



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13855.720797/2016-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-004.930 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de dezembro de 2020
Recorrente VANNELLI SERVIÇOS DE LIMPEZA LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO.

O Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional objeto de manifestação de inconformidade apenas se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, ressalvada a possibilidade de lançamento de tributos pelo ente tributante competente.

SIMPLES NACIONAL. ADE. PRODUÇÃO DE EFEITOS. IRRETROATIVIDADE.

Em incorrendo o contribuinte em causa de exclusão da sistemática do Simples Nacional, sem que tenha promovido a comunicação de sua exclusão à Administração Tributária consoante demandado pela Lei Complementar nº 123/2006, cabíveis os efeitos da exclusão de ofício na forma determinada pela mesma LC, *in casu*, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (causa da exclusão).

SIMPLES NACIONAL. CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. VEDAÇÃO.

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa e a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, reconhecer o efeito suspensivo ao Recurso, nos termos do voto do Relator, afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, José Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Bianca Felicia Rothschild, Lucas Esteves Borges e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente o conselheiro Rafael Taranto Malheiros.

Relatório

Trata-se de processo decorrente de Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional (doravante ADE), de e-fl. 229, emitido em 26 de janeiro de 2017, com efeitos desde 01/06/2010 e decorrente da realização, pela pessoa jurídica optante, de cessão de mão de obra, consoante art. 17, XII, da Lei Complementar no. 123, de 2006, combinado com o art. 76, I da Resolução CGSN no. 94, de 2011.

Cientificada a contribuinte da exclusão através do ADE em 23.02.2017 (e-fl. 308), protocolizou manifestação de inconformidade de e-fl. 241 a 262 e anexos, a qual foi julgada improcedente pela autoridade julgadora de 1ª. instância, na forma de Acórdão de e-fls. 313 a 327, cuja ementa e resultado são a seguir transcritos, *verbis*:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2010 SIMPLES NACIONAL. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO.

O ato declaratório de exclusão do Simples Nacional objeto de manifestação de inconformidade apenas se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte.

SIMPLES NACIONAL. ADE. PRODUÇÃO DE EFEITOS. IRRETROATIVIDADE.

A produção de efeitos da exclusão do Simples Nacional encontra seu cabimento e disciplina específicos no enquadramento da hipótese de exclusão nos casos previstos na Lei Complementar nº 123/2006, não havendo que se falar em retroatividade vedada.

Não configura nulidade ou vício material no ADE o reconhecimento de que, em determinada data no passado, o contribuinte incorreu em causa de exclusão obrigatória do Simples Nacional, e, não obstante isto, não comunicou tal fato à Administração Tributária.

SIMPLES NACIONAL. CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. VEDAÇÃO.

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa e a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Cientificada da decisão de 1ª. instância em 03.02.2018 (e-fl. 329), a contribuinte protocolizou, em 20.02.2018 (e-fl. 332), Recurso Voluntário de e-fls. 333 a 356, onde reitera seus argumentos deduzidos em sede de impugnação, pleito assim brevemente sintetizado:

a) Cita o art. 39 da Lei Complementar no. 123, de 2006, em seus §§ 5º. e 6º., o art.109 da Resolução CGSN no. 94, de 2011 e o art. 5º., LV da CRFB, para requerer efeito suspensivo ao Recurso, o qual, em sua análise, não trará qualquer prejuízo ao Fisco;

b) Após reproduzir os fundamentos do acórdão recorrido, expressa seu inconformismo com a decisão ali prolatada, recapitulando que o processo de exclusão foi iniciado a partir da análise realizada em processo de pedido de restituição de contribuição previdenciária para o período de 01/2012 a 01/2014 e que, a partir do referido ano-calendário de 2014, não houve mais a prática do ato de cessão de mão de obra que gerou a exclusão. Entende que, ao se deferir o processo de restituição e, a seguir, ao se promover a exclusão, teriam sido adotados dois pesos e duas medidas, alegando, ainda violação da sua ampla defesa, por não apreciação de todas as teses de defesa deduzidas em sede de manifestação de inconformidade (sem, porém, maior detalhamento quanto a esta última alegação);

c) A partir daí, repete os argumentos já tecidos em sede de manifestação de inconformidade, a saber:

c.1) Ressalta que a cessão de mão de obra em litígio refere-se a contrato de e-fls. 295 a 301 e anexos, onde cedeu, a partir de 14.05.2010, mão de obra de telefonista ao Centro Universitário de Franca Uni-FACEF (iniciando-se as atividades em 17.05.2010 e perdurando até 14.04.2014), entendendo que a Resolução CGSN no. 94, de 29.11.2011, só poderia produzir efeitos a partir de 01.01.2012, conforme seu art. 140;

c.2) Ressalta que os fatos imputados à Recorrente surgiram da análise de pedido de restituição de contribuição previdenciária efetuado pela Recorrente "Vannelli", em 14.08.2013, através do sistema PER/DCOMP, alegando "pagamento indevido" no período de 01/2012 a 01/2014, dando origem ao processo em epígrafe, concluído em 31-01-2017;

c.3) Assim, entende que o ADE em litígio não poderia se valer da citada Resolução CGSN no. 94, de 2011, para declarar os efeitos da exclusão a partir de 01.06.2010, uma vez que tal Resolução só poderia produzir efeitos jurídicos a partir de 01.01.2012. Cita a propósito o art. 5º. XXXVI da CRFB, a impossibilidade de retroatividade da referida Resolução (visto que não prevista no art. 17, XII, da LC no. 123, de 2006) e a necessidade de manutenção da ordem e segurança jurídica;

c.4) Acrescenta que, além da regulamentação somente ter vindo ao mundo jurídico em janeiro de 2012, com a Resolução CGSN no. 94 citada, mesmo assim perdurou a indefinição e o alcance do que era e o que é "cessão ou locação de mão-de-obra", até a resposta da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal pela Solução de Consulta Cosit no. 201, de 11 de julho de 2014 e estendendo-se até a Solução de Consulta Cosit no. 65, de 19.05.2016, onde entende que se chegou a uma conclusão sobre o tema de atividades permitidas e vedadas ao Simples Nacional, em sede de cessão de mão de obra.

c.5) Entende que as atividades exercidas pela Recorrente junto à Uni-FACEF, por meio de contrato citado, cujos efeitos se iniciaram em 17.05.2010 e perduraram até o dia 14.04.2014, são as permitidas pela referida Solução de Consulta, uma vez que recrutou, selecionou e colocou as telefonistas na empresa cliente;

c.6) Ou seja, entende que até a Solução de Consulta n.º 65 - Cosit em 19 de maio de 2016, não havia definição do que se podia realizar e do que se compreendia para fins de cumprimento do artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/2006 e alterações, que aliás, em seu entender, se destina às vedações ao ingresso no Simples Nacional, mas não à exclusão deste Sistema, que dependia de regulamentação. Cita que a Resolução CGSN no. 94, de 2011, sofreu diversas alterações após sua publicação, ocorridas quando a Recorrente já havia encerrado suas atividades de cessão de mão de obra;

c.7) Reitera que no âmbito do processo de restituição anteriormente citado teve os valores pleiteados deferidos, tratando-se, assim, em seu entender, de posicionamento diverso nos dois casos, pugnando, assim, pela revisão dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido.

d) Assim, requer que:

d.1) Conforme estabelecido pelo artigo 33 da Lei Complementar n.º 123/2006 e suas alterações, responsável pela disciplina da Fiscalização das obrigações principais e assessorias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 29, se reconheça que tais dispositivos deveriam ser regulamentados/disciplinados, conforme comando do §4º daquele art. 33, e, assim, que seja dado provimento ao recurso para reconhecer inaplicável a Lei Complementar n.º 123/2006, artigo 17, inciso XII, com base no princípio do "tempo rege o ato", ou seja, a Lei Complementar deveria estar disciplinada e regulamentada integralmente em 1-6-2010 até 14-4-2014;

d.2) Defende, a propósito, que o ato regulatório aconteceu somente em 19 de maio de 2016, com a Solução de Consulta Cosit no. 65, resposta e modificações da Resolução, e, assim, deve ser confirmado que a Recorrente exercia e prestava justamente os serviços descritos no código CNAE 7810-8/00, ou seja, apenas recrutou, selecionou e colocou as telefonistas na empresa cliente Uni-FACEF, afastando a incidência do artigo 76 do inciso 1, da Resolução CGSN n.º 94, de 29.11.2011, com efeitos jurídicos somente em 01.01.2012, e suas alterações, sendo declarado nulo o Ato Declaratório Executivo n.º 1, de 26.01.2017, que excluiu a Recorrente do Simples Nacional a partir de 1º de junho de 2010.

d.3) A seguir, deduz pedido "sui generis" no sentido de que se declare, subsidiariamente, concordância com os pontos-núcleo de sua fundamentação, a saber:

d.3.1) Que a Recorrente informou à Secretaria de Receita Federal, por meio do processo administrativo n.º 13855.720262/2012-27, que prestou serviços na forma acima, por meio do contrato com o Poder Público (n.º 15/2010), requereu restituição de tributo e ou ressarcimento para o período de 15.12.2011 a 17/01/2012, onde foram deferidos e devolvidos os valores decorrentes do excesso de recolhimento de impostos e contribuições decorrente da prestação de serviços, conforme termo de ciência n.º 353, datado de 05/10/2016, aceitando como enquadrada a atividade no Simples Nacional;

d.3.2) Por meio do mesmo procedimento administrativo, foi solicitado e utilizado o mesmo meio digital, conforme processo administrativo n.º 13855.723395/2014-17, tendo como mesmo objetivo anterior, pedido de restituição, agora para o período de 01/2012 a 02/2014, desenvolvendo o mesmo serviço prestado por meio do mesmo contrato com o Poder Público (n.º 15/2010), porém não foi apreciado, mas instaurado o processo administrativo n.º 13855.720797/2016-21, concluindo pela exclusão com efeito retroativo a 01.06.2010, ofendendo o artigo 5º. "caput" da Constituição Federal, uma vez que a partir de um mesmo fato (pedido de restituição optante do Simples Nacional) e um mesmo contrato (n.º 15/2010), agiu e respondeu a Receita Federal de duas formas diferentes, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico, inclusive no mesmo período de apuração do pedido de devolução, tomou conhecimento da prestação de serviços de mesma natureza (telefonista), porém, em um reconheceu e efetivou a devolução, e, em outro, instaurou processo administrativo e excluiu a Recorrente do sistema Simples Nacional, portanto, presente a boa fé da Recorrente e sendo nulo o Ato Declaratório Executivo n.º 01/2017;

d.3.3) Eficácia tributária à Solução de consulta n.º 65 - Cosit em 19 de maio de 2016, que teria eliminado o conflito interpretativo que até então existente e que não se tinha

definição do que pode e compreende e o que não pode e não era compreendido para fins de cumprimento do artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/2006 e alterações, bem como a definição que se destina às vedações trata-se apenas para quem pretende ingressar no Simples Nacional, não para fins de exclusão do contribuinte, já que dependia de regulamentação, mas somente hoje esclarecido juridicamente com o CNAE 7810-8/00, após o encerramento da prestação de serviços pela Recorrente em 14.04.2014, o que não pode atingir a Recorrente, inclusive para fins retroativos, cuja boa-fé afastar sua exclusão do Simples Nacional, evitando prejuízo irretratável a Recorrente e à coletividade que recebe os serviços da Recorrente, uma vez que não mais presta tais serviços, conforme nota fiscal de serviços n.º 62, de 02.06.2014, desde 14.05.2014, mas somente em 2017 foi acionada para declarar os efeitos em 01.06.2010, ofendendo a "teoria do fato consumado", inaplicável a lei e a resolução indicadas época dos fatos por ausência de aplicabilidade plena e ofensa à segurança jurídica e das relações entre a Recorrente e o fisco.

d.3.4) Que prestou serviços no período de 01.06.2010 até 14.04.2014.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator.

O litígio decorre da exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/06/2010, em virtude de a contribuinte ter realizado cessão de mão de obra, consoante artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar no. 123, de 2006.

Cientificada da decisão de 1ª. instância em 03.02.2018 (e-fl. 329), a contribuinte protocolizou, em 20.02.2018 (e-fl. 332), Recurso Voluntário de e-fls. 333 a 356. Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Assim se manifestou a autoridade julgadora de 1ª. instância acerca do tema, de forma a negar procedência á manifestação de inconformidade e-fls. 325 a 327:

“ (...)

Preliminar:

No tocante aos efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional, observa-se que, nos termos do art. 29, §3º, da Lei Complementar n.º 123/2006, a exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes. O CGSN, no uso desta atribuição, regulamentou a exclusão do Simples Nacional por meio da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011, que estabelece em seu artigo 75, parágrafo 3º, que na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo apenas quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte.

Desta forma, conclui-se que o ato de exclusão do Simples Nacional, quando impugnado tempestivamente, que é o caso, produz efeitos apenas após a decisão definitiva do litígio. (grifei)

Ainda, em relação ao efeito suspensivo da exclusão do SIMPLES, atente-se que o eventual questionamento do ato administrativo não tem o condão de desautorizar os lançamentos tributários consequentes ao mesmo ato. Ainda que,

em prevenção da decadência. Aliás, o artigo 29, § 3º, da Lei Complementar n.º 123/2006 dispõe:

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

Mérito:

Não tem razão a Recorrente quando alega que o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO N.º 01, DE 26 DE JANEIRO DE 2017 não poderia ter declarado a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional a partir de 01 de junho de 2010 (efeitos *ex-tunc*) valendo-se da Resolução CGSN n.º 94, de 29-11-2011, muito menos quando afirma que o exercício de atividade mediante de cessão de mão de obra impediria apenas seu ingresso no Simples Nacional e não sua permanência no sistema. Vejamos:

A Resolução CGSN n.º 94, de 2011, no tocante ao tema abordado, ao contrário do alegado pela Recorrente, limitou-se apenas a reproduzir previsão já contida na LC 123/2006 (e também na Resolução CGSN no 15, de 2007). Prevê a Lei Complementar:

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;

(...)

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; 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;

Portanto, a produção de efeitos a partir mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva já estava prevista na LC 123/2006, não havendo porque se cogitar em quebra do princípio da legalidade pela menção no ADE à Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011.

Da leitura dos dispositivos transcritos acima, fica evidente também que, ao contrário do aduzido pelo Contribuinte, o exercício de sua atividade mediante

cessão de mão de obra, fato fartamente demonstrado pela Fiscalização e não contestado pela Recorrente, **impede não apenas seu ingresso, mas também sua permanência** no Simples Nacional, tanto assim que, a teor do artigo 30, inciso II, da mesma Lei Complementar nº 123/2006, cabia-lhe a obrigação de se excluir do Simples Nacional, confira-se novamente:

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

(...)

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

Destaco, por oportuno, que ao contrário do que alega a Recorrente, a apresentação de Pedido de Restituição pelo Contribuinte presta-se apenas e tão somente ao que sua denominação indica, sendo inservível, por óbvio, como comunicação da auto-exclusão do Simples Nacional, que tem procedimento próprio, previsto no sítio da SRFB: <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SIMPLESNACIONAL/Servicos/Grupo.aspx?grp=6>.

Isso posto, verifico que a data de ocorrência da causa de exclusão, declarada no ADE, 14 de maio de 2010, está correta, pois o contrato juntado aos autos (fls. 214 e ss.), firmado entre o Contribuinte e o Centro Universitário de Franca, Uni-FACEF, paradigma inicial de demonstração de um efetivo contexto de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, corresponde especificamente a esta data. Assim, os efeitos da exclusão se produzem a partir da competência junho de 2010.

Destaco que não há que se falar em retroatividade na espécie. Partindo-se da premissa de que todos devem conhecer a legislação a que se submetem, no caso, a Lei Complementar nº 123/2006, o contribuinte, realizando atividade vedada ao Simples Nacional, já sabia que incorria em causa de exclusão de ofício, daí advindo de imediato os efeitos corolários. O fato de não proceder voluntariamente à própria exclusão, aguardando que esta ocorresse por ato de ofício da autoridade fiscal em momento posterior, não configura retroatividade, mas, ao contrário, o reconhecimento de que o contribuinte já deveria ter feito a sua exclusão e não o fez.

Assim, admite-se a produção de efeitos em virtude da ocorrência do evento ensejador da exclusão, ainda que esta admissão se faça em momento posterior, mas desde que a partir exclusivamente da ocorrência da situação excludente. Haveria retroatividade se os efeitos da exclusão se processassem antes mesmo da causa da exclusão, o que não ocorre na espécie.

Outrossim, é natural no âmbito tributário que a ação da fiscalização se perfaça relativamente ao passado, pois, caso assim não fosse, isto é, se o contribuinte agisse em obediência aos postulados de fato e de direito da norma de tributação, sequer haveria a necessidade da ação da autoridade fiscal.

Por fim, ao contrário do que alega a Recorrente, não foi somente com a Solução de Consulta no 65 - Cosit em 19 de maio de 2016 que se definiu o que “pode e compreende” e o que “não pode e não é compreendido” para fins de cumprimento do artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006.

A consulta citada se prestou a dirimir dúvida de determinado Contribuinte quanto à diferenciação jurídica entre intermediação no processo de contratação

de trabalhadores por empresas (recrutamento e pré-seleção) e prestação de serviços de seleção de mão de obra, situações em nada relacionadas com a atividade identificada pela fiscalização, qual seja, a prestação de serviços de telefonista nas dependências da Uni-FACEF, segundo regime de execução indireta, na modalidade empreitada por preço global, partindo de preços unitários, COM FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA.

Tal situação é claramente vedada pela LC 123/2006:

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;

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Manifestação de Inconformidade, (...)"

Analiso a argumentação recursal da autuada à luz do julgado supra.

Quanto à preliminar de efeito suspensivo

Nenhum reparo a fazer ao Acórdão recorrido, ao estabelecer que a efetividade do ADE de e-fl. 229, objeto do presente litígio, uma vez tendo este sido regularmente impugnado, se dará apenas quando do deslinde definitivo do presente processo, reconhecendo-se aqui também, ainda que não se esteja diante de processo de constituição de crédito tributário, a aplicabilidade dos ditames do Decreto n.º 70.235, de 1972, a partir do disposto no art. 39, *caput*, da Lei Complementar n.º 123, de 2006 e do art. 109 daquela mesma Resolução CGSN n.º 94, de 2011, *verbis*:

Lei Complementar n.º 123, de 2006

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN n.º 94, de 2011

Art. 109. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federado que efetuar o lançamento do crédito tributário, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 39, caput).

Ressalvada tão somente a possibilidade de, conforme também muito propriamente ressaltado pela autoridade julgadora de 1ª instância, lançamento dos tributos e contribuições devidos decorrentes da exclusão em lide, com fulcro no art. 29, § 3º da referida Lei Complementar n.º 123, de 2006, *verbis*:

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

Assim, nos exatos limites acima, entende-se como já ter restado atendido o pedido da Recorrente de reconhecimento de “efeito suspensivo” ao recurso.

Quanto ao mérito

Escorreita, ainda, a posição do recorrido, ao estabelecer a possibilidade de exclusão de ofício da autuada do simples a partir de 01.06.2010, dada a falta de comunicação de sua exclusão, obrigatória a partir da cessão de mão de obra de telefonistas realizada desde 05/2010, consoante caracterizada através dos elementos carreados aos autos (vide contrato de e-fls. 214 e ss.), tendo incorrido a pessoa jurídica Recorrente, assim, na vedação contida no art. 17, XII da referida Lei Complementar n.º 123, de 2006, e desrespeitado o disposto nos art. 29, I, também da LC no. 123, de 2006, resultando daí aplicável o teor do art. 29, §3º., bem como dos arts. 30, II e 31, II, todos daquela mesma Lei Complementar, devidamente obedecidos pelo ADE de e-fl. 229.

Ainda, cediço que, do teor dos referidos dispositivos, a vedação em análise, contrariamente ao alegado pela autuada, não se limita aos casos de tentativa de ingresso na sistemática do Simples Nacional, estendendo-se também à hipótese de mandatória exclusão de ofício dos contribuintes já optantes, quando não realizada a comunicação obrigatória de sua exclusão, como *in casu*.

Cediço, ainda, que, também tal como observado pelo recorrido, o contrato de e-fls. 214 e ss., estabelece a obrigação de contratada de fornecimento de mão de obra para a prestação de serviços de telefonista nas dependências da Uni-Facef, repita-se, caracterizadora assim da vedação contida no art. 17, XII da Lei Complementar no. 123, de 2006.

A propósito, caracteriza-se, através do referido contrato, o instituto de cessão de mão de obra, uma vez que se está diante de serviço contínuo, prestado na dependência da contratante, através da colocação de telefonistas à sua disposição **com a necessidade de acatamento das instruções e recomendações emanadas da contratante estando contratualmente prevista**, ou seja, caracterizada a referida cessão nos exatos termos em que competentemente definido o instituto, pelo art. 31, §3º. da Lei n.º 8.212, de 1991 e pelo art. 115 da Instrução Normativa n.º 971, de 2009, dispositivos anteriores aos fatos geradores em questão, *verbis*:

Lei n.º 8.212, de 1991

Art. 31 (...)

(...)

§ 3º *Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998)."*

IN RFB n.º 971/2009

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 n.º 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.*

Veja-se a propósito, os seguintes trechos do contrato citado de e-fls. 214 e ss.,
verbis:

“(…)

Cláusula Primeira: DO OBJETO

O Objeto do presente é a contratação de empresa especializada para Prestação de Serviços de Telefonista das Unidades I e II, para um posto de trabalho, nas dependências do Uni-FACEF, Franca, SP. (grifou-se)

(…)

Cláusula Quinta: DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

4. Manter o contingente suficiente de empregados de forma a atender o cumprimento das obrigações, licenças e outros afastamentos.

(…)

*7. Manter, no local de trabalho, supervisão adequada e capacitada para avaliar e orientar o andamento dos serviços, com autoridade para solução de quaisquer problemas relacionados com os trabalhos e **acatamento das instruções e recomendações dos responsáveis da CONTRATANTE** (grifou-se).*

A atividade aqui realizada sob análise, assim, em nada se confunde com a seleção de mão de obra (de natureza técnico-intelectual), permitida pela mencionada Solução de Consulta Cosit n.º 65, de 2016, tendo, ainda, sido o supracitado art. 31, §3º. da Lei n.º 8.212, de 1991, inclusive, utilizado como fundamentação no âmbito da referida Solução de Consulta. Ainda, note-se ter o mencionado art. 115 da Instrução Normativa RFB, por sua vez, embasado a Solução de Consulta n.º 201, de 2014, também citada pela Recorrente, esta última que, por fim, ressalte-se, refere-se à situação fática totalmente estranha aos autos (cessão de mão de obra de serviço de operador de veículos).

Perfeita, ainda, a conclusão do recorrido, no sentido de inexistir: a) qualquer ofensa à vigência temporal de normas ,ou b) a aplicação de normas ainda pendentes de necessária regulamentação, tendo, note-se, a data de exclusão se iniciado em data na qual a Recorrente efetivamente incorria na vedação legal (ao realizar a referida cessão de mão de obra na atividade de telefonia, mais especificamente, desde 17/05/2010), ou seja, em momento em que já se encontravam plenamente vigentes os referidos arts, 29, 30 e 31 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, consoante muito bem observado pela autoridade julgadora de 1ª. instância.

Desta forma, nada há assim, de exclusão indevida ou retroativa à luz dos dispositivos legais aplicáveis (repeita-se, vigentes desde a Lei Complementar n.º 123, de 2006), ou, ainda, de quaisquer outros, concluindo-se, assim, também aqui pela legalidade do ADE, sob esta ótica.

Por fim, não se está, ainda, diante de nenhuma das exceções contempladas pelo art. 18, § 5º-H, da Lei Complementar n.º 123, de 2006.

Desta forma, conclui-se pela legalidade da exclusão através do ADE de e-fl. 229, rejeitando-se a arguição de nulidade do referido Ato Declaratório, que não apresenta qualquer dependência ou antinomia em relação a qualquer das normas interpretativas (Soluções de Consulta) posteriormente editadas e citadas pela Recorrente.

Por fim, rejeita-se qualquer tipo de vinculação do presente processo ao decidido no âmbito de qualquer dos Processos de Restituição citados pela Recorrente, limitando-se a presente lide, de rito próprio, à verificação acerca da legalidade do ato de exclusão de ofício, legalidade esta que, na forma dos fundamentos acima, não resta maculada pela existência de Processo(s) de Restituição relacionado ao período onde o contribuinte incorreu na vedação em análise e, muito menos, por qualquer conclusão atingida no âmbito daquele(s) outros Processo(s).

Diante do exposto, voto por reconhecer o efeito suspensivo ao Recurso até o presente julgamento, nos exatos termos aqui estabelecidos, afastar a arguição de nulidade do ADE e negar provimento ao Recurso Voluntário da autuada, restando refutados, assim, também, na forma da fundamentação acima, todos os pedidos subsidiários de declaração de concordância com as teses ali deduzidas, as quais restaram, na forma acima e no âmbito da decisão de 1ª instância, já devidamente refutadas.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior