



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 18470.723125/2019-59  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1001-002.752 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária  
**Sessão de** 9 de novembro de 2022  
**Recorrente** FORTE SERVICE SERVICOS E LOCACAO DE BENS MÓVEIS LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2015

**EXCLUSÃO - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - PORTEIRO E VIGIA**

Comprovado o exercício efetivo de atividade vedada ao regime do Simples Nacional, mantém-se o ato de exclusão, consoante o disposto no inciso XII, do art. 17, da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando do exercício de atividade de cessão ou locação de mão de obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fernando Beltcher da Silva (Presidente), José Roberto Adelino da Silva e Sidnei de Sousa Pereira.

**Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 03-90.779 da 3ª Turma da DRJ/BSB que considerou improcedente a Manifestação de Inconformidade (MI), apresentada, pela ora recorrente, contra o Ato Declaratório Executivo 23 de fl. 48 e fl. 53, que excluiu, a partir de 1º de janeiro de 2015, o contribuinte FORTE SERVICE SERVIÇOS E LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS LTDA do Simples Nacional.

A exclusão deu-se com base na Representação Fiscal – Exclusão do Simples Nacional (fls. 02/07) que concluiu que a empresa prestou serviços de portaria e vigia, as quais

configuram cessão ou locação de mão-de-obra, atividades estas vedadas ao Simples Nacional, desde de dezembro de 2014.

A ora recorrente apresentou a sua Manifestação de Inconformidade (MI) onde alegou que:

Na sequência, protestam que o “Auditor Fiscal limitou-se a alegar que haveria cessão de mão de obra nos serviços prestados, com base nas notas fiscais e contratos que definitivamente não corroboram tal entendimento, razão pela qual é evidente a nulidade absoluta do procedimento pela violação direta aos princípios mais caros ao processo administrativo, bem como pelo fato de que não há que se falar em cessão de mão de obra nas atividades da Manifestante, ante as suas características”; e que “ainda que se entendesse de forma diversa, é forçoso concluir que as atividades desempenhadas pela Manifestante se enquadram no artigo 17, § 2o, da Lei Complementar n.º 123/06, isto é, outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa”.

Aduzem que “a Autoridade Fiscal, ao justificar seu posicionamento, limitou-se a descrever o objeto social da Manifestante, apresentando notas fiscais de serviço, Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social (“GFIP”) e contratos de prestação de serviço, além de afirmar que “mais de 80% dos empregados informados nas GFIP, têm a função de Porteiros e Vigias”, sem declinar qualquer fundamentação para o seu entendimento”; que “a Autoridade Fiscal, sabedora que a Manifestante atua dando “apoio à administração e conservação das instalações dos prédios”, deveria, obrigatoriamente, verificar e comprovar a existência ou não de cessão de mão de obra nos serviços prestados, sendo defesa a mera presunção, tal como ocorrido”; e que “ao se valer de mera presunção, a Fiscalização cerceia o direito de defesa da Manifestante, na medida em que esta fica totalmente impedida de conhecer os reais motivos que levaram a abertura de procedimento de exclusão de ofício do regime do Simples Nacional (se é que existiram)”.

Sustentam que “conforme prevê a Cláusula Terceira do Contrato Social da Manifestante, o real foco da prestação de serviço é “dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios””; que “por ser este o serviço efetivamente prestado pela Manifestante, sua atividade é inquestionavelmente enquadrada em “outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa”, nos termos do § 2º, do artigo 17, da Lei Complementar n.º 123/06”; que “tendo a Autoridade Fiscal entendido que a Manifestante prestaria serviços com cessão de mão de obra, caberia à Fiscalização a comprovação desta situação fática, fundamentando e demonstrando tal decisão”; e que “para desclassificar os serviços prestados pela Manifestante como “outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa”, nos termos do § 2º, do artigo 17, da Lei Complementar n.º 123/06, era imprescindível que houvesse motivação para tanto”.

Argumentam que “sendo certo que a mera presunção não pode servir como fundamento válido para a exclusão de ofício do Simples Nacional, resta caracterizada evidente ofensa ao Princípio da Motivação”; e que “a motivação é condição essencial para a validade de um ato ou de uma decisão administrativa, sem a qual o ato ou decisão será manifestamente nulo.”

Citam doutrina e jurisprudência judicial e administrativa para defenderem que “a partir do momento em que a Fiscalização entende que há cessão de mão de obra única e exclusivamente com base em presunção, enquanto caberia a ela demonstrar e comprovar tal alegação — o que definitivamente não foi feito —, é incontestável a ofensa ao direito de defesa da Manifestante, eis que restaram violados os Princípios da Motivação, do Contraditório e da Ampla Defesa nos termos do artigo 5º. incisos LIV

e LV, da CRFB/88, e artigo 59, inciso 11, do Decreto n.º 70.235/72, razão pela qual a Representação Fiscal ora combatida é flagrantemente nula, devendo, portanto, ser integralmente anulada”.

Pugnam que “as atividades exercidas pela Manifestante podem ser classificadas como "outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa", nos termos do § 2º, do artigo 17, da Lei Complementar n.º 123/06, ou, no máximo, como "manutenção em geral", nos moldes do artigo 18, § 5º-B, inciso IX, da Lei Complementar n.º 123/06, mas jamais como atividade vedada no Simples Nacional”; e que “é forçoso concluir que eventual reclassificação diversa só poderia ocorrer para serviços de vigilância, limpeza ou conservação, a qual é expressamente permitida do âmbito do regime do Simples Nacional”.

Arrazoam que “os contratos firmados pela Manifestante têm por objeto serviços variados, inclusive serviços de vigia”; e que “pela leitura da documentação apresentada durante o procedimento de fiscalização, é verossímil concluir que, caso se entenda que as atividades desenvolvidas pela Manifestante não são "outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa" ou ainda "manutenção em geral" — o que se admite exclusivamente para fins argumentativos —, seria o caso de enquadramento no artigo 18, § 5º-C, inciso VI, da Lei Complementar n.º 123/06, não havendo qualquer característica de cessão de mão de obra.”

Defendem que “não há fundamento fático ou jurídico que permita a Autoridade Fiscal descaracterizar arbitrariamente as atividades exercidas pela Manifestante com o intuito de excluí-la do regime do Simples Nacional, devendo ser acolhida a presente Manifestação de Inconformidade para reconhecer a absoluta improcedência da Representação Fiscal, haja vista que, no máximo, a atividade da Manifestante seria classificada no artigo 18, §5º-C, inciso VI, da Lei Complementar n.º 123/06”.

Explicam que “ao prestar serviços de "apoio à administração e conservação das instalações dos prédios", a Manifestante não cede mão de obra para as tomadoras dos serviços, tendo em vista que os seus empregados envolvidos na prestação dos serviços estão somente a ela subordinados, acatando as determinações por ela impostas”; que “compete única e exclusivamente à Manifestante o fornecimento de todos os meios materiais necessários para o exercício laboral, assim como a supervisão e coordenação de todos os trabalhos realizados.”

Frisam que “eventuais férias de funcionários da Manifestante não interferem em nada os tomadores dos serviços, já que a Manifestante é obrigada contratualmente a manter a prestação dos serviços integralmente”; que “é defeso às tomadoras dos serviços prestados pela Manifestante darem ordens ou orientações aos empregados desta, sob pena de exclusão de quaisquer responsabilidades da Manifestante”.

Concluem que “ainda que seja vencida a preliminar de nulidade suscitada, o que se admite por mera eventualidade, é de reconhecer a total improcedência da Representação Fiscal ora combatida, eis que os serviços prestados pela Manifestante não incluem a cessão de mão de obra, não sendo cabível a sua exclusão do Simples Nacional pela aplicação do artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/06.”

Reclamam que “ainda que se entendesse pela validade do entendimento adotado na Representação Fiscal ora combatida, o que se admite exclusivamente para fins argumentativos, a decisão de excluir a Manifestante do regime Simples Nacional jamais poderia produzir efeitos retroativos”.

Entendem que “em homenagem ao Princípio da Confiança Legítima do Contribuinte, corolário do Princípio da Segurança Jurídica, c/pela aplicação do artigo 100, inciso III e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, c/c artigo 24, caput e

parágrafo único, da LINDB, na hipótese de entender-se como correta a exclusão da Manifestante do Simples Nacional, tal decisão deve produzir apenas efeitos ex nunc”.

Ao final da defesa, os causídicos da empresa pedem que:

1. seja processada e julgada a Manifestação de Inconformidade, “a fim de que preliminarmente, seja reconhecida a nulidade da Representação Fiscal ora combatida, tendo em vista a ofensa ao direito de defesa da Manifestante, eis que restaram violados os Princípios da Motivação, do Contraditório e da Ampla Defesa, nos termos do artigo 5o, incisos LIV e LV, da Constituição da República, c artigo 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235/72”;

2. “caso seja vencida a evidente nulidade que acomete a Representação Fiscal, o que se admite por mera eventualidade, no mérito, deve ser reconhecida a sua total improcedência, (i) eis que as atividades da Manifestante se enquadram no artigo 17, § 2o, da Lei Complementar n.º 123/06, isto é, como outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa, sendo certo que eventual reclassificação das atividades somente poderia ocorrer para "serviço de vigilância, limpeza ou conservação", tal como previsto no artigo 18, § 5º-C, inciso VI, da Lei Complementar n.º 123/06, (ii) bem como estão ausentes os requisitos caracterizadores da cessão de mão de obra nos serviços prestados pela Manifestante, não se justificando a sua exclusão de ofício do regime do Simples Nacional pela aplicação do artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/06”; e

3. “subsidiariamente, caso sejam superados todos os argumentos acima - o que se admite apenas para fins argumentativos - por força do artigo 100, inciso III e parágrafo único, do CTN, c/c artigo 24, caput e parágrafo único, da LINDB, a decisão de exclusão do Simples Nacional deve produzir apenas efeitos ex nunc”.

A DRJ, em julgamento, ocorrido em 16/04/2020, proferiu a seguinte decisão:

Acórdão 03-90.779 - 7ª Turma da DRJ/BSB

Sessão de 16 de abril de 2020

Processo 18470.723125/2019-59

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

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

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Consoante o disposto no inciso XII, do art. 17, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, é cabível a exclusão das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando do exercício de atividade de cessão ou locação de mão de obra.

Cientificada em 06/07/2021 (fl.136), a recorrente apresentou o Recurso Voluntário (RV) em 02/08/2021 (fl. 138).

Em seu RV, a recorrente reitera o que afirmado em sede de MI e que as suas atividades enquadram-se no art. 17, parágrafo 2º, da LC 123/2006 e que:

são absolutamente improcedentes os argumentos do v. acórdão recorrido, tendo em vista que a mera presunção de que os serviços prestados pela Recorrente configuram cessão de mão de obra não é suficiente para fundamentar um ato administrativo de tamanha relevância jurídica, fiscal e, porque não dizer, social, uma vez que, se levada adiante, poderá ocasionar a bancarrota da Recorrente, incluindo o fechamento de vagas de emprego formal e a impossibilidade de cumprimento de obrigações fiscais e trabalhistas, especialmente diante dos severos reflexos da pandemia de COVID-19, que, conforme é de conhecimento geral, já está impactando e impactará por bastante tempo a economia mundial.

Afirma que a decisão deva ser reformada face à nulidade da representação fiscal, da ausência de comprovação da existência de cessão de mão-de-obra, nas atividades desempenhadas pela recorrente por ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos – artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Brasileira e no artigo e 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235/72.

Segundo suas palavras:

No entanto, ao analisarmos de forma cuidadosa a Representação Fiscal originária, verifica-se que a Autoridade Fiscal, ao justificar seu posicionamento, limitou-se a descrever o objeto social da Recorrente, sem declinar qualquer fundamentação para o seu entendimento, juntando notas fiscais de serviço, Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social (“GFIP”) e contratos de prestação de serviço, além de afirmar que “mais de 80% dos empregados informados nas GFIP, têm a função de Porteiros e Vigias”, sem declinar qualquer fundamentação para o seu entendimento.

Ocorre, nobres Julgadores, que a Autoridade Fiscal, sabedora que a Recorrente atua dando “apoio à administração e conservação das instalações dos prédios”, deveria, obrigatoriamente, agir de forma diversa, qual seja, verificando e comprovando o seu entendimento de que haveria cessão de mão de obra nos serviços prestados, sendo defesa a aplicação de mera presunção, tal como ocorrido no caso ora analisado.

...

Se considerássemos que a conduta do Ilmo. Auditor Fiscal estivesse correta, estaríamos permitindo que o mesmo atuasse como verdadeiro legislador, já que seria presumível, a partir de então, que qualquer empresa que atue no mesmo setor que Recorrente somente o faz mediante cessão de mão de obra, sem a necessidade de qualquer comprovação. Um verdadeiro absurdo!

Assim, ao se valer de mera presunção, a Fiscalização cerceia o direito de defesa da Recorrente, na medida em que esta fica totalmente impedida de conhecer os reais motivos que levaram a abertura de procedimento de exclusão de ofício do regime do Simples Nacional (se é que existiram).

Dito de outra forma, o fato de o contrato social da Recorrente prever a execução de serviços de portaria, vigia, entre outros, além da emissão de notas fiscais com a descrição destes mesmos serviços, não implica concluir que tal prestação de serviços ocorreu mediante cessão de mão de obra.

Até porque, conforme prevê a Cláusula Terceira do Contrato Social da Recorrente, o real foco da prestação de serviço é “dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios”. Exatamente por ser este o serviço efetivamente prestado pela Recorrente, sua atividade é inquestionavelmente

enquadrada em “outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa”, nos termos do §2º, do artigo 17, da Lei Complementar n.º 123/06.

Insiste na tese de que houve mera presunção por parte da autoridade fiscal para defender o princípio da fundamentação, da motivação e que este:

decorre do Princípio do Devido Processo Legal, a fim de assegurar outros Princípios, tais como a Ampla Defesa, o Contraditório, o amplo acesso ao Judiciário e a própria necessidade de serem fundamentados os atos administrativos.

Outro não pode ser o entendimento, vez que sem a motivação, princípio implícito na Constituição da República de 1988, violado estará o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, consagrados pelo artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Segue em análise ao referido princípio e cita o art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/72 para alegar que houve a preterição ao direito de defesa, cita jurisprudência judicial.

Cita ainda jurisprudência administrativa para afirmar ter que haver a prova cabal da cessão de mão-de-obra.

Afirma ser improcedente a representação fiscal e que o reenquadramento das atividades da recorrente jamais poderia resultar na sua exclusão do regime. Alega não haver cessão-de-obra o que há é apoio à administração e conservação das instalações dos prédios e que a prestação de serviços em nada se assemelha à cessão de mão-de-obra. Cita jurisprudência do STJ e mais doutrina.

Culmina com as mesmas alegações e requerimentos feitos em sede de MI.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, por força da Portaria 543/2020, em vigor na ocasião, que suspendeu os prazos, para a prática e atende aos demais requisitos determinados pelo Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Inicialmente, ressalto que também não vejo nulidade na decisão da DRJ, tal como não havia no ADE. Não houve preterição do direito de defesa do contribuinte, ao contrário, foram-lhe dados todos os meios de defesa, com a devida base legal e os argumentos que levaram a DRJ a alcançar a sua conclusão. Tanto é assim que produziu a longa peça antes resumida.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade.

Quanto às ilações trazidas pela recorrente quanto aos serviços por ela prestados, reforço que o trabalho efetuado pela autoridade fiscal foi bastante detalhado e destaco que a recorrente apresentou um único contrato sendo que foram-lhe requisitados 7, alegando extravio dos demais. A recorrente poderia ter envidado esforços para obter cópia dos contratos com os seus clientes, afinal de contas trata-se do objeto de sua atividade. Mas, não o fez.

No contrato apresentado, o zeloso agente verificou:

Constatou-se que mais de 80% dos empregados informados nas GFIP, têm a função de Porteiros e Vigias, tal fato foi corroborado pelas informações constantes nas folhas de pagamento apresentadas à fiscalização.

O contrato de Prestação de Serviço datado de 01/07/2009, com o tomador ASSOCIAÇÃO MUNDO NOVO, determina em sua cláusula primeira que o objeto do presente contrato seria a prestação de serviço pela fiscalizada nas dependências do tomador, dos serviços de Porteiro e Vigia. O contrato encontra-se vigente até a presente data de acordo com o que dispõe o item 3.3 do contrato.

...

Na relação de Notas Fiscais apresentadas em resposta ao TIPF, o próprio contribuinte informa tratar-se de serviço de portaria, bem como foi informado na resposta apresentada em solicitação ao TIF n.º 001, tudo isso corroborando o que consta na cláusula terceira do Contrato Social da empresa apresentado à fiscalização, na qual consta como finalidade da sociedade a exploração do ramo de Serviço de Recepção, Portaria, Vigia e outros serviços relacionados para dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios.

A isso, a recorrente deu o nome de presunção de cessão de mão-de-obra, eu entendo que se trata de constatação.

A IN RFB 971/09, art. 115, assim dispõe:

#### Seção II

##### Da Cessão de Mão-de-Obra e da Empreitada

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.

Além disso, temos ainda a solução de COSIT 57/2015, que assim dispõe:

Solução de Consulta n.º 57 - Cosit

Data 27 de fevereiro de 2015

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

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.

A recorrente, em seu RV, permaneceu afirmando, como o fizera em sede de MI, que a autoridade presumiu tratar-se de cessão de mão-de-obra, apesar de as provas juntadas aos autos demonstrarem claramente do que se trata. No caso, caberia a ela provar o contrário como bem o disse a DRJ, cuja decisão peço a devida vênua para aderir com base no art. 50, da Lei 9.784/99, a qual reproduzo parcialmente:

#### Ausência de Provas

No litígio presente nos autos, é importante preambularmente frisar que embora tenha alegado na peça de defesa, a empresa manifestante não apresentou documentos que efetivamente atestassem que a empresa não exercia a atividade vedada ao Simples Nacional de cessão ou locação de mão de obra relativa ao serviço de portaria que foi apontado pela autoridade fiscal.

Salienta-se que é juntamente com sua defesa que o contribuinte deve trazer as provas que possam sustentar suas alegações e, assim, afastar a determinação da autoridade fiscal. Em outros termos, o ônus da prova recai sempre sobre a contribuinte, que deve trazer aos autos elementos que não deixem nenhuma dúvida quanto ao fato questionado.

Com efeito, o conhecimento de afirmações relativas a fatos apresentados na defesa com intuito de contraditar elementos regulares de prova trazidos aos autos pela autoridade fiscal, demanda sua efetiva substanciação por via de outros elementos probatórios, pois sem substrato mostram-se como meras alegações processualmente não acatáveis.

Sobre a apresentação de provas juntamente com a defesa, assim dispõe o Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 373:

#### Código de Processo Civil

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

...

#### Constatação Fiscal

Por outro lado, a autoridade fiscal responsável pela elaboração da 'Representação Fiscal – Exclusão do Simples Nacional' de fls. 02/07 muito bem apontou os motivos que ensejaram o ato de exclusão da pessoa jurídica interessada do regime de tributação pelo Simples Nacional a partir de 1º de janeiro de 2015.

Nessa representação, restou inequívoco que a empresa litigante FORTE SERVICE infringiu as disposições contidas na Lei Complementar n.º 123 de 2006 ao exercer a atividade vedada ao Simples Nacional de cessão ou locação de mão-de-obra, colocando à disposição das empresas contratantes o serviço de portaria:

#### Representação Fiscal – Exclusão do Simples Nacional de fls. 02/07

(...)

1. Trata-se de empresa cadastrada como optante pelo regime do SIMPLES NACIONAL, desde 29/04/2009 (data de sua constituição), tendo como atividade principal o CNAE - 8111700 - Serviços Combinados para Apoio a Edifícios, exceto condomínios prediais.

(...)

4. Mediante o TIF n.º 001, com ciência pessoal em 20/02/2019, foram solicitados os contratos com os tomadores de serviço relacionados abaixo que representavam em torno de 60% da receita bruta do sujeito passivo e as folhas de pagamento no leiaute do MANAD.

DADOS DOS TOMADORES	
ASSOCIAÇÃO MUNDO NOVO	02.791.797/0001-18
COND. PENINSULA LIFE	05.865.906/0001-92
COND. DO EDIFÍCIO SUNPLACE RESID. SERVICE	07.797.472/0001-66
COND. DO EDIFÍCIO VIA BELLA	09.376.009/0001-76
COND. DO EDIFÍCIO PENINSULA FIT	11.234.057/0001-71
COND. DO EDIFÍCIO ROYAL BLUE	20.451.844/0001-66
COND. GRUP.RES.MULTFAM. CAMINHO DO PARK	21.455.942/0001-34

6. De posse dos documentos apresentados pela empresa e das consultas feitas nos sistemas da Receita Federal do Brasil, verificou-se que:

> Nas GFIP's válidas informadas pelo contribuinte seus empregados têm os seguintes CBO - Classificação Brasileira de Ocupação, conforme quadro abaixo.

> Constatou-se que mais de 80% dos empregados informados nas GFIP, têm a função de Porteiros e Vigias, tal fato foi corroborado pelas informações constantes nas folhas de pagamento apresentadas à fiscalização.

> O contrato de Prestação de Serviço datado de 01/07/2009, com o tomador ASSOCIAÇÃO MUNDO NOVO, determina em sua cláusula primeira que o objeto do presente contrato seria a prestação de serviço pela fiscalizada nas dependências do tomador, dos serviços de Porteiro e Vigia. O contrato encontra-se vigente até a presente data de acordo com o que dispõe o item 3.3 do contrato.

...

> Na relação de Notas Fiscais apresentadas em resposta ao TIF, o próprio contribuinte informa tratar-se de serviço de portaria, bem como foi informado na resposta apresentada em solicitação ao TIF n.º 001, tudo isso corroborando o que consta na cláusula terceira do Contrato Social da empresa apresentado à fiscalização, na qual consta como finalidade da sociedade a exploração do ramo de Serviço de Recepção, Portaria, Vigia e outros serviços relacionados para dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios.

6. Baseado no narrado nos itens anteriores, ficou evidenciado que a atividade da empresa fiscalizada seria a cessão ou locação de mão-de-obra, preponderantemente dos serviços de Portaria e Vigia.

7. No artigo 17 da Lei Complementar n.º 123/2006, estão relacionadas as empresas para as quais estão vedadas o ingresso no Simples Nacional. O inciso XII do mesmo artigo dispõe que as empresas que realizem cessão ou locação de mão-de-obra estão vedadas do ingresso no Simples Nacional. Nos parágrafos 1o a 4o do artigo 112 da Resolução CGSN n.º 140 de 22/05/2018 (regulamenta a Lei Complementar n.º 123), encontra-se a definição de cessão ou locação de mão-de-obra, citada no artigo 15 da própria resolução.

8. Considerando que ficou evidenciado que o serviço prestado pela fiscalizada configura cessão ou locação de mão-de-obra de serviços, sendo preponderante o serviço de portaria e vigia, fica a mesma vedada a optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e

Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), tal interpretação encontra-se ratificada no Ato Declaratório Interpretativo - ADI RFB n.º7 de 10/06/2015.

9. O artigo 30 da lei Complementar 123, dispõe sobre as situações nas quais as empresas optantes pelo Simples Nacional deverão comunicar sua exclusão, entre elas destacamos o inciso II, que seriam os casos de vedações citados na própria Lei Complementar. O parágrafo 1o do artigo 30 da Lei Complementar 123 determina que esta comunicação deveria ter sido feita até o último dia útil do mês subseqüente aquele em que ocorrida a situação de vedação, o que na situação em análise não foi efetuada, com isso restou a esta fiscalização a solicitação da exclusão de ofício da fiscalizada baseado no que dispõe o inciso I do artigo 29 da Lei Complementar 123.

(...)

10. Diante o exposto, como a empresa infringiu o inciso XII do Art.17 da Lei Complementar n.º 123/2006 combinado com o inciso II do Art.30 da mesma Lei, proponho fundamentado no art. 29, Inciso I da Lei Complementar n.º 123/2006, sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de janeiro de 2015, nos termos do inciso II do art. 31 da Lei Complementar n.º 123/2006, pois conforme consulta ao sitio da Prefeitura do Rio de Janeiro (Nota Carioca) observou-se que estes serviços estão sendo prestados desde dezembro de 2014.

Na espécie, constata-se, de fato, na cláusula 3ª do ‘Contrato Social’ que faz parte da ‘1ª Alteração Contratual’ da empresa FORTE SERVICE datada de 04/04/2012 e constante às fls. 93 a 97 dos autos, que a finalidade da sociedade é a exploração do ramo de “SERVIÇOS DE RECEPÇÃO, PORTARIA, VIGIA E OUTROS SERVIÇOS RELACIONADOS, PARA DAR APOIO À ADMINISTRAÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DOS PRÉDIOS, BEM COMO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL PRESTADOS PRINCIPALMENTE ÀS EMPRESAS E A LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À EXECUÇÃO DESSES SERVIÇOS.” (Sublinhados acrescidos) Salienta-se que os atos de constituição da sociedade definida pelos sócios deve, obrigatoriamente (inciso II, art. 997 do Código Civil), apontar qual seu objeto social o qual especificará a atividade econômica que será exercida pela sociedade. Em outras palavras, o objeto social deverá indicar com precisão e clareza as atividades a serem desenvolvidas pela sociedade e decorre sempre do acordo de vontades dos sócios da sociedade. No caso, se a cláusula do contrato social e da alteração que estipulam o objeto social não foi alterada pela própria sociedade e encontra-se em vigor, não justifica aceitar as alegações apresentadas de que a empresa não pratica a atividade vedada ao Simples Nacional de cessão ou locação de mão-de-obra. Ademais quando se tem conhecimento que a empresa firmou contrato de prestação de serviços com terceiros fornecendo mão-de-obra para a contratada, com o escopo de prestar, entre outros, o serviço de portaria, conforme apontado pela autoridade fiscal. Oportuno esclarecer no deslinde da questão posta nos autos o significado de cessão de mão de obra e de serviços de vigilância, portaria e zeladoria.

Os §§ 3º e 4º, do art. 31 da Lei 8.212, de 24/07/1991, na redação dada pela Lei 9.711, de 20 de novembro de 1998, estabelecem in verbis:

Lei 8.212/1991

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.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - Limpeza, Conservação e Zeladoria;

II - Vigilância e Segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - Contratação de trabalho temporário na forma da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

(...) (Sublinhados acrescidos)

Por sua vez, o Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999, em seu art. 219, §§ Io e 2o, assim define:

Decreto n.º 3.048/1999

Art. 219...

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

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

I - Limpeza, Conservação e Zeladoria;

II - Vigilância e segurança;

(...)

XX - Portaria, Recepção e Ascensorista;

(...) (Sublinhados acrescidos)

Com efeito, o art. 219, § 2o, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999, ao definir os serviços que são prestados mediante cessão de mão-de-obra, cita em incisos distintos os serviços de "vigilância e segurança" (inciso II) e portaria, recepção e ascensorista" (inciso XX), o que é um indício de que não se confundem.

Comparando-se as atividades de "vigilante" e de "porteiro" na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO/2002), aprovada pela Portaria MTE n.º 397, de 9 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e do Emprego temos que os serviços de vigilância, de fato, têm algo em comum com os de portaria na medida em que ambos, cada qual a seu modo, cuidam da guarda de dependências e do patrimônio do contratante. Mas há diferenças consideráveis: enquanto os de portaria não têm a finalidade de prevenir delitos, os de vigilância não têm a de receber pessoas (prestando informações e orientação), documentos, correspondências ou encomendas, nem a de efetuar pequenos reparos nos locais de trabalho (p.ex. troca de lâmpadas, tomadas ou interruptores).

As diferenças são ainda maiores no que diz respeito às "condições gerais de trabalho", porquanto os vigilantes, segundo a própria CBO/2002, trabalham sob pressão, estando sujeitos a maiores riscos. Sobretudo quanto à "formação e experiência", uma vez que "os vigilantes passam por treinamento obrigatório em escolas especializadas em segurança, onde aprendem a utilizar armas de fogo", requisito evidentemente desnecessário para porteiros. Por fim, quanto à regulação jurídica, os serviços de vigilância (somados aos de segurança) se encontram

disciplinados na já citada Lei n.º 7.102, de 1983, bem como no Decreto n.º 89.056, de 1983, que a regulamenta. Os de portaria, não.

Na realidade, essas diferenças quanto às condições de trabalho, qualificação profissional e regime jurídico de porteiros e vigilantes, fazem com que até mesmo as poucas atividades comuns (defesa lato sensu das dependências) sejam exercidas de forma bastante distinta pelos dois tipos de trabalhadores.

Evidente, portanto, que os serviços de portaria são realizados mediante cessão de mão-de-obra, segundo a definição anteriormente exposta, não se confundindo com os de vigilância.

Salienta-se que, em que pese o art. 18, §5º-C, inciso VI, da Lei Complementar n.º 123/2006 permitir a opção pelo Simples Nacional para as empresas que exerçam as atividades de prestação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação, o §1o, do art. 17, da Lei n.º 123 estabelece que esta atividade deve ser prestada exclusivamente ou em conjunto com outras atividades não vedadas.

Registra-se que a autoridade administrativa fiscal deve cumprir as determinações legais e normativas de forma plenamente vinculada, não podendo, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas da legislação tributária, em estrita observância às disposições do art. 142, § único, da Lei n.º 5.172, de 1966.

Assim, ficando caracterizado nos autos que a atividade de portaria exercida pelo contribuinte caracteriza-se por ser de cessão ou locação de mão de obra, a qual é vedada ao Simples Nacional, correto o ato de exclusão da empresa desse regime de tributação pelo Ato Declaratório Executivo N.º 23/2019 objeto dos autos.

Consequentemente, por todo o conjunto de provas e tendo em vista todas as normas, acima transcritas, levam à conclusão de que a recorrente presta serviços de cessão de mão-de-obra, os efeitos, no caso, não são *ex nunc*, são *ex tunc*, justamente é o que diz o art. 17, inciso XII, da LC 123/2006, já transcrito.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada de preterição do direito de defesa e, no mérito, nego provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do Simples Nacional por exercício de atividade vedada.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva