EMPRESA (FPAS e RAT) E PARA TERCEIROS.

Em razão de sua exclusão do Simples Nacional, a empresa torna-se obrigada a recolher as contribuições a seu cargo (FPAS, RAT e TERCEIROS) incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título aos segurados empregados a seu serviço.

ACRÉSCIMOS LEGAIS

A multa e os juros pelo recolhimento em atraso da contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil incidem de forma automática sobre o valor devido pela empresa e obedecem aos percentuais previstos na legislação aplicável.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Andressa Pegoraro Tomazela – Relatora

Assinado Digitalmente

Ronnie Soares Anderson – Presidente

Participaram da reunião assíncrona os conselheiros Andressa Pegoraro Tomazela, Henrique Perlatto Moura, Marcelo Valverde Ferreira da Silva, Rafael de Aguiar Hirano (substituto[a] integral), Thiago Buschinelli Sorrentino, Ronnie Soares Anderson (Presidente).

RELATÓRIO

Com a finalidade de resumir o presente caso, adoto e reproduzo o relatório da decisão ora recorrida:

Integraram este Processo COMPROT 13855.720298/2015-53 os AIOP - Autos de Infração de Obrigação Principal DEBCAD 51.064.478-3 e 51.064.479-1.

1.1. O AIOP DEBCAD DEBCAD 51.064.478-3, no valor principal de R\$ 495.291,46, acrescido de encargos moratórios, constitui crédito de contribuições previdenciárias da parte da empresa, para o FPAS – Fundo de Previdência e Assistência Social e para o RAT - financiamento dos benefícios previstos nos arts. 57 e 58 da Lei 8.212/1991, concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (art. 22, I, II e III da Lei 8.212/1991, respectivamente, com a redação das Leis 9.876/1999 e 9.732/1998), nas competências 04/2012 a 13/2013.

1.2. O AIOP DEBCAD 51.064.479-1, no valor principal de R\$ 137.825,02, acrescido de encargos moratórios, constitui crédito de contribuições arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil destinadas a Outras Entidades e Fundos, a saber: Salário-Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, nas competências 03/2012 a 13/2013.

2. As bases de cálculo dos dois lançamentos acima foram a remuneração paga, devida ou creditada pela empresa a seus segurados empregados, sendo tais lançamentos efetuados de forma a prevenir a decadência até que ficasse definitivamente julgada a exclusão da empresa do SIMPLES Nacional, efetuada através do ADE - Ato Declaratório Executivo nº 29, de 10/10/2014, pela ocorrência de situações excludentes, a saber, atividade vedada ao ingresso da empresa solicitante na referida sistemática de tributação e falta de escrituração do Livro Caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária .

3. A empresa foi cientificada dos lançamentos em 04/02/2015, vide fls. 06 e 25 e apresentou impugnação de fls. 694/724 em 05/03/2015 (vide fl. 734), juntando documentos comprovantes de capacidade postulatória às fls. 725/733. Apresenta os argumentos a seguir:

3.1. Protesta que a nulidade do processo de exclusão do SIMPLES Nacional, de que decorreu o lançamento das contribuições em questão, foi causada pela constituição

de prova ilícita, com violação de seu sigilo bancário, já que a Fiscalização efetuou pesquisa junto ao sistema informatizado da Receita Federal do Brasil – Dossiê Integrado, identificando que a empresa possui conta em instituição financeira. Tal procedimento da Fiscalização, sem a autorização do Poder Judiciário, no entender da manifestante, constitui afronta tanto ao sigilo bancário quanto ao Princípio do Devido Processo Legal.

3.2. Protesta pela regularidade de seus registros em Livro Caixa, do que fariam prova os balancetes de 2012. Defende não estar obrigada a escriturar suas movimentações bancárias no Livro Caixa, e que não há na LC 123/2006 qualquer dispositivo que determine tal obrigação.

3.3. Alega que suas atividades de vigilância, limpeza e conservação, embora sejam protegidas pelo art. 18, § 5º - C, inciso VI da LC 123/2006 (que determina que tais serviços sejam admitidos no Simples), de qualquer forma, não são realizadas com cessão ou locação de mão-de-obra, e daí, não seriam de qualquer forma, vedados pelo do art. 17, XII da Lei Complementar 123/2006.

3.4. Como entende que os demais serviços que executa (zeladoria, portaria e recepção) estão embutidos no conceito de conservação (o primeiro) e vigilância (os dois últimos), a manifestante defende que não incorre na vedação do art. 17, XII da Lei Complementar 123/2006, já que todos os serviços que executa estariam acobertados pelo art. 18, § 5º - C, inciso VI da LC 123/2006.

3.5. Protesta contra a aplicação dos acréscimos (multa e juros moratórios), já que são acessórios de contribuições que teriam sido indevidamente lançadas. Protesta também contra a natureza de confisco dos acréscimos aplicados.

3.6. Pede que sejam aproveitados, contra os valores lançados, valores de créditos a compensar a que alega fazer jus.

3.7. Pede o deferimento da posterior produção de provas.

3.8. Finda pedindo que as intimações sejam feitas ao escritório dos advogados que nomeia.

A DRJ negou provimento à Impugnação do contribuinte em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

Contribuições da Empresa (FPAS e RAT) e Contribuições para Terceiros

A partir do efeito de sua exclusão do SIMPLES Nacional, a empresa torna-se obrigada a recolher as contribuições a seu cargo (FPAS, RAT e TERCEIROS)

incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título aos segurados empregados ao seu serviço.

Lançamento Preventivo da Decadência

Uma vez expedido o ADE - Ato Declaratório Executivo determinando a exclusão da empresa do SIMPLES Nacional, faz-se o lançamento preventivo da decadência das contribuições a que a empresa passou a ter a obrigação de recolher, ficando suspensa a execução dos valores lançados até o julgamento definitivo do ADE, caso este seja desfavorável à empresa.

APRESENTAÇÃO DE PROVAS APÓS O PRAZO DE IMPUGNAÇÃO

O pedido de apresentação de prova documental após o prazo de impugnação só deverá ser deferido se demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; ou, quando se refira a fato ou a direito superveniente; ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

ACRÉSCIMOS LEGAIS

A multa e os juros pelo recolhimento em atraso da contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil incidem de forma automática sobre o valor devido pela empresa e obedecem aos percentuais previstos na legislação aplicável.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, repetindo os mesmos argumentos apresentados por ocasião da Impugnação, quais sejam: que o ato de exclusão do SIMPLES NACIONAL merece ser reformado diante da ausência de provas; que o sigilo bancário é inviolável; que não possui atividade de cessão de mão de obra, mas sim de prestação de serviços de vigilância, limpeza e conservação; e que a cobrança dos juros e multa é confiscatória.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Andressa Pegoraro Tomazela**, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

De início, o Recorrente alega que o ato de exclusão do Simples Nacional merece ser reformado diante da ausência de provas. As demais alegações também estão relacionadas com a

exclusão do Simples Nacional, como a nulidade por quebra do sigilo bancário. Contudo, a exclusão do Simples Nacional foi discutida no âmbito do processo administrativo nº 13855.722844/2014-18, que foi decidido da seguinte forma:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE SIGILO BANCÁRIO.

O pedido de acesso da RFB a extratos bancários de empresa fiscalizada não configura causa de nulidade, pois amparada em previsão legal reputada constitucional pelo STF nos autos do RE nº 601314, julgado pela sistemática da repercussão geral, quando foi definido que “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.”

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012, 2013

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA NO LIVROCAIXA.

Mantém-se a exclusão do Simples Nacional quando a empresa deixar de registrar movimentações bancárias a que estava legalmente obrigada.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONTRATOS DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA. ATIVIDADE VEDADA.

A prestação de serviços de portaria por meio de contratos de cessão-de-mão de obra é causa de exclusão do Simples Nacional, pois se trata de atividade vedada ao ingresso nesse regime de tributação.

No voto muito bem conduzido pela Conselheira Relatora Fabiana Okchstein Kelbert, restou consignado o seguinte:

Da preliminar

O primeiro ponto abordado, que por anteceder ao mérito deve ser tratado como preliminar, diz respeito à alegada nulidade do “auto de infração”(sic). Nas palavras da recorrente “O presente Auto de Infração apresenta-se nulo porquanto feriu o direito fundamental de sigilo prescrito pelo inc. XII, art. 5º, da Constituição Federal.”

Entendeu a recorrente que o Fisco precisaria de autorização do poder judiciário para realizar pesquisa junto ao sistema informatizado da Receita Federal do Brasil –

Dossiê Integrado, que identificou que a empresa possui conta em instituição financeira.

Defende ter havido violação ao devido processo legal e ao sigilo do art. 5º, X e XII da CF, e cita jurisprudência do STF e TRF3. No ponto, de salientar que a possibilidade de a Receita Federal proceder à consulta ao Dossiê Integrado decorre diretamente de lei, notadamente do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Destaco, assim, que a constitucionalidade da previsão legal mencionada já foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 601314, com repercussão geral, conforme se observa da ementa abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisicão de informação pela Administração Tributária às instituições

*financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. **Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.** 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 601314, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016) [Grifo nosso]*

Como se infere, o STF firmou entendimento de caráter geral e vinculante no sentido de que a previsão contida no art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário.

No âmbito deste CARF assim tem se decidido:

Número do processo: 11052.001422/2010-93

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção

Câmara: Segunda Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Thu Mar 15 00:00:00 BRT 2018

Data da publicação: Tue Apr 17 00:00:00 BRT 2018

Ementa: Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2006 AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 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, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72. Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2006 **QUEBRA**

DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA. De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, é constitucional as normas dispostas na Lei Complementar nº 105/01 que autorizam que a Receita Federal obtenha dados bancários diretamente pelas instituições financeiras quando da existência de procedimento fiscal. Não há que se falar em nulidade do auto de infração. Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2006 PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. [Grifo nosso] (...)

Número da decisão: 1201-002.095

Nome do relator: GISELE BARRA BOSSA

Ademais, cabe salientar que no âmbito do processo administrativo fiscal as causas de nulidade são aquelas constantes no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, ora transcrito:

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.

Além de não indicar qualquer causa legal capaz de tornar nula a decisão recorrida, ou o ADE que deu pela exclusão da recorrente do Simples Nacional, a partir de sua análise se verifica que ambos foram lavrados por autoridade competente, e que tanto no ADE quanto no acórdão recorrido, consta a indicação dos dispositivos legais que correspondem exatamente à descrição dos fatos que ensejaram a sua exclusão daquele regime de tributação.

Diga-se, ainda, que não se observa qualquer causa de nulidade que pudesse configurar preterição do direito de defesa do contribuinte, que tomou conhecimento do ADE e contra ele se insurgiu de forma eloquente e pormenorizada.

Desse modo, entendo que não há qualquer vício no ADE e tampouco na decisão ora recorrida, de tal sorte que rejeito a preliminar arguida.

Do mérito

1. Da falta de escrituração de movimentação bancária

A recorrente, conforme dito no relatório, defende que os balancetes do ano de 2012 “comprovam, de forma incontroversa, que a presente empresa procedeu de

modo absolutamente regular com a realização dos registros e movimentações financeiras.”

Ademais, a recorrente afirmou que inexistente previsão legal que a obrigasse a escriturar suas movimentações bancárias, como se infere do trecho ora transcrito: “a empresa representada não está obrigada a escriturar suas movimentações bancárias no livro caixa. Não há um dispositivo sequer na lei complementar nº 123/2006 que obrigue a presente empresa a proceder com a referida escrituração.”

Por fim, defende que em função do sigilo bancário garantido na Constituição estaria desobrigada de registrar suas movimentações bancárias.

Os argumentos da recorrente, todavia, não se mostram corretos.

Com efeito, a obrigação de escriturar a movimentação bancária no livro-caixa consta expressamente na Lei Complementar nº 123/06, no parágrafo 2º do art. 26, como se lê:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a: (...)

*§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, **manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.** [Grifo nosso]*

Ora, ao aderir a determinado regime de tributação, espera-se que o contribuinte minimamente tome conhecimento de suas obrigações, mormente quando o seu descumprimento pode levar à exclusão do regime escolhido.

É o que se verifica no caso concreto, pois a falta de escrituração de movimentação bancária é causa legal de exclusão de ofício da empresa que optou pelo Simples Nacional, a teor do que prescreve o art. 29, VIII da LC 123/06:

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

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

Como bem salientado na decisão recorrida, a ora recorrente “não contesta o fato de que não apresentou os registros, seja em Livro Caixa, seja em Diário/Razão, de sua movimentação bancária, (...)”

Desse modo, constatada a falta de escrituração da movimentação bancária no livro-caixa, deve a empresa ser excluída de ofício do Simples Nacional.

Além de ser uma determinação legal expressa, esse é o entendimento do CARF em casos idênticos, a exemplo do seguinte:

Número do processo: 10930.720942/2014-74

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção

Câmara: Segunda Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Thu Sep 20 00:00:00 BRT 2018

Data da publicação: Mon Oct 22 00:00:00 BRT 2018

Ementa: Assunto: Simples Nacional Ano-calendário: 2010, 2011 SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE LIVRO CAIXA. FALTA DE REGISTRO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. Constatada hipótese legal de exclusão do Simples Nacional, cuja ocorrência não foi afastada pela defesa, mantém-se a exclusão regularmente formalizada pela autoridade competente. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. Não ocorre a nulidade do auto de infração quando forem observadas as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional e os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. USO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. SIGILO. LEGITIMIDADE. A utilização de informações regularmente obtidas junto a administradoras de cartões de crédito e débito não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial. Precedente vinculante do STF. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL Nos termos da lei, caracteriza-se como omissão de receita os valores creditados em conta bancária, na hipótese do titular, após intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a sua respectiva origem. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA. A apreciação de argumentos de inconstitucionalidade resta prejudicada na esfera administrativa, conforme Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. [Grifo nosso]

Número da decisão: 1201-002.507

Nome do relator: LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELLI

Diante do exposto, entendo que deve ser mantida a decisão recorrida no ponto.

2. Da prestação de serviços de portaria por meio de cessão de mão-de-obra

No que diz com a constatação do ADE, mantida no acórdão combatido, de que a recorrente teria prestado serviços de portaria por meio de cessão de mão-de-obra, esta apresenta diversos argumentos, as quais passo a analisar.

Como se disse alhures, defende a recorrente que os contratos firmados não se trata de cessão de mão-de-obra, mas de prestação de serviço na forma de terceirização regular.

Cita doutrina e afirma que nos contratos firmados estariam presentes as seguintes características: objeto lícito, serviço especializado, eventual, com assunção do risco da atividade, mediante remuneração e com a direção de seus empregados (que sempre estiveram sob sua responsabilidade em todos os serviços prestados).

Entende que os objetos de seus contratos pressupõem a prestação de serviços especializados por meio de empregados próprios, que estariam subordinados a si e sob sua responsabilidade. Cita jurisprudência do CARF relativa à não caracterização de cessão de mão-de-obra.

Refere ser essencial bem distinguir um contrato de prestação de serviço de um contrato de cessão de mão-de-obra. Afirma no ponto que: “No contrato de prestação de serviço, seu objetivo é o resultado do referido serviço, já no contrato de cessão de mão-de-obra, seu objetivo é a disponibilização da mão-de-obra em si à empresa contratante.”

Discorre sobre as diferenças que visualiza entre a prestação de serviço como objeto e a cessão de mão-de-obra. Defende que o objeto dos seus contratos consiste em prestação de serviços de vigilância, asseio e conservação, e não em mera cessão de mão-de-obra.

Reafirma, ademais, “que o objeto dos referidos contratos sempre foi a prestação dos serviços retro indicados, por prazo determinado, sob a direção e risco da autuada, com a subordinação de todos os seus empregados somente à própria.”

Ainda defende que “os empregados da empresa autuada nunca trabalharam na atividade-fim das empresas contratantes, conforme narrativa do auto de infração. assim como nunca houve pessoalidade e/ou subordinação entre os empregados da empresa autuada e as empresas contratantes.”

Entende que seu enquadramento legal está correto, nos termos do artigo 18, §5º-C, VI da lei 123/2006. Argumenta que as atividades de zeladoria, portaria e recepção seriam serviços de conservação e de vigilância, respectivamente.

Defende que a tributação deve se dar pela atividade preponderante, e que a sua é de segurança, asseio e conservação. Cita o art. 72, § 1º, II da IN RFB 971/2009 para respaldar sua tese.

Desde logo destaque, no entanto, que o mencionado dispositivo² trata de normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais e não de regime de tributação, sendo inaplicável ao caso concreto, portanto, em que a recorrente pretende justificar sua manutenção no Simples Nacional.

Entende que por se tratar de pequena sociedade empresária e devido ao valor de seu faturamento anual, estaria corretamente enquadrada como EPP, nos termos do inciso II do artigo 3º da Lei Complementar 123/2006.

Afirma que “o próprio fiscal reconhece a retidão da tributação na referida representação fiscal, salientando a possibilidade de tributação das atividades da representada no Anexo IV da lei 123/2006.”

Importante salientar que essa ressalva foi feita unicamente para demonstrar que o motivo da exclusão da recorrente do Simples Nacional não foi a prestação de serviços de conservação e limpeza, mas de portaria, atividade vedada expressamente. É o que se infere do trecho ora reproduzido da representação fiscal (e-fl. 05):

(...)

Com efeito, o ADE considerou que a violação à LC nº123/2006 se deu em razão da cessão de mão-de-obra para prestação de serviço de portaria, ao contrário do que tenta fazer crer a recorrente quando afirma que procedeu ao correto enquadramento de suas atividades.

A conceituação de cessão de mão-de-obra advém da Lei nº 8212/91, em seu art. 31, § 3º e reproduzida no art. 115 da IN RFB nº 971 de 2009:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

§ 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).

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

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

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

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

Analisando os diversos contratos juntados aos autos, verifico que estão em consonância com o conceito legal de cessão de mão-de-obra para prestação de serviço de portaria. Observa-se que o objeto dos contratos de portaria refere-se a serviços contínuos, prestados nas dependências dos contratantes, a exemplo dos trechos abaixo reproduzidos:

- Contrato com o Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto (e-fls. 42-54):

(...)

- Contrato com a Faculdade de medicina de São José do Rio Preto (e-fls. 55- 66):

(...)

Além disso, as inúmeras notas fiscais juntadas aos autos (e-fls. 155-683) demonstram a prestação de serviço de portaria, a exemplo da seguinte:

(...)

Há que se analisar, ainda, a argumentação da recorrente no sentido de que a atividade de portaria estaria abrangida pela exceção contida no § 5º-C do inciso VI do art. 18 da LC 123/06, que permite a cessão de mão-de-obra quando a atividade prestada em caráter exclusivo for de serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

Entendo que a LC 123/06 foi expressa no sentido de definir as atividades que poderiam ser realizadas por meio de cessão de mão-de-obra, como se infere dos dispositivos legais transcritos:

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.

§ 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. [Grifos nossos]

§ 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 depreende, a atividade de portaria não foi contemplada pela exceção legal, razão pela qual não poderá ser aplicada a analogia pretendida pela recorrente. Com efeito, não há como equiparar vigilância à portaria, porquanto se trata de atividades com objetivos e regramentos distintos.

(...)

Conclui-se, assim, que a atividade de portaria por meio de cessão de mão-de-obra é vedada às empresas que pretendam aderir ao Simples Nacional, como já decidiu este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Número do processo: 10120.725504/2016-07

Turma: Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção

Câmara: Terceira Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Tue Aug 11 00:00:00 BRT 2020

Data da publicação: Wed Sep 09 00:00:00 BRT 2020

Ementa: ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES) Ano-calendário: 2012 SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DEVIDA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PORTEIRO ATRAVÉS DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE VEDADA. A atividade de prestação de serviços de porteiro, através de cessão de mão de obra, é atividade vedada para ingresso no Simples Nacional.

Número da decisão: 1301-004.714

Nome do relator: Giovana Pereira de Paiva Leite

Como se viu, além de ter descumprido a obrigação de escriturar movimentação bancária no livro-caixa, a recorrente ainda praticou atividade vedada ao ingresso no Simples Nacional.

Dessa forma, estando o Recorrente excluído do Simples Nacional, conforme decisão acima transcrita, correta a cobrança das contribuições previdenciárias cobradas no presente processo. As alegações trazidas pelo Recorrente em seu Recurso Voluntário contra a exclusão do Simples Nacional foram corretamente analisadas no processo nº 13855.722844/2014-18.

Em relação ao presente processo, o Recorrente alega que a cobrança dos juros e da multa é confiscatória e requer, subsidiariamente, a compensação de créditos que possui. Com relação a estas alegações, adoto e reproduzo a decisão de piso, abaixo transcrita:

Da Alegação de Confisco

8. A impugnante alega que a multa e os juros aplicados têm natureza de confisco, devido ao seu alto valor. Se assim fosse, estaríamos frente a uma inconstitucionalidade.

8.1. As questões de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade apresentadas pela impugnante não podem ser objeto de discussão na esfera administrativa, pois a esta falta competência para o controle de constitucionalidade. Neste sentido, reitero que, sendo a atividade administrativa, dentre as quais a fiscalização e o julgamento, plenamente vinculados aos ditames da lei, conforme o princípio da legalidade previsto no caput do art. 37 da CF/88, não pode a autoridade se furtar ao seu cumprimento enquanto não houver decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição Federal de 1988, conforme dispõe seu art. 102, inciso I, alínea "a".

8.2. A mais abalizada doutrina descreve que toda atividade da Administração Pública passa-se na esfera infralegal e que as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legiferante competente, gozam de presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

8.3. Ademais, a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco.

8.4. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos que gerou. O lançamento é uma atividade vinculada.

8.5. Determina o art. 35-A da Lei 8.212/1991:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

8.5.1. Por sua vez, o inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96 dada pela Lei 11.488/07 estabelece acerca dos valores de multa aplicados no caso de lançamento de ofício:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

8.6. Determina o art. 35 da Lei 8.212/1991:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

8.6.1. Já o art. 61, § 3º da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996 determina:

Art. 61. § 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º. § 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

8.7. Diante dessas disposições, estando a multa e os juros incidentes sobre o crédito estabelecidos em legislação plenamente vigente na época de ocorrência dos fatos geradores, não há como afastar a sua aplicação ou reduzir o seu percentual, e, muito menos, que se falar em confisco.

(...)

Da Compensação dos Valores Creditórios

12. A impugnante pede que sejam aproveitados, contra os valores lançados, valores de créditos a compensar a que alega fazer jus, mas que não indica especificamente quais são.

12.1. A esse respeito, consta no subitem 4.3. do Relatório Fiscal – REFISC, de fls. 41/53, o que segue:

4.3. Cabe informar que os valores referentes às retenções que não foram utilizados em compensações em GFIP, demonstrados na planilha anexa denominada Bases de Cálculo e Créditos Utilizados Prodhec, foram aproveitados na apuração dos valores devidos que foram lançados. As Notas Fiscais que deram origem às retenções também foram anexadas ao presente processo no documento ANEXO I. Nesta mesma planilha demonstramos os valores recolhidos mensalmente referentes à contribuição previdenciária no SIMPLES Nacional (DASN). Esses valores, relacionados na planilha acima referenciada, também foram aproveitados nas respectivas competências nos valores lançados neste procedimento. Esses recolhimentos referentes à contribuição previdenciária no SIMPLES Nacional (DASN) foram retirados dos Extratos pesquisados no Portal do SIMPLES Nacional. Os extratos encontram-se anexados aos autos no documento denominado ANEXO I. Esses créditos aproveitados nas respectivas competências dentro do período fiscalizado encontram-se demonstrados no anexo do Auto de Infração denominado RADA – RELATÓRIO DE APROPRIAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS.

12.2. Como não foram identificados que créditos a impugnante entende que deveriam ter sido aproveitados e não foram, enquanto o REFISC faz referência ao aproveitamento de valores que identifica no ANEXO I, entendo que nada mais há a ser aproveitado.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Andressa Pegoraro Tomazela