



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720171/2018-20
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.058 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 09 de junho de 2022
Recorrente CONDOSERRA PRESTACAO DE SERVICOS EM CONDOMINIOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/05/2014 a 25/10/2016

NULIDADE. INOVAÇÃO EM DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não é nula, por inovação, a decisão de primeira instância que apresenta argumentos contrários às alegações de defesa suscitadas pelo contribuinte, sendo mantido o mesmo fundamento. Ademais, 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.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. SITUAÇÃO IMPEDITIVA. EXCLUSÃO. SIMPLES NACIONAL.

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 de nulidade suscitada e, no mérito, em negar 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: Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Márcio Avito Ribeiro Faria, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1003-003.058 - 1ª Seju/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 15586.720171/2018-20

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 03-084.677, de 14 de maio de 2019, proferido pela 5ª Turma da DRJ/BSB, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo o Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 049, de 15/08/2018, que excluiu a Recorrente do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/05/2014 até 25/10/2016.

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida complementando-o adiante:

“(…)

Trata-se de processo de exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeito a partir de 01/05/2014 até 25/10/2016, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 049, de 15/08/2018 (fls. 327/328), em virtude da prestação de serviços, por meio de cessão de mão de obra, atividade vedada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, nos termos do artigo 17, XII.

Informa o Parecer para Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/12) que a empresa CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA se encontra baixada no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ e na JUCEES, desde 26/10/2016. E, que a baixa da inscrição no CNPJ importa responsabilidade solidária dos empresários, titulares, sócios e administradores das pessoas jurídicas no período de ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Ainda de acordo com o referido Parecer, a partir da análise da documentação apresentada (3 contratos de prestação de serviço de janeiro a outubro de 2016 e notas fiscais), foi verificado que o contribuinte prestou serviço, por cessão de mão de obra, de limpeza, portaria, manutenção e conservação em condomínios.

O sujeito passivo foi notificado do Termo de Ciência de Exclusão do Simples Nacional por meio dos sócios administradores CESAR LUIZ REIS (CPF: 029.279.136-41), DILSON DE OLIVEIRA PIRES (CPF: 236.071.651-49), GUILHERME SATURNINO REIS (CPF: 061.943.527-52), ILSON REIS (CPF: 303.556.216-49) e PAULO CESAR FRANCISCO MACEDO (CPF: 818.362.361-15). Os três primeiros em 31/08/2018 e o último em 05/09/2018.

Manifestação de Inconformidade

Em 24/09/2017, o sujeito passivo - por meio dos sócios CESAR FRANCISCO MACEDO (CPF: 818.362.361-15) e GUILHERME SATURNINO REIS (CPF: 061.943.527-52) - apresentou manifestação de inconformidade de fls. 360/369 alegando, em síntese, o que segue.

Afirma que, ao contrario do que concluiu a Autoridade Fiscal, não realizava atividade vedada ao Simples Nacional, pois o § 5º-C c/c com o § 5º- H do artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006 possibilita expressamente a realização dos serviços em questão (limpeza e conservação), mediante cessão de mão de obra.

Com o intuito de comprovar que sua atividade era, especificamente, a prestação dos referidos serviços, trouxe aos autos notas fiscais de serviço e os contratos realizados com o CONDOMÍNIO RESIDENCIAL VALPARAISO II, CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CENTRO EMPRESARIAL ENSEADA e CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO ATIVE CENTRO EMPRESARIAL.

Diz que os termos dos contratos e as notas fiscais provam que os serviços prestados foram de manutenção, conservação, limpeza e vigilância, que são atividades previstas na Lei Complementar nº 123/2006.

Requer que, diante do exposto, seja reformado o Ato Declaratório Executivo, que, indevidamente, excluiu a empresa do Simples Nacional”.

Por sua vez, a 5ª Turma da DRJ/BSB julgou improcedente a impugnação, mantendo a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, cuja decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2014 a 25/10/2016

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM CESSÃO DE MÃO DE OBRA. VEDAÇÃO.

As atividades de prestação de serviços com cessão de mão de obra vedam a opção e/ ou permanência da pessoa jurídica no sistema do SIMPLES.

As vedações ao exercício de atividades previstas no caput do artigo 17 da Lei Complementar 123/2006 - entre elas cessão de mão de obra -, não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem *exclusivamente* às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do seu, também, artigo 18 - entre elas serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou o recurso voluntário com as seguintes alegações:

“(…)

1. DOS FATOS

A Recorrente foi excluída do SIMPLES NACIONAL através do **ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 49/2018**, por supostamente incorrer na hipótese de exclusão de ofício prevista no inciso I, do art. 29, da Lei Complementar n.º 123/2006, em razão da vedação imposta pelo inciso XII, do art. 17, da mesma Lei Complementar.

Em resumo, a Autoridade Fiscal entendeu que a Recorrente prestou serviços mediante cessão de mão-de-obra, hipótese vedada pelo art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/2006, concluindo assim pela exclusão da mesma do regime do SIMPLES NACIONAL.

Em MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE a Recorrente **demonstrou que as atividades desenvolvidas através de cessão de mão-de-obra (vigilância, limpeza e conservação)** estão expressamente previstas no **5-H. do art. 18. da Lei Complementar nº 123/2006**, razão pela qual deveria ser reformada a decisão que concluiu pela exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

Em acórdão, a DELEGACIA DE JULGAMENTO **inovando** frente ao Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL, aduziu que realmente as atividades preponderantes prestadas pela Recorrente encontra amparo no art. 5-H. do art. 18, da Lei Complementar n.º 123/2006. **porém a empresa também** prestava serviço de **manutenção, vigilância e portaria**, vedadas, conforme Atos Declaratórios Interpretativos, ao regime do SIMPLES NACIONAL.

A DELEGACIA DE JULGAMENTO fundamentou sua decisão através da análise dos contratos de prestação de serviços dos Condomínios VALPARAÍSO II, ATIVE e CENTRO EMPRESARIAL ENSEADA e com base em informações constantes no "corpo" da Nota Fiscal.

Contudo, não é dado à Delegacia de Julgamento o direito de inovar frente à conclusão da Autoridade Fiscal.

Além disso, a conclusão da DELEGACIA DE JULGAMENTO está equivocada, eis que as atividades de **manutenção e vigilância** estão contempladas dentro do regime do SIMPLES NACIONAL (conforme redação expressa) e a **Recorrente nunca prestou serviço de PORTARIA**, serviço esse realizada pela empresa CONDONAL SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA. empresa fora do regime do SIMPLES NACIONAL.

2. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS. NULIDADE DA DECISÃO DA DELEGACIA DE JULGAMENTO.

A Delegacia de Julgamento inova frente à decisão que determinou a exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

Com efeito, a r. decisão que excluiu a Recorrente do SIMPLES NACIONAL afirmou que a mesma prestou serviços de limpeza, conservação e outros mediante cessão de mão-de-obra, ofendendo o art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/2006, vejamos:

DESPACHO DECISÓRIO

No uso da competência prevista no artigo 340, incisos II e III, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil - Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 09/10/2017, delegada por intermédio da Portaria de Delegação de Competência 196, de 27 de dezembro de 2012, em seu art. 6º, inciso IV, DECIDO pela exclusão do contribuinte em epígrafe do Simples Nacional, em virtude de ter sido verificada a ocorrência de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra pela empresa, o que é vedado nos termos do art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006, com efeitos a partir de 1º de maio de 2014.

O art. 17, inciso XII, da LC n.º 123/2006 veda a adesão ao SIMPLES NACIONAL empresa que realize **cessão ou locação de mão-de-obra**.

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

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

Contudo, a fiscalização **não se atentou que existem exceções à regra geral**, em especial aquelas tratadas no § 5º-H, do art. 18, da LC n.º 123/2006, *in verbis*: (...)

Dessa forma, a decisão deveria ser reformada, eis que existe possibilidade de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, tal como realizado pela Recorrente.

Contudo, a Delegacia de Julgamento, visando manter a decisão que determinou a exclusão da Recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL, acrescenta à fundamentação que, de fato é possível a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, contudo, no caso em concreto "constatou" que a Recorrente prestou serviços vedados ao regime simplificado de tributação.

Assim a Delegacia de Julgamento superou os fundamentos da decisão de primeira instância e com fulcro em **nova fundamentação** (Ato Declaratório Interpretativo RFB n.º 7/2015) manteve a decisão da fiscalização.

Contudo, não é lícito que a Delegacia de Julgamento rechace o fundamento apresentado pela fiscalização e de ofício mantenha a autuação.

Dessa forma, o v. acórdão deve ser anulado.

3. ATIVIDADE DE MANUTENÇÃO E VIGILÂNCIA. SIMPLES NACIONAL. POSSIBILIDADE. ART. 18, § 5º-B, INCISO IX e § 5º-C, INCISO VI c/c § 5º-H, DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006.

Após verificar que a atividade preponderante da empresa é de prestação de serviços de **limpeza e conservação**, a DELEGACIA DE JULGAMENTO destacou que o impedimento de ingresso e permanência no SIMPLES NACIONAL se dá pelo fato de a Recorrente prestar serviços de **manutenção, portaria e vigilância**, mediante cessão de mão-de-obra, vejamos:

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 manutenção, portaria e vigilância, mediante cessão de mão de obra.

Contudo, as atividades de **manutenção e vigilância** estão previstas na Lei Complementar n.º 123/2016, vejamos:

§ 5º-B Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:

IX - serviços de instalação, de reparos e de manutenção em fiação, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais

§ 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.

Dessa forma, não há qualquer irregularidade na prestação de serviços de MANUTENÇÃO e de VIGILÂNCIA, esta, mediante cessão de mão-de-obra.

Por fim, diferentemente do que concluído pela DELEGACIA DE JULGAMENTO, a Recorrente NUNCA prestou serviço de **PORTARIA**.

Notadamente, **os serviços de PORTARIA eram prestados pela empresa CONDONAL SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA** empresa essa não submetida ao regime do SIMPLES NACIONAL.

Na prática, a Recorrente prestava serviço de limpeza, conservação e manutenção (das áreas conservadas) e a CONDONAL SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA prestava serviços de PORTARIA.

Tal prática pode ser constatada através do CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS com o CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO ATIVE CENTRO EMPRESARIAL, vejamos:

PARÁGRAFO PRIMEIRO: DOS SERVIÇOS CONTRATADOS, DA MÃO DE OBRA E DOS CONTRATOS POR GESTÃO.

Os serviços contratados serão prestados através de quadro próprio de funcionários de acordo com a especialidade de cada profissional e responsabilidade de cada empresa coligada colocados à disposição do condomínio na sede da Condona, das empresas coligadas e no próprio condomínio; no escritório: oito auxiliares administrativos nas funções administrativas de cobrança, financeiro, orçamentista, lançamento contábil, manutenção, recepção, telefonista, um motoboy e um motorista.

Diretamente no condomínio: 03 (três) Porteiros Diurno, sendo 02 (dois) em escala 12x36 e 01 (um) em escala 44 horas semanais; 02 (dois) Porteiros Noturnos, 03 (três) Auxiliares de Serviços Gerais, 02 (dois) garagistas e 01 (um) encarregado de serviços.

No escritório de advocacia 01 (um) Bacharel, 02 (dois) Estagiários, uma Recepcionista e 04 (quatro) Advogados.

PARÁGRAFO SEGUNDO - SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO, MANUTENÇÃO E LIMPEZA

Os serviços de conservação, manutenção e limpeza no condomínio serão feitos pela empresa CONDOSERRA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 20.100.330/001-66, localizada na Rua Marataizes, 250, sala 203, Laranjeiras-Serra, através de quadro próprio de trabalhadores, encarregados, supervisores em tarefas, turnos, ou turnos, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade ou exclusividade, com o CONTRATANTE correndo por conta da CONDOSERRA, todas as despesas com salários, adicionais

legais, encargos sociais, tributários e fiscais, uniformes, transporte e todas as obrigações trabalhistas da categoria.

Evidencia-se, portanto, que a Recorrente NÃO prestava serviços de PORTARIA, mas sim de conservação, manutenção e limpeza.

Da mesma forma o contrato de prestação de serviços com o CONDOMÍNIO RESIDENCIAL VALPARAISO II, vejamos:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE, COBRANÇA ADMINISTRATIVA E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA PORTARIA 24 (VINTE E QUATRO) HORAS, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA CONDOMINIAL que fazem de um lado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL VALPARAISO II, situado na Rua Alegre, 110, - Valparaíso - Serra, inscrito no CNPJ com o número 00.635.009/0001-79, representado neste ato pela síndica eleita em Assembleia Geral do Condomínio, Senhora Vânia Paranhos, doravante denominado, simplesmente **CONTRATANTE** e do outro **CONDONAL SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, com inscrição no CNPJ 00.712.911/0001-41, e endereço na Rua Ulisses Sarmento, 24, salas 701, Praia do Suá, Vitória/ES, e **CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS**, pessoa jurídica de direito privado, com inscrição no CNPJ 20.100.330/001-66, localizada na Rua Marataizes, 250, sala 203, Laranjeiras-Serra, representadas neste ato por seu representante legal nos termos de seus estatutos, doravante denominadas, simplesmente **CONTRATADAS**, tem justo e contratado o que se contém nas cláusulas e condições seguintes:

PARÁGRAFO PRIMEIRO: DOS SERVIÇOS CONTRATADOS, DA MÃO DE OBRA E DOS CONTRATOS POR GESTÃO

Os serviços contratados serão prestados através de quadro próprio de funcionários de acordo com a especialidade de cada profissional e responsabilidade de cada empresa coligada colocados à disposição do condomínio na sede da Condona, das empresas coligadas e no próprio condomínio: oito auxiliares administrativos nas funções administrativas de cobrança, financeiro, orçamentista, lançamento contábil, manutenção, recepção, telefonista, um motoboy e um motorista, e diretamente no condomínio e 02 (dois) Porteiros Diurno; 02 (dois) Porteiros Noturnos, 02 (dois) Auxiliares de Serviços Gerais; e 01 (uma) Secretária, e no escritório de advocacia 01 (um) Bacharel, 02 (dois) Estagiários, uma Recepcionista e 04 (quatro) Advogados.

PARÁGRAFO SEGUNDO - SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO, MANUTENÇÃO E LIMPEZA

Os serviços de conservação, manutenção e limpeza no condomínio serão feitos pela empresa CONDOSERRA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 20.100.330/001-66, localizada na Rua Marataizes, 250, sala 203, Laranjeiras-Serra, através de quadro próprio de trabalhadores, encarregados, supervisores em tarefas, turnos, ou turnos, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade ou exclusividade, com o CONTRATANTE correndo por conta da CONDOSERRA, todas as despesas com salários, adicionais

legais, encargos sociais, tributários e fiscais, uniformes, transporte e todas as obrigações trabalhistas da categoria.

Por fim, o contrato de prestação de serviços com o CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CENTRO EMPRESARIAL ENSEADA:

CLÁUSULA PRIMEIRA: DO OBJETO

- 1.1. A CONTRATADA prestará à CONTRATANTE, sem vínculo empregatício e sem caráter de exclusividade, os serviços de Manutenção e conservação das áreas do Condomínio Centro Empresarial Enseada, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade ou exclusividade, correndo por conta desta empresa todas as despesas com salários e encargos sociais, tributários e fiscais, uniformes e tudo quanto for inerente aos trabalhadores em serviços.
- 1.2. Obedecendo às formalidades legais, o pessoal será todo registrado;
- 1.3. Executarão os serviços de manutenção geral das áreas comuns, incluindo as garagens, telhados e calhas;

Com efeito, a Recorrente nunca prestou serviço de PORTARIA, sendo certo a cessão de mão-de-obra se dava para realização do serviço de limpeza e conservação.

A fiscalização reconhece que os serviços prestados eram de conservação e manutenção, porém apegou-se nas informações contidas em algumas das notas fiscais que contavam "serviço de locação de mão-de-obra", vejamos:

Destaque-se que as notas fiscais, na discriminação dos serviços, indicam, em quase sua totalidade, o serviço de manutenção, juntamente com conservação.

No entanto algumas notas fiscais apontam como serviço realizado o serviço de portaria e vigia (fls. 140, 146, 162, 163, 181, 185, 186, 197, 203, 219, 220, 238, 242, 243, 277, 285, 295, 306, 313, 324). Outras indicam apenas "serviço de locação de mão de obra" (fls. 132, 154, 188, 189, 211, 263, 282), que podem estar relacionados com a cessão de mão de pessoal para serviços diversos (por exemplo: pequenos reparos ou assessoria administrativa), conforme consta no contrato celebrado como o CONDOMÍNIO PARQUE RESIDENCIAL VALPARAÍSO.

A informação constante no corpo da NOTA FISCAL não pode ser utilizada como prova absoluta, principalmente quando apresentado o contrato de prestação de serviço.

Aliás, a Recorrente sequer possui aptidão para prestar serviço de PORTARIA eis que tal atividade não consta no seu contrato social, vejamos:

CLÁUSULA TERCEIRA:

A Sociedade tem por objetivo os seguintes CNAES:

- 43.30-4/04 - Serviços de pintura de Edifícios em geral;
- 81.21-4/00 - Limpeza em prédios e em domicílios;
- 81.30-3/00 - Atividade de paisagísticas;
- 82.91-1/00 - Atividades de cobranças e informações cadastrais (Extrajudiciais);
- 82.19-9/01 - Fotocópias.

Dessa forma, é totalmente inadmissível a exclusão da CONDOSERRA do SIMPLES NACIONAL, eis que as atividades realizadas pela empresa, conforme afirmado pela própria fiscalização, são aquelas previstas no § 5º-B e § 5º-C, do art. 18, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Não há qualquer prova nos autos de que a Recorrente prestava serviço de PORTARIA.

O ônus da prova compete à fiscalização, precipuamente quando acusa a empresa de cometer fraude (prestação de serviço em desconformidade com seu contrato social).

Todavia, conforme afirmado no tópico 2, a fiscalização não realizou nenhuma diligência, pois no seu entendimento, a Recorrente não poderia prestar nenhum serviço mediante cessão de mão-de-obra, nem mesmo àqueles previstos no § 5º-C, do art. 18, da LC n.º 123/2006.

Diante do exposto, deve ser **reformado** o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO, que indevidamente excluiu a Contribuinte do SIMPLES NACIONAL, eis que **NÃO HÁ PROVA** que a Recorrente prestava serviço de portaria.

4. EVENTUAL ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA DE CONDUTA APTA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Como destacado em Manifestação de Inconformidade e completamente ignorado pela Delegacia de Julgamento, eventual erro no preenchimento de documentos [*in casu*, da NOTA FISCAL) não podem trazer como consequência a exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

A Constituição Federal ao dispor sobre os "Princípios Gerais da Atividade Econômica" estabeleceu o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às empresas de pequeno porte, vejamos:(...)

Notadamente, são as empresas de pequeno porte que oxigenam a economia, principalmente em bairros mais carentes.

Nesse diapasão, a Lei Complementar ao tratar dos motivos de exclusão do ofício do Simples Nacional (tratamento tributário diferenciado e favorecido) **o fez em caráter extremamente restritivo**, abarcando somente as situações em que a empresa **não é de pequeno porte** ou que seja voltada para a prática criminosa ou comercialize produto do crime, vejamos:

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

Destarte, interpretando-se o dispositivo legal de forma restritiva, somente deverá ser excluída do Simples Nacional a empresa que **não poderia ter optado pelo regime**, sendo elencadas situações em que fica presumido o faturamento acima do limite máximo estabelecido.

No caso em concreto, todas as atividades constantes no Contrato Social da Contribuinte são passíveis de tributação pelo regime do SIMPLES NACIONAL, assim o preenchimento errado da NOTA FISCAL que indicou "serviço de locação de mão-de-obra" não é fundamento suficiente para a exclusão.. da empresa do regime simplificado.

Ademais, restou comprovado, e reconhecido pela fiscalização, que os serviços EFETIVAMENTE prestados foram de **conservação, manutenção e limpeza**.

Por todo o exposto, deve ser reformada a decisão que determinou a Exclusão da Contribuinte do SIMPLES."

É o relatório.

Voto

Conselheira Maurîtânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

Tempestividade

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

Preliminar: Nulidade do Decisão de Primeira Instância

Preliminarmente, alega a Recorrente que houve inovação na decisão da DRJ frente ao Ato Declaratório Executivo nº 49/2018 que a excluiu do Simples Nacional, ao decidir a Recorrente também prestava serviço de manutenção, vigilância e portaria, atividades vedadas, conforme Atos Declaratórios Interpretativos, ao regime simplificado de tributação.

Porém, razão não lhe assiste já que não há qualquer inovação da decisão recorrida que apenas apresentou contrários às alegações de defesa suscitadas pela Recorrente, sendo mantido o mesmo fundamento. Destarte, a autoridade julgadora pode expressar sua percepção dos fatos reunidos nos autos em resposta à defesa, como, de fato, o fez.

Para comprovar a inocorrência de inovação do acórdão de piso, importante se faz observar Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 049/2018, e-fls. 327, abaixo reproduzido:

MINISTÉRIO DA FAZENDA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM VITÓRIA/ES

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/VIT/ES nº 049/2018 Declara a Exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-SIMPLES NACIONAL.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM VITÓRIA/ES, no uso da atribuição prevista no artigo 340, incisos II e III da Portaria MF nº 430, de 09 de outubro de 2017, publicada no D.O.U. de 11 de outubro de 2017 e tendo em vista o disposto no inciso XII, do art. 17 e inciso I do artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, c/c o art. 75 da Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL a empresa CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA., CNPJ nº 20.100.330/0001-66, em virtude de ter incorrido na hipótese de exclusão de ofício prevista no inciso I do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em razão da vedação imposta pelo inciso XII, do art. 17 da mesma Lei Complementar.

Parágrafo único. **A descrição dos fatos e dos motivos de direito que deram origem à exclusão de ofício, objeto deste ADE, se encontra no Parecer para a Exclusão do SIMPLES NACIONAL integrante do Processo nº 15586-720.171/2018-20.**

Art. 2º A exclusão do SIMPLES NACIONAL produzirá efeitos a partir de 01/05/2014 até 25/10/2016, de acordo inciso I, do art. 29, da Lei Complementar nº 123/2006.

Art. 3º Da presente exclusão caberá ao interessado, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste Ato, manifestar sua inconformidade relativamente ao procedimento acima junto à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, assegurando assim o contraditório e ampla defesa, protocolada na unidade da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória (ES), conforme disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006 observada a legislação relativa ao Processo Administrativo Fiscal da União de que trata o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Art. 4º Não havendo manifestação no prazo previsto no Art. 3º da presente, a exclusão tornar-se-á definitiva. (Grifou-se)

Da leitura do ADE, percebe-se que a exclusão da Recorrente do Simples Nacional baseou-se em Parecer prolatado pela fiscalização (e-fls.02-11) e que neste documento já constava o exercício dos serviços de manutenção, vigilância e portaria, nos termos transcritos:

(...)

Analizando os documentos apresentados: cópias de 03 (três) contratos de prestação de serviço e de notas fiscais de prestação de serviço de janeiro de 2016 a outubro de 2016, verifica-se que as atividades da empresa Condoserra são a prestação de serviço de limpeza, portaria, manutenção e conservação em condomínios por cessão de mão-de-obra. Anexei ao presente as cópias dos contratos e das notas fiscais.

Isto pode ser verificado através das cláusulas dos contratos apresentados e que transcrevo a seguir:

“CONTRATO QUE ENTRE SI CELEBRAM O CONDOMÍNIO PARQUE RESIDENCIAL VALPARAÍSO E A EMPRESA CONDOSERRA SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA, PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO, MANUTENÇÃO HIDRÁULICA, ELÉTRICA, PEQUENOS REPAROS, PORTARIA E ASSESSORIA ADMINISTRATIVA.

(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO O presente contrato objetiva a contratação de uma empresa especializada na prestação de serviços em Condomínios Residenciais, no que diz respeito à portaria, limpeza, Asseio e Conservação, com fornecimento de mão de obra própria, Manutenções Hidráulicas, Elétricas e Pequenos Reparos, Assessoria Administrativa, para o Condomínio Parque Valparaíso, situado na Rua Meaípe, S/N, Valparaíso, Serra, Estado do Espírito Santo.”

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, CONTABILIDADE, ASSESSORIA JURÍDICA E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA DE PORTARIA, ENCARREGADO, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA CONDOMINIAL que fazem de um lado CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO ATIVE CENTRO EMPRESARIAL....(...) ..., doravante denominado, simplesmente CONTRATANTE, e do outro lado CONDONAL SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA. ... (...)...e CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA...(...), doravante

denominadas, simplesmente, CONTRATADAS, tem justo e contratado o que se contém nas cláusulas e condições seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO O presente instrumento por acordo de vontade institui deveres e obrigações se obrigando a CONDONAL à prestação de serviços profissionais de administração direta nas áreas financeira, contabilidade, assessoria jurídica e através de gestão contratual de empresas coligadas dos serviços de manutenção, limpeza e conservação, portaria, arrecadação, controle de inadimplência, cobrança e representação condominial, nos termos e limites contidos neste contrato, preços e condições de acordo com a CLÁUSULA TERCEIRA, adotado para a contratação os critérios da livre concorrência, do lucro justo e de serviços eficientes por preço global de acordo com os serviços contratados, as normas e as especificações contidas neste instrumento e seus anexos, com desempenho de suas funções subordinadas diretamente ao síndico, sem qualquer tipo de vinculação trabalhista ou de exclusividade com o condomínio, através de mão de obra, departamentos próprios, nas áreas administrativa, contábil e jurídica, e de empresas especializadas mediante contratações de serviços específicos nas áreas de conservação, limpeza e manutenção, portaria, cobrança e representação, tudo de acordo com os parágrafos seguintes:

PARÁGRAFO PRIMEIRO: DOS SERVIÇOS CONTRATADOS, DA MÃO DE OBRA E DOS CONTRATOS POR GESTÃO:

Os serviços contratados serão prestados através de quadro próprio de funcionários de acordo com a especialidade de cada profissional e responsabilidade de cada empresa coligada colocados à disposição do condomínio na sede da Condonal, das empresas coligadas e no próprio condomínio; no escritório: oito auxiliares administrativos nas funções administrativas de cobrança, financeiro, orçamentista, lançamento contábil, manutenção, recepção, telefonista, um motoboy e um motorista. Diretamente no condomínio: 03 (três) Porteiros Diurnos, sendo 02 (dois) em escala 12x36 e 01 (um) em escala 44 horas semanais; 02 (dois) Porteiros Noturnos, 03 (três) Auxiliares de Serviços Gerais, 02 (dois) garagistas e 01 (um) encarregado de serviços.

(...)

PARÁGRAFO SEGUNDO - SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO, MANUTENÇÃO E LIMPEZA:

Os serviços de conservação, manutenção e limpeza no condomínio serão feitos pela empresa CONDOSERRA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 20.100.330/0001-66, localizada na Rua Marataízes, 250, sala 203, Laranjeiras-Serra, através de quadro próprio de trabalhadores, encarregados, supervisores em tarefas, turnos, ou turmas, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade ou exclusividade, com o CONTRATANTE correndo por conta da CONDOSERRA, todas as despesas com salários, adicionais legais, encargos sociais, tributários e fiscais, uniformes, transporte e toda as obrigações trabalhistas da categoria.

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE ENTRE SI FAZEM, O CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CENTRO EMPRESARIAL ENSEADA E A CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIO LTDA.

(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA: DO OBJETO

1.1 A CONTRATADA prestará à CONTRATANTE, sem vínculo empregatício e sem caráter de exclusividade, os serviços de Manutenção e conservação das áreas do Condomínio Centro Empresarial Enseada, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade ou exclusividade, correndo por conta desta empresa todas as despesas com salários e encargos sociais, tributários e fiscais, uniformes e tudo quanto for inerente aos trabalhadores em serviços.

1.2 Obedecendo às formalidades legais, o pessoal será todo registrado;

1.3 Executarão os serviços de manutenção geral das áreas comuns, incluindo as garagens, telhados e calhas.”

Pela análise das cópias das notas fiscais de serviço disponibilizadas, verifica-se que na “Discriminação dos Serviços” constantes das mesmas, estão discriminados os seguintes serviços:

- Serviços de locação de mão de obra;
- Manutenção, conservação em área do condomínio;
- Manutenção, conservação e vigias em área do condomínio;
- Manutenção, conservação, auxiliar serviços gerais em área do condomínio;
- Manutenção, conservação, portaria em área do condomínio;
- Manutenção, conservação, vigia noturno em área do condomínio;
- Manutenção, conservação 02 (duas) escalas diurnas e 07 (sete) horas em área do condomínio;
- Manutenção, conservação, vigia diurno em área do condomínio.
- Etc... (...)

A empresa CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA. foi optante, indevidamente, pelo SIMPLES NACIONAL de 09/04/2014 a 26/10/2016, o que motivou a presente Representação objetivando a exclusão do diferenciado regime por “Ato Administrativo praticado pela Receita Federal do Brasil”.

Como retro narrado, a empresa tinha como objetivo social principal a atividade CNAE 81.21-4/00 - **Limpeza em prédios e em domicílios, além de serviços portaria, vigias, manutenção e conservação em condomínios por cessão de mão-de-obra**. Este fato, a prestação de serviços por cessão de mão-de-obra, é cláusula impeditiva à opção pelo “SIMPLES NACIONAL” e motivo para exclusão da empresa do regime especial, conforme previsto no inciso XII, do art. 17 da Lei Complementar 123/2006, transcrito acima.

Assim, ficou claramente evidenciada a infração à legislação tributária, tendo o contribuinte se enquadrado na hipótese de EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL prevista no inciso I, do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (Grifou-se)

Assim, não há que se falar que o acórdão de piso inovou no tocante ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, como alegou a Recorrente.

Além do mais, a decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

Outrossim, 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.

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

Dessa forma, não configurada a inovação, nem o cerceamento ao direito de defesa, a alegada nulidade constitui mero inconformismo. Assim, rejeita-se a preliminar de nulidade.

MÉRITO

Quanto ao mérito, a Recorrente não apresentou nenhum argumento novo ou documento que comprovasse estar equivocada a decisão recorrida, limitando-se a afirmar que os serviços por ela prestados não se enquadrariam na cessão de mão de obra e que não exercia serviços de portaria. Todavia, seus argumentos não se sustentam. Explique-se.

Conforme já relatado, a exclusão da Recorrente do Simples Nacional mediante Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 049, de 15/08/2018, a partir de 01/05/2014 até 25/10/2016, em virtude de ter sido verificada a ocorrência de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra pelo contribuinte, o que é vedado nos termos do pelo art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006 com efeitos a partir de 1º de maio de 2014.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

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; [...]

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o §3º deste artigo, observado o disposto no §1º do art. 3º. [...]

§ 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. [...]

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; [...]

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

§ 2º A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor.

§ 3º A alteração de dados no CNPJ, informada pela ME ou EPP à Secretaria da Receita Federal do Brasil, equivalerá à comunicação obrigatória de exclusão do Simples Nacional nas seguintes hipóteses: [...]

II - inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional; [...]

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; [...]

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

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 (art. 17 e art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Para configuração da operação de cessão ou locação de mão de obra devem estar reunidas concomitantemente as seguintes condições: (a) o trabalho seja executado nas dependências da tomadora/contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados, (b) o trabalhador seja cedido pela prestadora/contratada para ficar à disposição da tomadora/contratante, em caráter não eventual e (c) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da tomadora/contratante relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário.

Consideram-se (a) dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços, (b) serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da tomadora/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 e (c) por colocação à disposição tomadora/contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Na cessão a mão de obra o objeto é que os trabalhadores da prestadora/contratada estão à disposição da tomadora/contratante de serviços, o que significa dizer que pode deles dispor, pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à prestadora/contratada. A mão de obra é originada do chamado "locatio operarum", com característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência desse tipo de contrato.

Na prestação de serviços os trabalhadores simplesmente fazem o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da prestadora/contratada, que está à disposição da tomadora/contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados prestadora/contratada. Em caso de necessidade, é a prestadora/contratada que recebe orientações da tomadora/contratante e as repassa aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo. A tomadora/contratante está interessada no o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da prestadora/contratada.

Na empreitada a característica principal é a predeterminação clara da necessidade a ser atendida e, por consequência, sua finitude. O serviço necessário para produzir o resultado apto a atender a necessidade pode ser antecipadamente dimensionado e especificado. Acrescenta-se, ainda, que a relação de negócio é estabelecida entre tomador/contratante e prestador/contratada e este mantém intacto seu poder de direção, supervisão e gerenciamento da execução dos serviços, direitos estes que não são transferidos nem compartilhados com o tomador, porquanto os trabalhadores não foram colocados à disposição daquele. A de mão de obra tem sua origem no "locatio operis", contrato caracterizado quando as partes objetivam a realização de uma tarefa ou de uma obra, sendo a mão de obra apenas um meio de se alcançar o objeto almejado pelas partes (Solução de Consulta Cosit nº 312, de 06 de novembro de 2014 e Solução de Consulta Cosit nº 19, de 25 de janeiro de 2019).

A Solução de Consulta Cosit nº 57, de 27 de fevereiro de 2015, orienta:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

EMENTA: PORTARIA. ZELADORIA.

Os serviços de portaria e de zeladoria, porque não se confundem com vigilância, limpeza ou conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra, são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar nº123, de 2006, art. 17, XII, art. 18, § 5º-C, VI, § 5º-H; RPS, art. 219, § 2º, I, XX; IN RFB nº971, de 2009, art. 191, § 2º.

No mesmo sentido, ou seja, de que, **o serviço de portaria não se confunde com os serviços de vigilância, limpeza e conservação, portanto não se enquadra na exceção** prevista no inciso VI do §5º-C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e sim na regra prevista no inciso XII do caput do art. 17 dessa mesma lei, cita-se o Ato Declaratório RFB Nº 7, de 10 de junho de 2015.

Neste contexto, analisando as provas dos autos denota-se que os contratos celebrados com CONDOMÍNIO PARQUE RESIDENCIAL VALPARAÍSO, CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO ATIVE CENTRO EMPRESARIAL (em parceria com e CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA.) e CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CENTRO EMPRESARIAL ENSEADA, bem como as notas fiscais apontam que os

serviços prestados pela Recorrente, além de limpeza, conservação e vigilância, são também referentes à manutenção, portaria e vigia. Especificamente quanto aos serviços de portaria e vigia, vale destacar as notas fiscais de e-fls. 140, 146, 162, 163, 181, 185, 186, 197, 203, 219, 220, 238, 242, 243, 277, 285, 295, 306, 313, 324).

Assim, em verdade, as notas fiscais de serviço anexadas aos autos apontam que os serviços prestados pela Recorrente, além de **limpeza, conservação e vigilância**, são também referentes à **manutenção, portaria e vigia**.

Sobre as atividades de porteiros, vigias e afins extrai-se da decisão recorrida:

Destaque-se ainda que a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) identifica em um mesmo código (5174) as ocupações **de porteiros, vigias e afins** e descreve tais atividades da seguinte forma:

Descrição Sumária Zelam pela guarda do patrimônio e exercem a vigilância de fábricas, armazéns, residências, estacionamentos, edifícios públicos, privados e outros estabelecimentos, percorrendo-os sistematicamente e inspecionando suas dependências, para evitar incêndios, roubos, entrada de pessoas estranhas e outras anormalidades; controlam fluxo de pessoas, identificando, orientando e encaminhando-as para os lugares desejados; recebem hóspedes em hotéis; escoltam pessoas e mercadorias; fazem manutenções simples nos locais de trabalho.

Já as ocupações de **vigilante** estão identificadas no CBO 5173, juntamente com os **guardas de segurança**, cujas atividades estão descritas conforme disposto:

Descrição Sumária Vigiam dependências e áreas públicas e privadas com a finalidade de prevenir, controlar e combater delitos como porte ilícito de armas e munições e outras irregularidades; zelam pela segurança das pessoas, do patrimônio e pelo cumprimento das leis e regulamentos; recepcionam e controlam a movimentação de pessoas em áreas de acesso livre e restrito; fiscalizam pessoas, cargas e patrimônio; escoltam pessoas e mercadorias controlam objetos e cargas; vigiam parques e reservas florestais, combatendo inclusive focos de incêndio; vigiam preso; comunicam-se via rádio ou telefone e prestam informações ao público e aos órgãos competentes”.

Destarte, alisando o acervo fático-probatório constantes nos autos, verifica-se que além dos serviços de limpeza e conservação, conforme já mencionado, a Recorrente também prestou serviços manutenção, portaria e vigilância, mediante cessão de mão de obra, o que impede a manutenção da Recorrente pelo Simples Nacional, nos termos do inciso XII do art.17 da Lei Complementar nº 123/2006. Por conseguinte, deve ser mantido o Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 049, de 15/08/2018, a partir de 01/05/2014 até 25/10/2016.

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 complemento as minhas razões, aquelas já expendidas no acórdão recorrido, abaixo reproduzidas:

“Trata-se de processo de exclusão do contribuinte do Simples Nacional, com efeito, a partir de 01/05/2014 até 25/10/2016, em virtude da prestação de serviços, por meio de cessão de mão de obra, atividade vedada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, nos termos do artigo 17, XII.

A Defendente alega que os serviços prestados pela empresa, mediante cessão de mão de obra, foram de manutenção, conservação, limpeza e vigilância, que são atividades expressamente permitidas na Lei Complementar nº 123/2006.

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 artigo 17 c/c o § 5º-C do artigo 18, ambos da LC nº 123/2006) – a empresa prestou, mediante cessão de mão de obra, outros serviços não abarcados pela exceção prevista na referida Lei. Veja-se:

CONTRATO QUE ENTRE SI CELEBRAM O CONDOMÍNIO PARQUE RESIDENCIAL VALPARAÍSO E A EMPRESA CONDOSERRA SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA, PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO, MANUTENÇÃO HIDRÁULICA, ELÉTRICA, PEQUENOS REPAROS, PORTARIA E ASSESSORIA ADMINISTRATIVA.

(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO O presente contrato objetiva a contratação de uma empresa especializada na prestação de serviços em Condomínios Residenciais, no que diz respeito à portaria, limpeza, Asseio e Conservação, com fornecimento de mão de obra própria, Manutenções Hidráulicas, Elétricas e Pequenos Reparos, Assessoria Administrativa, para o Condomínio Parque Valparaíso, situado na Rua Meaípe, S/N, Valparaíso, Serra, Estado do Espírito Santo.”

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, CONTABILIDADE, ASSESSORIA JURÍDICA E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA DE PORTARIA, ENCARREGADO, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA CONDOMINIAL que fazem de um lado CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO ATIVE CENTRO EMPRESARIAL....(...) ..., doravante denominado, simplesmente CONTRATANTE, e do outro lado CONDONAL SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA ...(...)...e CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIOS LTDA...(.), doravante denominadas, simplesmente, CONTRATADAS, tem justo e contratado o que se contém nas cláusulas e condições seguintes:

PARÁGRAFO SEGUNDO – SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO, MANUTENÇÃO E LIMPEZA:

*Os serviços de conservação, **manutenção** e limpeza no condomínio serão feitos pela empresa CONDOSERRA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 20.100.330/0001-66, localizada na Rua Marataízes, 250, sala 203, Laranjeiras-Serra, através de quadro próprio de trabalhadores, encarregados, supervisores em tarefas, turnos, ou turmas, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade ou exclusividade, com o CONTRATANTE correndo por conta da CONDOSERRA, todas as despesas com salários, adicionais legais, encargos sociais, tributários e fiscais, uniformes, transporte e toda as obrigações trabalhistas da categoria.*

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE ENTRE SI FAZEM, O CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CENTRO EMPRESARIAL ENSEADA E A CONDOSERRA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CONDOMÍNIO LTDA.

(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA: DO OBJETO 1.1 A CONTRATADA prestará à CONTRATANTE, sem vínculo empregatício e sem caráter de exclusividade, os serviços de Manutenção e conservação das áreas do Condomínio Centro Empresarial Enseada, sem qualquer tipo de subordinação, pessoalidade ou exclusividade, correndo por conta desta empresa todas as despesas com salários e encargos sociais, tributários e fiscais, uniformes e tudo quanto for inerente aos trabalhadores em serviços.

1.2 Obedecendo às formalidades legais, o pessoal será todo registrado;

*1.3 Executarão os serviços de **manutenção geral** das áreas comuns, incluindo as garagens, telhados e calhas.*

Os demais contratos apresentados pelo contribuinte na presente fase processual (fls. 404/419), no qual se associa, como contratante, à empresa CONDONAL SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO LTDA, também atestam que o sujeito passivo prestou serviços mediante cessão de mão de obra nas atividades de conservação, manutenção e limpeza dos condomínios RESIDENCIAL VALPARAÍSO II e EDIFÍCIO CENTRO EMPRESARIAL. No contrato com o condomínio do EDIFÍCIO CENTRO EMPRESARIAL ENSEADA, o contribuinte prestou os serviços de **manutenção** e conservação.

As notas fiscais de serviço anexadas aos autos apontam que os serviços prestados pelo contribuinte, além de **limpeza, conservação e vigilância**, são também referentes à **manutenção, portaria e vigia**.

Destaque-se que as notas fiscais, na discriminação dos serviços, indicam, em quase sua totalidade, o serviço de manutenção, juntamente com conservação.

No entanto algumas notas fiscais apontam como serviço realizado o serviço de portaria e vigia (fls. 140, 146, 162, 163, 181, 185, 186, 197, 203, 219, 220, 238, 242, 243, 277, 285, 295, 306, 313, 324). Outras indicam apenas “serviço de locação de mão de obra” (fls. 132, 154, 188, 189, 211, 263, 282), que podem estar relacionados com a cessão de mão de pessoal para serviços diversos (por exemplo: pequenos reparos ou assessoria administrativa), conforme consta no contrato celebrado como o CONDOMÍNIO PARQUE RESIDENCIAL VALPARAÍSO.

Quanto a atividade de **portaria**, o ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 7, de 10 de junho de 2015, estabeleceu o seguinte:

Art. 1º É vedada a opção ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) pelas pessoas jurídicas que prestem serviço de portaria por cessão de mão de obra.

Art. 2º O serviço de portaria não se confunde com os serviços de vigilância, limpeza e conservação, portanto não se enquadra na exceção prevista no inciso VI do §5º-C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e sim na regra prevista no inciso XII do caput do art. 17 dessa mesma lei.(g.n.)

Destaque-se ainda que a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) identifica em um mesmo código (5174) as ocupações de **porteiros, vigias e afins** e descreve tais atividades da seguinte forma:

Descrição Sumária

Zelam pela guarda do patrimônio e exercem a vigilância de fábricas, armazéns, residências, estacionamentos, edifícios públicos, privados e outros estabelecimentos, percorrendo-os sistematicamente e inspecionando suas dependências, para evitar incêndios, roubos, entrada de pessoas estranhas e outras anormalidades; controlam fluxo de pessoas, identificando, orientando e encaminhando-as para os lugares desejados; recebem hóspedes em hotéis; escoltam pessoas e mercadorias; fazem manutenções simples nos locais de trabalho.

Já as ocupações de **vigilante** estão identificadas no CBO 5173, juntamente com os **guardas de segurança**, cujas atividades estão descritas conforme disposto:

Descrição Sumária

Vigiam dependências e áreas públicas e privadas com a finalidade de prevenir, controlar e combater delitos como porte ilícito de armas e munições e outras irregularidades; zelam pela segurança das pessoas, do patrimônio e pelo cumprimento das leis e regulamentos; recepcionam e controlam a movimentação de pessoas em áreas de acesso livre e restrito; fiscalizam pessoas, cargas e patrimônio; escoltam pessoas e mercadorias controlam objetos e cargas; vigiam parques e reservas florestais, combatendo inclusive focos de incêndio; vigiam preso; *comunicam-se via rádio ou telefone e prestam informações ao público e aos órgãos competentes.*

Conforme disposto no ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 7, de 10 de junho de 2015, tais ocupações não se confundem e, portanto, não há que se falar que as atividades de porteiro e vigias prestadas pelo sujeito passivo são atividades permitidas pela Lei Complementar nº 123/2006.

Nesse caminho, a Lei Complementar nº 123/2006, ao tratar das vedações relativas às atividades previstas no caput do seu artigo 17 – entre elas *cessão de mão de obra* –, estabeleceu que tais vedações não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem **exclusivamente** às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do seu, também, artigo 18 – entre elas *serviço de vigilância, limpeza ou conservação*.

Lei Complementar nº 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 manutenção, portaria e vigilância, mediante cessão de mão de obra.

Assim, afastam-se as alegações do contribuinte de que não ocorreu a situação do inciso XII do artigo 17 da LC nº 123/2006, sendo cabível a emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 049, de 15/08/2018, porque está de acordo com a legislação do regime simplificado.

Concluo, pois, que os elementos de prova que compõem os autos são suficientemente fortes no sentido de demonstrar que a Recorrente incorreu em vedação à fruição do regime tributário simplificado do Simples Nacional.

Ante o exposto, conduzo meu voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, para negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão de origem, por seus próprios fundamentos.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça