



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17437.720269/2018-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-002.446 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 06 de outubro de 2022
Recorrente SÍRIO CALDERIPE
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA E VIGIA MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

É vedada a opção pelo Simples Nacional de pessoas jurídicas que prestem serviços de portaria e vigia mediante cessão ou locação de mão de obra.

VIGIA. PORTARIA E ZELADORIA. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO COM O SERVIÇO DE VIGILÂNCIA. ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB 7/2015.

A atividade de vigia é aquela exercida por um porteiro, por cessão de mão de obra, não se confunde com os serviços de vigilância, limpeza e conservação; e não se enquadra na exceção prevista no inciso VI do §5º-C do art. 18 da LC 123/2006, e sim na regra do inciso XII do caput do art. 17 da mesma Lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Fellipe Honório Rodrigues da Costa- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral, Fellipe Honório Rodrigues da Costa e Miriam Costa Faccin.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1002-002.446 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 17437.720269/2018-16

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP que, ao apreciar a manifestação de inconformidade apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, julgá-la improcedente.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata o presente processo de Representação Fiscal para exclusão da empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por exercer atividade vedada, prevista no art. 17, XII da Lei Complementar n.º 123/2006.

Na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/7), o Auditor relata que em procedimento fiscal realizado na empresa, constatou que a mesma iniciou suas atividades em 01/06/2008, sob a razão social de Preserv Ltda, tendo como objeto social a “Prestação de serviços de Zeladoria, Portaria e Limpeza de Imóveis”. Em 27/10/2009 a sociedade limitada foi transformada em empresário individual sob o nome empresarial de SIRIO CALDERIPE – ME

No Requerimento de Empresário protocolado em 25/11/2009 na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul descreve como objeto de suas atividades: “Atividade de vigilância e segurança privada, serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais, limpeza em prédios e domicílios”.

No Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ da Receita Federal do Brasil - RFB foi verificado que o contribuinte, para fins de Classificação Nacional de Atividades Econômicas principal - CNAE, se enquadra sob código 81.11-7-00 – “Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais”.

O contribuinte desde sua constituição apurou seus impostos e tributos com base no Regime Especial Unificado de Arrecadação e Tributos devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL.

No exame dos contratos de prestação de serviços relativos aos exercícios de 2011 a 2017, foi constatado que o contribuinte efetivamente teve como atividades principais serviços de limpeza, portaria e zeladoria em prédios comerciais e residenciais. Juntou cópias de contratos de Prestação de Serviços (fls. 12/13 e 15/41) e Notas Fiscais de Serviços Prestados (fls. 69/222).

A Lei Complementar n.º 123/2006, em seu artigo 17, caput, estabelece vedações à opção pelo recolhimento de tributos e contribuições na forma do Simples Nacional. Dentre as vedações, inclui-se a microempresa ou empresa de pequeno porte “que realize cessão ou locação de mão-de-obra”, conforme previsto no inciso XII do referido artigo.

A fiscalização esclarece o significado de cessão de mão-de-obra, transcrevendo os §§ 3º e 4º do art. 31 da Lei n.º 8.212/91, §§ 1º e 2, do art. 219, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, e a definição de serviços de portaria, citando doutrina.

Conclui que as atividades de portaria são realizadas mediante cessão de mão de obra, portanto estão alcançadas pela vedação estabelecida pelo inciso XII do art. 17 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Ressalta que se a microempresa ou empresa de pequeno porte exercer uma única atividade impeditiva, ainda que de forma eventual, qualquer que seja a participação da

respectiva receita no total auferido, terá vedada sua opção ou permanência no Simples Nacional.

Dessa forma, o efetivo desempenho das atividades de portaria mediante cessão de mão de obra impede que o contribuinte seja optante pelo Simples Nacional.

Segundo o art. 30, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 2006, na hipótese do exercício de atividade vedada, o contribuinte deve providenciar a sua exclusão do regime especial, mediante comunicação formal à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A falta desta comunicação impõe a exclusão de ofício, nos termos do art. 29, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Pelo exposto, encaminhou a Representação solicitando os procedimentos com vistas à exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

A Representação foi recebida pela Seção de Orientação e Análise Tributária, da DRF Pelotas, que elaborou o Parecer nº 13 – DRF/PEL/Saort, de 11/10/2018 (fls. 256/261), que acolheu o encaminhamento da auditoria, fixando os efeitos da exclusão da empresa do Simples Nacional a partir de 03 de junho de 2008. Cita legislação.

Propôs a exclusão da empresa do Simples Nacional, com efeitos a partir de 03 de junho de 2008.

Com base na Representação Fiscal e no parecer do SEORT, foi emitido o Ato Declaratório Executivo nº 10/2018, de 11 de outubro de 2018, que declarou:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, desde 3 de junho de 2008, a pessoa jurídica Sirio Calderipe, CNPJ 09.626.125/0001-04, com estabelecimento matriz localizado na Avenida Fernando Osório, nº 2678, Três Vendas, no município de Pelotas (RS), por ter realizado cessão de mão de obra em modalidade distinta das permitidas aos optantes do Simples Nacional.

Esta proibição consta no artigo 15, inciso XXI e § 3º, inciso II da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018 (Lei Complementar nº 123, de 2006, artigo 17, inciso XII e artigo 18, § 5º – H) e o fato foi apurado no Processo Administrativo nº 17437.720269/2018-16.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Inconformada com a exclusão, a empresa apresentou Manifestação de Inconformidade em 26/11/2018 (fls. 270/306), alegando, em síntese:

1. Violação do princípio da legalidade. Impossibilidade de retirada do Simples Nacional. Falta de fato gerador ensejador da referida situação.

Argumenta que para a empresa ser enquadrada no regime do Simples Nacional, deve apresentar sua documentação perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, que reconhecerá se a empresa pode ou não pertencer ao Simples Nacional, assim como somente a Receita Federal poderá dele excluir uma empresa do regime. Ao submeter sua documentação ao exame da Receita Federal, no início de suas atividades em 2008, a empresa foi admitida no regime do Simples Nacional. Dessa forma, não pode o mesmo órgão, de forma abrupta e sem a possibilidade de defesa da empresa, afirmar que ela nunca poderia ser optante do regime do Simples Nacional, porque isso ofende os princípios da legalidade e da segurança jurídica das relações.

Aduz que o próprio CNAE 8.111-7/00, referente à atividade de Portaria, admite como sendo empresa do Simples Nacional, as empresas que prestem o serviço de Portaria.

Alega que, no caso, ocorre flagrante equívoco na interpretação do fato gerador da obrigação tributária, por parte da Receita Federal. O objeto social da recorrente não é, e nunca foi, a cessão de mão-de-obra, uma vez que as empresas que fornecem serviços de portaria, de vigias e funcionários de limpeza e conservação não fazem cessão de mão-de-obra. Isso porque seus funcionários não respondem ao Condomínio, ou pessoas que a contratam, mas sim à própria prestadora de serviços. O uniforme, os materiais, a logística funcional; os materiais são da contratada, e tudo mais, que se referir ao funcionário é determinado pela empresa prestadora, no caso, a ora recorrente.

Aduz que as empresas que prestam esse tipo de serviço vendem serviços específicos de segurança não armada e de limpeza, que não se enquadram na vedação do Simples Nacional.

Portanto, não se trata de cessão ou locação de mão de obra. Trata-se de prestação de serviços e, como não são vigilantes (armados) a empresa restaria enquadrada no Anexo III do Simples Nacional e, dele não pode ser retirada por conta disso.

Ressalta que, para a empresa ser enquadrada no Anexo IV do Simples Nacional, teríamos que supor o § 5º-H do Art. 18 da Lei Complementar nº 123, considera Vigilância como, sendo ela, armada ou não, o que causaria verdadeira confusão criada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional por desconsiderar as disposições da Lei nº 8.863/94, induzindo o contribuinte a erro. Isso porque segundo a referida Lei a atividade de vigilância é a armada, o que não é o caso da impugnante.

A Fazenda Pública não pode, para fins de buscar tributar uma empresa, alterar os conceitos de funções determinadas pelo direito privado, encontrando vedação essa possibilidade na determinação contida no artigo 110 do CTN.

Destaca que limpeza e conservação são serviços distintos de um vigilante armado e, que constam, no mesmo § 5º-H do Art. 18 da Lei Complementar nº 123, como serviços combinados. Separadamente esses serviços pertencem ao Anexo III da Lei do Simples Nacional.

Esses serviços citados nos tópicos anteriores, combinados entre si, ou combinados com os vigias, que são pessoas não armadas, e porteiros, também, seriam e, são, enquadrados no Anexo III da Lei do Simples. Cita jurisprudência.

Assim, demonstrado que a atividade desenvolvida pela Impugnante não se caracteriza como cessão de mão-de-obra, a recorrente deve ser mantida no regime do Simples Nacional, em obediência ao princípio da legalidade.

2. A teoria do Overruling. Sua aplicação no presente caso. Violação da segurança jurídica.

Argumenta que, por ocasião do ingresso da empresa no regime do Simples Nacional em 01/06/2008, data em que foi constituída, a Receita Federal do Brasil, nada informou sobre a vedação à opção, nem, tampouco, negou o ingresso da requerente no regime.

Tendo em vista a questão referente à presunção de veracidade e legalidade dos atos praticados pela autoridade administrativa; confiando a Recorrente que estava agindo dentro da lei, desde a data da sua criação, até a data da presente notificação, que foi em 29 de outubro de 2018, sempre acreditou e, confiou estar agindo corretamente. Assim, caso seja mantida a exclusão, restará ofendido o princípio da segurança jurídica das relações.

Discorre sobre a teoria do “overruling”. Explica que, por essa teoria o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes, de forma que uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores, e afeta, diretamente, o direito a ser aplicado a casos futuros.

No exame do caso concreto, verifica-se que a exclusão da recorrente do Simples Nacional somente poderia ocorrer a partir da sua notificação, no caso em outubro de 2018, pois caso contrário restará ofendido o princípio da segurança jurídica das relações, como também, diante da aplicação da teoria do overruling, poderá haver a quebra da recorrente, surpreendida de forma abrupta, pela nova interpretação pretendida pela Fazenda Nacional.

A Ato Declaratório Executivo n.º 10/2018 teria por base a Consulta COSIT n.º 57/2015, que veio a originar o ato interpretativo RFB n.º 07/2015. Assim, a exclusão só poderia ocorrer a partir da notificação enviada para a recorrente, ou então, somente a partir de 2015.

3. Da prescrição.

Considerando que a pretensão de exclusão da empresa recorrente do Simples Nacional, é pretendida desde a data da sua constituição que seria a data de 01/06/2008, ou então, pretende considerar o período entre 2011 até o ano de 2017, isso importaria em período que, fatalmente, está atingido pela prescrição.

Aduz que o veículo normativo que regulamenta e disciplina a prescrição e decadência tributária é o Código Tributário Nacional, nos seus artigos 174 e 173, respectivamente, sendo que, no lançamento por homologação, para a contagem do prazo decadencial aplica-se o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Cita a Súmula Vinculante n.º 8, do Supremo Tribunal Federal.

Assim, considerando o período pretendido de exclusão, a posterior cobrança dos valores recolhidos no referido período, o prazo decadencial deve ser contado da data da notificação enviada para a recorrente, que foi em 28/10/2018, que, contados 5 (cinco) anos para trás, chegaríamos a 28 de outubro de 2013. O período anterior é decadente, não podendo a impugnante ser prejudicada. Cita inciso XXXVI do art. 5º, da Constituição Federal.

A impugnante entende que a cobrança somente poderia ocorrer com a sua notificação, que ocorreu em 29 de outubro de 2018, ou então, somente a partir de 2015, ano que houve a nova interpretação da Fazenda Nacional sobre o regime de tributação das empresas que tenham por objeto social a atividade de portaria.

Permitir a referida exclusão seria ofender de forma inarredável os princípios da segurança jurídica, da legalidade, da moralidade administrativa e as regras de decadência e prescrição.

4. Da não exclusão do Simples. Obediência às normas editadas pela própria Fazenda Nacional.

Argumenta que desde sua constituição em 01/06/2008 sempre realizou seus atos de acordo com as orientações emanadas dos órgãos fazendários, baseada, sempre no comportamento reiterado administrativo da própria Fazenda Nacional, que nunca, antes, negou para a Recorrente o direito de ser considerada no regime do Simples Nacional.

Nesse passo, considerando o que dispõe os incisos II e III do artigo 100 do CTN e considerando que somente no ano de 2015 houve a mudança de entendimento da Receita Federal quanto ao enquadramento no regime do Simples Nacional, das empresas que prestam serviços de portaria, antes da referida data (2015) não pode haver nenhuma punição contra a recorrente, como está sendo pretendido com a exclusão da empresa do Simples Nacional, até porque a Consulta Cosit e o Ato Interpretativo são normas complementares a legislação tributária, às quais se aplica as regras do artigo 100 do CTN, cuja a vigência é disciplinada pela disposição contida no artigo 103 do CTN.

Alega que não há como manter o Ato de Exclusão da empresa do Simples Nacional no período anterior ao ano de 2015, por ausência de motivo legal

De outra feita, o parágrafo único do artigo 100 do CTN, retira toda e, qualquer possibilidade de se cobrar da recorrente, qualquer multa, juros e, correção monetária, de um suposto crédito que possa vir a ser pretendido de cobrança, ante as razões, e fundamento colocados na presente defesa, que justificam o acolhimento do pedido, aqui ora feito.

5. Da interpretação mais favorável ao contribuinte. Impossível a exclusão do Simples. Somente a partir da notificação.

Argumenta que, pelo exposto, pode-se constatar haver plausibilidade em todas as razões apontadas, até porque não houve de sua parte má-fé, pelo contrário, sempre agiu dentro da mais estrita legalidade, sempre confiando nos atos praticados pela própria Fazenda Nacional. Sempre confiou no fato de que seus lançamentos estavam sendo homologados, não tendo sido notificado de suposto erro de enquadramento.

No caso, a sua exclusão do Simples Nacional somente poderia ser pretendida quando de sua notificação e não da data de sua constituição. Permitir essa exclusão seria violar princípios constitucionais, como o da segurança jurídica das relações, o princípio do ato jurídico perfeito, o princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa, como também as regras de decadência e prescrição.

Ressalta que a norma que alterou o entendimento da Receita Federal é uma norma interpretativa, e a ela se aplica o princípio do “in dúbio pro contribuinte” previsto no art. 106 do CTN, devendo ser considerado também o art. 112 do CTN.

Aduz que a interpretação mais favorável a recorrente seria retirá-la do Simples Nacional somente a partir da sua notificação que ocorreu em outubro de 2018, ou então, somente a partir do ano de 2015, ano que mudou o entendimento da Receita Federal sobre o enquadramento das empresas que prestam serviços de portaria.

Conclui que não há como ser excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo n.º 10, ante as razões e fundamentos apresentados, que demonstram a ilegalidade do ato pretendido, devendo ele ser considerado nulo.

6. Requer:

- a. Seja atribuído ao presente recurso o efeito suspensivo, em obediência ao art. 151, III do CTN e ao Decreto n.º 70.325/72.
- b. Seja o presente recurso provido, mantendo a recorrente no regime do Simples Nacional.
- c. Na eventualidade da empresa ser excluída do Simples Nacional, que a exclusão ocorra somente a partir de 29/10/2018.
- d. Seja reconhecida a decadência ou prescrição sobre o período pretendido contra a recorrente.
- e. Alternativamente, considerando a aplicação da nova interpretação aos dispositivos da Lei Complementar n.º 123/2006, ocorrida em 2015, que seja considerado somente o período a partir desse ano para exclusão da empresa do regime do Simples Nacional.

Na sequência, foi proferido o acórdão recorrido, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade, em suma, sob o seguinte fundamento:

(...)

É certo portanto que os serviços de portaria são serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra e não se enquadram na exceção prevista no inciso VI, do § 5º do art. 18 da Lei Complementar n.º 123/2006, sendo enquadrados na regra prevista no inciso XII do caput do art. 17 dessa mesma Lei.

No presente caso a empresa foi constituída tendo dentre seus objetivos sociais a atividade de prestação de serviços de portaria, conforme Contrato Social registrado na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul em 03/06/2008 (fls. 8/9): (...)

O exercício da prestação de serviços de portaria foi também constatado pela fiscalização através dos contratos de prestação de serviços firmados com condomínios residenciais e empresas para execução de serviços de portaria (fls. 12/13 e 15/41).

Destarte, é irretorquível que o contribuinte exerceu típica atividade de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, atividade incompatível com o Simples Nacional.

Tratando-se de atividade impeditiva à opção ao regime do Simples Nacional, conforme previsto no art. 17, XII da Lei Complementar n.º 123/2006, caberia à empresa, obrigatoriamente, comunicar a sua exclusão do Simples Nacional, nos termos da Resolução CGSN n.º 15/2007, vigente à época: (...)

Como se vê, é obrigação da empresa comunicar a sua exclusão do regime do Simples Nacional, pelo exercício de atividade vedada, situação na qual estará excluída a partir do mês subsequente à ocorrência da situação de vedação. Entretanto, não o fazendo, a empresa sujeita-se à exclusão de ofício por parte da Receita Federal do Brasil (RFB), do Estado ou do Município em que tenha estabelecimento, conforme previsto atualmente nos arts. 83 e 84 da Resolução CGSN n.º 140/2018: (...)

E assim ocorreu. Não tendo a empresa comunicado a sua exclusão, a empresa foi fiscalizada e excluída do Simples Nacional através do Ato Declaratório Executivo n.º 10/2018, que fixou os efeitos da exclusão a partir de 03/06/2008, na forma prevista na alínea "a", do inciso II do art. 84, da Resolução CGSN n.º 140/2018.

Assim, tendo o contribuinte incorrido na vedação ao ingresso e permanência no Simples Nacional disposto no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/2006, e não tendo comunicado o feito, impõe-se sua exclusão de ofício, na forma proposta pelo ADE recorrido.

No entanto, tendo em vista a Manifestação de Inconformidade interposta dentro do prazo legal, a efetividade da exclusão do Simples Nacional somente ocorrerá quando se tornar definitiva a decisão desfavorável ao contribuinte, nos termos da Lei Complementar n.º 123/2006 e Resolução CGSN n.º 140, de 22 de maio de 2018: (...)

Contudo, muito embora a manifestação de inconformidade obstaculize a efetividade do ato de exclusão, importante atentar que este fato não retira o direito do fisco de constituir o crédito tributário, que, no entanto, será dotado de caráter preventivo, conforme esclarece o segundo parágrafo da ementa, já que objetiva unicamente a prevenção quanto à ocorrência da decadência.

Nesse sentido, a Súmula CARF n.º 77:

Súmula CARF n.º 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Aliás, consta do próprio ADE (Art. 4º), que somente seria considerado definitiva a exclusão se não houvesse apresentação de manifestação de inconformidade. Como a Contribuinte apresentou tempestivamente Manifestação de Inconformidade,

efetivamente faz jus à suspensão dos efeitos, até que seja proferida decisão administrativa final.

No que tange aos argumentos relativos à prescrição e decadência dos possíveis débitos lançados a partir da exclusão da empresa do regime do Simples Nacional, trata-se de matéria que deve ser analisada em processo específico, quando do lançamento dos referidos créditos decorrentes da exclusão da empresa do Simples Nacional.

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformada, a recorrente apresentou Recurso Voluntário arguindo, em suma, os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade, já acima mencionados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fellipe Honório Rodrigues da Costa, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo e atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DO MÉRITO

A recorrente não apresentou qualquer argumento que se contraponha ao teor do Acórdão recorrido, repetindo apenas os mesmos argumentos já apresentado na manifestação de inconformidade, ainda que numa versão resumida.

A recorrente não contesta aos fatos narrados pela Fiscalização. Sua defesa concentra-se apenas no argumento de que os trabalhadores que atuam como vigias ou porteiros teriam alguns direitos conferidos àqueles que trabalham como vigilantes, concluindo a recorrente que a atividade de vigia/portaria estaria englobado na atividade de vigilância.

O Acórdão recorrido muito bem rebateu este argumento. Relembrou o relator que o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 10 de junho de 2015 estabelece que o entendimento da RFB sobre o tema está no sentido 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 LC nº 123/2006, e sim na regra prevista no inciso XII do caput do artigo 17 da mesma lei”.

E analisando as provas juntadas aos autos, entendo correta a autuação realizada pela unidade de origem, não merecendo qualquer reparo. A recorrente exerce atividade de vigia/portaria, fato este não contestado, inclusive admite o exercício desta atividade mediante

cessão de mão de obra, embora se utilize de malabarismos hermenêuticos na tentativa de infirmar esse fato ao dispor que: *“os funcionários da recorrente, não são cedidos á contratante, a recorrente é contratada pelo Condomínio, na verdade, o Condomínio, é o tomador de serviços da Recorrente, os funcionários não são cedidos á contratante, não estão subordinados á esta e, justamente, subordinação é a palavra chave para diferenciar, o que é uma terceirização lícita, do que seria uma cessão de mão-de-obra”*.

As atividades de vigia e de vigilante não se confundem. A concessão de direitos aos trabalhadores que exercem estas duas atividades pela Justiça do Trabalho não altera este fato.

A RFB já se manifestou exatamente sobre este assunto em pelo menos duas oportunidades.

A Solução de Consulta COSIT n.º 57, de 27/02/2015, dispendo que os serviços de portaria e de zeladoria não se confundem com vigilância, limpeza ou conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra:

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 n.º 123, de 2006, art. 17, XII, art. 18, § 5º-C, VI, § 5º-H; RPS, art. 219, § 2º, I, XX; IN RFB n.º 971, de 2009, art. 191, § 2º.

O Ato Declaratório Interpretativo RFB n.º 7, de 10/06/2015, citado no Acórdão recorrido, veda as pessoas jurídicas que prestam serviços de portaria por cessão de mão de obra de optarem pelo SIMPLES.

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 n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, e sim na regra prevista no inciso XII do caput do art. 17 dessa mesma lei.

Art. 3º Ficam modificadas as conclusões em contrário constantes em Soluções de Consulta ou em Soluções de Divergência emitidas antes da publicação deste ato, independentemente de comunicação aos consulentes.

Portanto, voto pela manutenção do Acórdão recorrido nos seus termos, inclusive pela ausência de contestação direta, mantendo a exclusão da recorrente do Simples Nacional.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso para, no mérito negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)
Fellipe Honório Rodrigues da Costa- Relator