



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



**Processo nº** 10166.727545/2013-51  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-004.846 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de novembro de 2020  
**Recorrente** ERIDATA TELEINFORMÁTICA LTDA. - ME  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2009

FALTA DE INTIMAÇÃO - VÍCIO SANÁVEL POR COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO CONTRIBUINTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NÃO PREJUDICADOS.

Tendo sido intimado o contribuinte em endereço que não era o seu mas protocolizada e conhecida a manifestação de conformidade, não há qualquer nulidade pois não demonstrado qualquer prejuízo ao contribuinte.

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2009

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O argumento para a exclusão foi que no Contrato Social constava a cessão de mão de obra, que não se verificou. Também a acusação fiscal foi que cláusulas do contrato de prestação de serviço evidenciavam a cessão de mão-de-obra, o que também não se verificou.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bianca Felicia Rothschild - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, José Eduardo Dornelas Souza, Sergio Abelson (suplente convocado(a)), Lucas Esteves Borges, Bianca Felícia Rothschild e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

## Relatório

Inicialmente, adota-se parte do relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

A contribuinte acima qualificada, foi excluída do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/04/2009, conforme Ato Declaratório Executivo nº 49, de 13/09/2013 da DRF/Brasília/DF (fls. 116), tendo em vista o Ofício nº 129/2009/SPOA de fls. 02 e 03, e o Despacho Decisório de fls. 107 a 115, em virtude da falta de comunicação obrigatória da cessão de mão-de-obra, nos termos da vedação prevista no art. 17, inciso XII c/c o art. 29, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 123/2006.

Cientificada em 16/09/2013 (fls. 117), apresentou manifestação de inconformidade em 16/10/2013 (fls. 125-136), alegando, preliminarmente, nulidade do procedimento de exclusão, vez que a intimação por edital via Diário Oficial da União, previstano § 1º, inciso III, do art. 23, somente terá cabimento quando restarem infrutíferas quaisquer formas de intimação previstas no caput do art. 23. Argumentou que nesse caso o comando do art. 23 do Decreto 70.235/72 não foi atendido, tendo em vista que a intimação ocorreu primeira e unicamente por edital. Asseverou que, antes de proceder a intimação por edital, deveria demonstrar a impossibilidade da intimação por uma das três formas (pessoal, postal ou eletrônica). Destacou que jamais teve sua inscrição cadastral declarada inepta perante o cadastro fiscal para que a intimação ocorresse por edital, restando nítido o cerceamento de defesa, invocando o acórdão nº 1801-00.221-1ª Turma Especial, sessão de 17/05/2010 do CARF.

No mérito, argumentou que não se enquadra na situação descrita no art. 17, inciso XII da LC 123/2006, uma vez que a referida norma se dirige àquelas que tenham atividade-fim unicamente de cessão ou locação de mão-de-obra, o que não é o seu caso.

Afirmou que a referida norma se dirige à hipótese de cessão ou locação de mão de obra para atividades próprias dos servidores do Ministério, o que não ocorreu na espécie, conforme noticiado pelo próprio Ministério de Minas e Energia no Ofício 129/2009/SPOA.

Afirmou que o art. 18, § 5º-B, inciso IX, com redação conferida pela Lei Complementar nº 128/2008, foi mais abrangente no sentido de permitir a adesão ao Simples Nacional das empresas prestadoras de serviços, instalação, reparos e manutenção em geral. A lei, na verdade, ampliou a possibilidade de adesão ao Simples Nacional sem impor restrição.

Asseverou que os serviços são prestados de forma preventiva e corretiva. A corretiva engloba atividade de reparo e visa a conservação dos equipamentos, evitando a deterioração e conseqüentemente a necessidade de correção. A preventiva equivale ao termo “operação” descrito no objeto do edital e objeto do contratado. Tanto a “operação” quanto a “manutenção” estão englobadas pela atividade manutenção e reparos em geral, expressa no art. 18, § 5º-B, pelo qual não há impedimento no Simples Nacional.

Asseverou que é inegável que sua atividade não se refere à cessão ou locação de mão-de-obra. Ademais, os códigos das atividades desempenhadas não constam no rol

dos anexos dos CNAEs impeditivos ao Simples Nacional. Já a sua contratação pelo Ministério de Minas e Energia se deu para a prestação de serviços que constam na inscrição cadastral perante a Receita Federal, cujas atividades não se revestem de locação de mão-de-obra e não são vedadas ao Simples Nacional e a contratação visou assegurar a assistência técnica permanente do seu complexo sistema de telefonia. O fato de a empresa disponibilizar um Técnico Especialista em PABX nas dependências do Ministério de Minas e Energia, não pode levar à presunção da existência de cessão de mão-de-obra, consoante a definição do art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91.

Argumentou que o Técnico em PABX se faz necessário em atenção ao termos do edital do pregão eletrônico, bem como pela necessidade da correta prestação dos serviços. Esclareceu, ainda, que a prestação dos serviços contratados pelo Ministério de Minas e Energia se dá através de pessoal especializado e habilitado, contudo, o trabalho desempenhado não ocorre mediante cessão ou locação de mão-de-obra, pois o funcionário do posto fixo de atendimento não está subordinado ao Ministério. Acrescentou que a contratação se deu com a empresa, que é quem responde diretamente pelos serviços objetos do contrato celebrado, não havendo qualquer vinculação entre o Ministério e o Técnico especializado em PABX, que fica nas dependências para a boa execução dos serviços. Argumentou que o importante é o objeto do contrato celebrado entre as partes, que se refere a assistência técnica, sendo este o objeto que deve ser analisado a fim de verificar a possibilidade ou não da permanência no Simples Nacional. Transcreveu jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Por fim, requereu o acolhimento da preliminar de nulidade e, caso não seja este o entendimento, no mérito espera seja cancelado o Ato Declaratório Executivo.

Juntou os documentos de fls. 137 e seguintes.

A decisão da autoridade de primeira instância julgou improcedente a defesa da contribuinte, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE IMPEDITIVA. CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Está impedida de optar ao Simples Nacional a empresa que presta serviços de cessão ou locação de mão-de-obra.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificado da decisão de primeira instancia, o contribuinte apresentou recurso voluntário, repisando os argumentos levantados em manifestação anterior, acrescentando razões para reforma na decisão recorrida.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Bianca Felicia Rothschild, Relatora.

### Recurso Voluntário

O recurso voluntário é **TEMPESTIVO** e, uma vez atendidos também às demais condições de admissibilidade, merece, portanto, ser **CONHECIDO**.

### Fatos

O Ministério de Minas e Energia, através do Ofício 129/2009, consultou A Delegacia da Receita Federal em Brasília sobre legislação tributária aplicável na contratação da contribuinte nos seguintes termos (e-fls. 4 e segs):

Senhor Delegado,

Jose  
Delega

1. Solicitamos sua atenção para a seguinte exposição:
2. A empresa Eridata Teleinformática Ltda., inscrita no CNPJ sob n.º 00.893.372/0001-94, foi contratada pelo Ministério de Minas e Energia, por meio do Pregão Eletrônico n.º 02/2009, para prestação de serviços de operação, manutenção preventiva e corretiva da Central Privada de Comutação Telefônica (CPCT) e sistemas afetos, mediante a disponibilização de um posto fixo de Técnico Especialista em PABX, nas dependências do MME.
3. A empresa Enterpol Administração e Serviços Especializados Ltda., inscrita no CNPJ sob n.º 08.965.970/0001-33, também foi contratada pelo Ministério de Minas e Energia, por intermédio do Pregão Eletrônico n.º 03/2009, para prestação de serviços de copeiragem com fornecimento de material, disponibilizando 17 profissionais alocados em postos fixos.
4. Ocorre que essas empresas, na época da licitação, apresentaram planilhas de custo e formação de preços elaboradas com base no regime de tributação pelo lucro presumido, todavia, quando da apresentação da primeira nota fiscal com a cobrança dos serviços prestados a este ministério, juntaram declaração fornecida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, como optantes do Simples Nacional.
5. Em consulta à Receita Federal essa informação foi confirmada. Assim também os códigos de CNAE e relação de atividade preponderante relacionadas no Anexo V do Decreto de n.º 6.042, de 12.02.2007, constando ali que a empresa Eridata Teleinformática Ltda está assim classificada: **Código 95.11-8-00 - Reparação e manutenção de computadores e de equipamentos periféricos**, e a empresa Enterpol Administração e Serviços Especializados Ltda.: **Código 81.11-7-00 – Serviços combinados para apoio e edifícios, exceto condomínios prediais.**

6. Com a apresentação da declaração de optante pelo Simples Nacional, este Ministério deixou de reter os tributados provenientes da prestação de serviços dessas empresas, haja vista que o inciso XI do art. 3º da IN SRF nº 480/2004, assim diz:

**“Hipóteses em que não haverá retenção**

*Art. 3º Não serão retidos os valores correspondentes ao imposto de renda e às contribuições de que trata esta Instrução Normativa, nos pagamentos efetuados a:*

*XI - pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), de que trata o art. 12 da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação às suas receitas próprias; (Redação dada pela IN RFB no 765, de 2 de agosto de 2007) (Vide art. 4o da IN RFB no 765, de 2 de agosto de 2007).”*

7. Em consulta realizada anteriormente a essa Secretaria, sobre cessão ou locação de mão-de-obra para prestação de serviços de recepcionista, fomos informados através da Solução de Consulta de nº 33-SRRF/1ª RF/Disit, de 27.02.2009, e encaminhada ao MME pelo Ofício de nº 0347/2009-RFB/DRF/BSB/Diort, de que:

“É vedada a adesão ao Simples Nacional de empresas que exerçam a cessão ou locação de mão-de-obra, *in casu*, prestação de serviços de recepcionista. Sendo, por conseguinte, vedada a participação de tais empresas em procedimento de licitação tendo em vista sua irregularidade fiscal:”

8. No entanto, foi localizada publicação no Diário Oficial da União, de 20.01.2009, Seção 3, pág. 205, o extrato do Contrato nº 08/DG/MPDFT/2009, firmado entre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e a empresa Enterpol Administração e Serviços Ltda-ME, cujo objeto é a prestação de serviço de recepcionista no Edifício-Sede do MPDFT (cópia anexa).

10. Considerando o exposto e a vedação ao ingresso no Simples Nacional prevista no inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar de nº 123/2006, e que essas empresas prestam ao Ministério serviços com fornecimento de mão-de-obra, solicitamos nos informar se está correto o enquadramento ao tratamento diferenciado e favorecido dispensado às empresas Enterpol Administração e Serviços Ltda-ME e Eridata Teleinformática Ltda, no caso em questão.

Atenciosamente,



Após a consulta acima, a DIVISÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTARIA – Sacpj, emitiu Despacho Decisório em que propõe a exclusão da empresa citada do Simples.

A contribuinte acima qualificada, foi excluída do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/04/2009, conforme ADE nº 49, de 13/09/2013 da DRF/Brasília/DF (fls. 116), em virtude da falta de comunicação obrigatória da cessão de mão-de-obra, nos termos da vedação prevista no art. 17, inciso XII c/c o art. 29, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 123/2006.

Apesar de seus argumentos de defesa, a decisão de primeira instancia julgou improcedente a manifestação de inconformidade posto que entendeu que os serviços prestados pela Recorrente de fato se tratavam de cessão de mão de obra e, portanto, sujeitos a exclusão do Simples.

A seguir, analisaremos os pontos de defesa oferecidos em sede de Recurso Voluntário.

**Preliminar**

## **Nulidade Do Procedimento De Exclusão Do Simples Nacional Por Vício Insanável Da Intimação**

Conforme o art. 39 da Lei Complementar n.º 123/2006, o contencioso administrativo relativo ao Simples será desenvolvido de acordo com as regras do processo administrativo fiscal do órgão que proceder a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Veja-se que o Decreto n.º 70.235/72 prescreve no parágrafo 1º, do artigo 23 que:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I -pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;(Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

II -por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;(Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:(Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou(Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.(Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:(Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

Alega a Recorrente que, no caso em apreço, constata-se que o comando do art. 23 do Decreto n. 70.235/72 efetivamente não foi atendido, tendo em vista que a intimação da Recorrente ocorreu primeira e UNICAMENTE por edital publicado no Diário Oficial da União ("D.O.U").

Neste sentido, defende que a d. Fiscalização não se atentou aos comandos do art. 23 do Decreto n.º 70.235/72 que preveem a forma correta de se proceder à intimação do contribuinte, no caso a Recorrente, que por certo culmina em nulidade insanável do ato administrativa de intimação por edital via Diário Oficial da União re21lizado pela autoridade fiscal.

A decisão de primeira instancia, se limitou a tratar o assunto de forma demasiadamente simplória ao se manifestar, vejamos

Com efeito, vigora a esse respeito a teoria do prejuízo, ou seja, somente se a forma de intimação adotada resultasse em prejuízo à defesa da contribuinte é que padeceria de nulidade. No caso, a impugnante produziu copiosa e erudita manifestação, por meio de seus ilustres patronos, demonstrando ter conhecimento na sua integralidade dos motivos que ensejaram a sua exclusão do Simples Nacional, de forma a não restar dúvidas de que não foi prejudicada pela forma de intimação levada a efeito pela autoridade fiscal. Logo, é de se indeferir a preliminar arguida.

Ou seja, somente haveria vício de nulidade caso a intimação causasse prejuízo à defesa do contribuinte.

Como se observa pela legislação acima colacionada, o edital é meio de intimação supletivo, de modo que somente caberia sua utilização para ciência do ADE de exclusão na hipótese de insucesso dos meios ordinários de intimação pessoal, via postal ou eletrônica.

No entanto, tendo em vista que houve apreciação dos argumentos de defesa do contribuinte pela instância a quo, que foram amplamente expostos e reafirmados em sede de Recurso Voluntário, não há sentido em considerar o vício insanável.

Entendo que o direito processual avança no caminho da simplicidade das formas, com vistas à primazia do juízo de mérito e solução material da lide, finalidade do processo. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil traz dispositivos que materializam recursos processuais voltados à desvalorização e enfrentamento do formalismo excessivo.

Neste sentido, o NCPC determina:

Art. 938. [...]

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá no julgamento do recurso.

Ademais, O NCPC afirma que, havendo, em recurso tempestivo, defeito formal que não se repete grave, o STJ e o STF poderão desconsiderá-lo ou, ainda, mandar saná-lo, procedendo ao julgamento de mérito, vejamos:

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...)

§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repete grave.

Sendo assim, entendo que aplica-se aqui, o chamado princípio da primazia da resolução do mérito e a sanabilidade dos vícios processuais, que apesar de ainda não estar positivado no direito processual fiscal encontra base no direito processual civil e seus avanços recentes (Novo Código Processo Civil).

Aproveito para citar as palavras da ilustre Conselheira, Letícia Domingues Costa Braga, que nos autos do Processo 10120.728985/2013-51 (Ac. 1401-002.687 de 14 de junho de 2018) bem explorou o tema:

**Da preliminar - Nulidade de julgamento - intimação por edital**

Pois bem, cumpre ressaltar que a decisão de primeira instância apreciou o recurso da contribuinte tendo sido ementada da seguinte forma:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2007*

*SALDO NEGATIVO DE IRPJ. PARCELAS DE COMPOSIÇÃO NÃO CONFIRMADAS. Não comprovada a existência das parcelas de composição do direito creditório declarado pelo contribuinte, é impossível homologar as compensações declaradas.*

*RETENÇÃO EM FONTE. COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA. O imposto de renda retido na fonte sobre quaisquer rendimentos somente poderá ser compensado na declaração de pessoa física ou jurídica, se o contribuinte possuir comprovante de retenção emitido em seu nome pela fonte pagadora dos rendimentos.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito Creditório Não Reconhecido*

Ou seja, apesar da alegação da contribuinte de nulidade do feito, sua manifestação de inconformidade foi devidamente recebida e julgada.

Ocorre que a intimação da Contribuinte, realmente foi feita de forma equivocada. Contudo, apesar disso, foi apresentada manifestação de inconformidade dentro do prazo legal e devidamente apreciada pela DRJ competente.

Se houvesse a contribuinte alegado qualquer prejuízo pela falta de intimação válida, ou, ainda se tivesse juntado aos autos, mesmo que extemporaneamente documentação comprobatória de seu direito, deveria o julgador, por força do contraditório e ampla defesa, aceitar tais documentos.

Ou ainda, quem sabe se a contribuinte tivesse apresentado sua defesa fora do prazo, ou tivesse requerido dilação do prazo mediante comprovação de que o edital foi afixado em local de difícil acesso e que não teve ciência da intimação em tempo hábil.

Porém, o que se verifica no presente auto é que a contribuinte apresentou sua regular manifestação de inconformidade, sem lograr êxito em apresentar a documentação comprobatória suficiente e, ainda, apresentou recurso voluntário alegando tão-somente a nulidade do processo pelo vício da não intimação.

Cumprir observar que a nulidade pela falta de intimação não é absoluta e pode ser sanada pela apresentação espontânea do contribuinte.

Se essa foi prejudicada por prazo a menor, deveria ter arguido tal fato em sua defesa, e não simplesmente argumentar que o processo é inválido se teve oportunidade de se defender, através da competente manifestação de inconformidade e, ainda, quando da interposição do Recurso.

A ausência de intimação, a princípio, constitui vício que levaria ao retorno do processo à Unidade preparadora para a realização do ato.

Contudo, tal procedimento somente encontraria fundamento na hipótese de que a contribuinte não houvesse apresentado sua competente defesa, ou que tivessem alegado qualquer prejuízo em decorrência do vício processual.

É imperioso o reconhecimento, no caso, de que a ausência de intimação foi plenamente suprida pela apresentação espontânea da manifestação de inconformidade por parte da recorrente, na mesma linha de raciocínio que fundamenta o art. 239, §1º do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao PAF ("*§1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução*").

Ademais, tal apresentação, sem a alegação de qualquer prejuízo, conduz à preclusão do direito de os responsáveis, posteriormente, virem a suscitar o vício, até em respeito ao dever de boa-fé que, nas palavras de Fredie Didier Jr (*Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: Juspodium, 2016. vol. 1, p. 409), "*impede que a parte guarde na 'algibeira' a alegação de nulidade, para momento futuro, tornando instável o processo*".

Como sabido, para o reconhecimento do vício processual, é imprescindível a existência de prejuízo à parte, o que, nem de longe, vislumbra-se nos presentes autos.

Na lição do mesmo autor (op. cit., p. 410):

*"A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (pas denullité sans grief). A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo. Sempre mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, ou as chamadas nulidades absolutas.*

### **Mérito**

Em relação ao mérito, a Recorrente alega que a situação não se enquadra na situação descrita no art. 17, inciso XII da LC 123/2006, uma vez que referida norma se dirige àquelas empresas que tenham como atividade fim unicamente a cessão ou locação de mão de obra.

A norma em comento se dirigiria à hipótese de cessão ou locação de mão de obra para a execução das atividades próprias dos servidores do Ministério Consultante, o que não teria ocorrido na espécie, uma vez que, conforme noticiado pelo próprio Ministério de Minas e Energia no Ofício n.º. 129/2009/SPOA, a Recorrente foi contratada para *"prestação de serviços de operação, manutenção preventiva e corretiva a Central Privativa de Comutação Telefônica (CPCT) e sistemas afetos, mediante disponibilização de um posto fixo de Técnico Especialista em PABX, nas dependências do MME."*

De fato, notem que o § 1 do art 17 da LC n.º 123/2006, excepciona algumas situações quanto à exclusão do Simples, ao assim dispor:

"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."**

E diz o art. 18, § 5º-B, inciso IX, com redação conferida pela Lei Complementar 128/2008, que:

"Art. 18 (...)

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, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;"**

Como se vê, a LC n.º 128/2008 foi abrangente no sentido de permitir a adesão ao Simples Nacional das empresas prestadoras dos serviços de instalação, reparos e manutenção em geral.

A Receita Federal do Brasil identificou quais seriam os pressupostos essenciais à caracterização do serviço de cessão de mão de obra na Solução de Consulta n.º 312/2014 da Cosit, nos seguintes termos:

### **Solução de Consulta n.º 312 – Cosit Data 6 de novembro de 2014**

**6. Por essa razão, é fundamental compreender o conceito de cessão de mão de obra para aplicação correta da legislação que dispõe sobre a referida retenção.**

7. Pois bem, a Instrução Normativa RFB n.º 971, de 2009, ao definir cessão de mão de obra, praticamente adota o mesmo texto do § 1º do art. 219 do RPS, de 1999. Entretanto, conceitua as expressões “dependências de terceiros”, “serviços contínuos” e “colocação à disposição” (art. 115, §§ 1º, 2º e 3º), da seguinte forma (sublinhou-se): 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.

8. Depreende-se do art. 115 que estará configurada a cessão de mão de obra, se reunidas, concomitantemente, as seguintes condições, todas conceituadas nos seus §§ 1º, 2º e 3º, acima transcritos:

- a) o trabalho seja executado nas dependências da contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados;
- b) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da contratante;
- c) o trabalhador seja cedido pela contratada para ficar à disposição da contratante, em caráter não eventual.

9. Em que pese na cessão de mão de obra ser necessário que os serviços sejam prestados nas dependências da contratante ou de terceiros por ela indicados, é importante frisar que essa condição, por si só, não é determinante para sua ocorrência. Para que ocorra a cessão de mão de obra é necessário, ainda, que a empresa contratada coloque seus trabalhadores à disposição da empresa contratante, para realizarem serviços contínuos.

9.1. No que diz respeito ao requisito de que “os serviços prestados devem ser contínuos”, não há dificuldade de entendimento, pois a conceituação de “serviços contínuos” dada pela Instrução Normativa é bastante esclarecedora. Porém, com relação ao requisito de que devem ser “colocados trabalhadores à disposição da empresa contratante”, percebe-se que a conceituação de “colocação à disposição” dada pelo § 3º do art. 115 da Instrução Normativa requer do intérprete o perfeito entendimento gramatical das palavras “dispor”, “disposição” e “ceder”.

9.2. Pois bem, de acordo com o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, versão multiusuário 2009.3 – de novembro de 2009, os significados das palavras “dispor”, “ceder” e “cessão”, aplicáveis à definição de cessão de mão-de-obra, são os seguintes: a) dispor: ser possuidor de (algo), ex.: dispor de empregados; utilizar (algo) que não lhe pertence; ter controle sobre (algo); controlar, dominar, mandar; b) ceder: transferir (a alguém) posse ou direito sobre (algo); abrir mão de; renunciar; colocar

(algo) à disposição de (outrem); emprestar; c) cessão: ato ou efeito de ceder; cedência, cedimento; transferência de posse ou direito.

10. Conclui-se, assim, que quando uma empresa cede trabalhadores a outra empresa, ela transfere a essa outra empresa a prerrogativa que era sua de comando desses trabalhadores. Ela abre mão, em favor da contratante, do seu direito de dispor dos trabalhadores que cede; abre mão do seu direito de coordená-los. Dizer, então, que trabalhadores de uma empresa contratada estão à disposição de uma empresa contratante de serviços significa dizer que essa empresa contratante 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 empresa que os cedeu. Nesse tipo de contrato o objeto é a mão de obra. Nesse tipo de contrato a empresa contratante define a quantidade de trabalhadores que ela necessita para executar serviços que são de sua responsabilidade.

11. Por outro lado, se os trabalhadores simplesmente fizerem o que está previsto em contrato firmado entre as empresas, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, ou melhor dizendo, se a empresa contratante de serviços não puder deles dispor, não puder coordenar a prestação do serviço, não ocorre “o ficar a disposição” e, por conseguinte, não ocorre a cessão de mão de obra nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991. Nesse tipo de prestação de serviço é a empresa contratada que, por força do contrato firmado, está à disposição da empresa contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados a ela; nesse tipo de prestação de serviço, se houver necessidade, é a empresa contratada que receberá orientações da empresa contratante e as repassará aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo; a empresa contratante não está preocupada com a mão de obra, no que diz respeito à quantidade de trabalhadores que irão executar o serviço; para ela não interessa se, por exemplo, serão dois, três, ou dez trabalhadores, pois essa definição caberá à empresa contratada; para ela o que interessa é o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da empresa contratada.

Pelos trechos acima transcritos, verifica-se que o requisito essencial para definir a natureza do contrato de cessão de mão de obra é a identificação de quem coordena a prestação de serviço. Em outras palavras, é imprescindível quem coordena a prestação de serviço. Isso porque, no contrato de cessão de mão de obra, quem dá as ordens é a empresa contratante. Como bem destaca a Solução de Consulta, nesse tipo de contrato o objeto é a mão de obra. Na prestação de serviço, por sua vez, é a empresa contratada que, por força do contrato firmado, está à disposição da empresa contratante e não seus empregados.

Expostos esses requisitos é imprescindível que se verifique, no contrato de deu origem à Representação, quais as obrigações da contratante e contratada, respectivamente.

#### CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA — DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

Constituem obrigações específicas da Contratada, sem prejuízo das obrigações estabelecidas nas normas leais e técnicas aplicáveis a este Contrato e aos serviços nele previsto:

(...)

d) instruir, seus empregados e prepostos a se adequarem às normas disciplinares, regimentais e de segurança do Contratante **sem, contudo, manter qualquer vínculo empregatício com o mesmo;**

(...)

g) responder por danos materiais ou físicos, causados por seus empregados ou prepostos, diretamente ao Contratante ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo;

(...)

i) responsabilizar-se pelo ônus resultante de quaisquer ações, demandas, custos e despesas decorrentes de danos, ocorridos por culpa sua ou de qualquer de seus empregados e prepostos, obrigando-se, outrossim, por quaisquer responsabilidades decorrentes de ações judiciais movidas por terceiros, que lhe venham a ser exigidas por força de lei, ligadas ao cumprimento deste Instrumento;

j) manter seus empregados sob seu vínculo empregatício exclusivo, estando em dia com todos os encargos e obrigações previstas na legislação social, trabalhista e previdenciária em vigor, fazendo a comprovação, a qualquer tempo, quando solicitado pelo Contratante;

(...)

m) arcar com todas as despesas decorrentes da execução dos serviços, tais como salários, encargos trabalhistas, sociais e previdenciários, seguros, taxas, impostos e contribuições, indenizações, transporte, alimentação, uniformes e outras que pôr ventura venham a ser criadas ou exigidas por Lei;

(...)

hh) responsabilizar-se por todos os serviços não explícitos nestas especificações, mas necessários ao perfeito funcionamento das instalações;

ff) responsabilizar-se por quaisquer acidentes sofridos pelos empregados, quando em serviço; por tudo quanto às leis trabalhistas e previdenciárias lhes assegurem;

jj) responder exclusivamente por toda e qualquer movimentação de equipamentos e materiais, seja a partir dos locais onde os trabalhos estejam sendo executados, seja de estabelecimentos próprios ou de terceiros, acobertando-a por Nota Fiscal específica, conforme determinações legais vigentes, bem como pelo ônus resultante de infração cometida e seu integral cumprimento e recolhimento no prazo legal;

#### CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA — DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATANTE

Constituem obrigações do Contratante:

a) permitir o acesso dos empregados da empresa prestadora de serviço às suas dependências para execução dos serviços contratados, quando necessário;

b) prestar as informações e os esclarecimentos que venham a ser solicitado pelos empregados da empresa prestadora de serviço;

c) assegurar-se da boa prestação dos serviços, verificando sempre o bom desempenho da Contratada;

d) assegurar-se de que os preços contratados estão compatíveis com aqueles praticados no mercado pelas demais empresas que executem serviços similares ao objeto deste Contrato e do Termo de Referência, de forma a garantir que sejam mais vantajosos para a Administração;

e) fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pela Contratada, inclusive quanto à continuidade da prestação dos serviços que, ressalvados os casos de força maior, justificados e aceitos pelo MME, não deve ser interrompida;

f) emitir, por intermédio da Divisão de Telefonia, relatórios sobre os atos relativos à execução do Contrato, em especial, quanto ao acompanhamento e fiscalização da prestação dos serviços, à exigência de condições estabelecidas e à proposta de aplicação de sanções;

g) tornar disponível as instalações e os equipamentos necessários à prestação dos serviços, objeto deste Contrato;

h) relacionar as dependências das instalações físicas, bem como os bens de sua propriedade colocados à disposição da Contratada, durante a execução dos serviços, com a indicação do estado de conservação;

i) acompanhar e fiscalizar o andamento dos serviços, por intermédio da Divisão de Telefonia;

De acordo com as cláusulas acima transcritas, verifica-se que a coordenação e responsabilização da prestação de serviço ficava a cargo da contratada. Tal situação descaracteriza, nos termos da Solução de Consulta Cosit 312/2014, o referido contrato como contrato de cessão de mão de obra.

É importante ressaltar que os critérios adotados na Solução de Consulta Cosit 312/2014 encontram respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282 do STF. 2. Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros. 3. Não há, assim, cessão de mão-de-obra ao Município na atividade de limpeza e coleta de lixo em via pública, realizada pela própria empresa contratada, que, inclusive, fornece os equipamentos para tanto necessários. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 488027 / SC, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 14/06/2004 p. 163)

Por fim, a jurisprudência desse Conselho também tem adotado o referido critério de distinção, conforme se verifica pelas ementas abaixo transcritas:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES) Ano-calendário: 2005 SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. ATIVIDADE VEDADA. ÔNUS DA PROVA. A mera menção de que a empresa exerce de atividade vedada ao regime do SIMPLES é insuficiente para a sua exclusão sendo da Administração Tributária o ônus de demonstrar por outros meios de prova o efetivo exercício de atividade vedada. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ÔNUS DA PROVA. Cabe à Administração Tributária o ônus de comprovar a presença dos requisitos indispensáveis à caracterização de cessão de mão-de-obra, quais sejam, os trabalhadores devem ser colocados à disposição da empresa contratante, os serviços prestados devem ser contínuos, a prestação de serviços deve se dar nas dependências da contratante ou na de terceiros com transferência do poder de comando sobre os empregados da empresa contratada para a empresa contratante (Acórdão 1002-001.281, Sessão 07/05/2020)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF) Ano-calendário: 2002 SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. Não sendo o objeto social da empresa a locação de mão de obra, esta só se caracteriza se efetivamente comprovada a prática da cessão de mão de obra a terceiros para a execução de serviços sob sua exclusiva direção e supervisão. O simples fornecimento de mão de obra para a execução de direta dos serviços pelo contratado não caracteriza locação de mão de obra. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. SERVIÇOS COMPLEMENTARES À CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO

**CARACTERIZAÇÃO.** A vedação prevista no inciso V do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 é expressamente dirigida à atividade de construção de imóveis, compreendendo a construção e ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo. Não havendo nos autos quaisquer elementos de que possa se inferir que a contribuinte tenha participado na execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, não se caracteriza a vedação prevista no inc. V do art. 9º da Lei do Simples. A prestação de serviços de escavação ou mesmo de terraplenagem, isoladamente, não caracteriza a execução de obra de construção civil, nos termos previstos na vedação legal. (Acórdão 1302- 003.645, Sessão 12/06/2019)

O que se verifica no caso em apreço é a que contratação realizada pelo Ministério de Minas e Energia visou assegurar assistência técnica permanente do seu complexo sistema de telefonia, conforme a justificativa de contratação constante do ANEXO I AO CONTRATO Nº 19/2009-MME, que acompanha a presente Manifestação. Vejamos, a seguir:

*"O sistema telefônico em apreço, em face de sua complexidade — tecnológica e operacional — exige da Administração atenção especial no sentido de assegurar-lhe assistência técnica permanente, compreendendo serviço contínuo de manutenção preventiva e corretiva, de modo a garantir sua total performance e regular funcionalidade, conforme recomendação do fabricante."*

O fato de a Recorrente disponibilizar um Técnico Especialista em PABX nas dependências do Ministério de Minas e Energia não pode levar a presunção de existência de cessão ou locação de mão de obra, cuja vedação se tem na LC n.º 123/2006.

O art. 31, § 3, da Lei 8.212/91 define cessão de mão de obra como espécie de prestação de serviço em que os segurados são colocados à disposição do tomador de serviços, que poderá utilizar o serviço de acordo com suas conveniências e necessidades.

Nesse aspecto, é essencial que haja subordinação do segurado ao tomador de serviços para que se configure a cessão de mão de obra, o que não é o caso presente.

O Técnico especialista em PABX se faz necessário em atenção aos termos do Edital do Pregão Eletrônico 02/2009-MME, bem como pela necessidade da existência de um Técnico para a correta prestação do serviço contratado, qual seja, de *"prestação de serviços de operação, manutenção preventiva e corretiva da Central Privativa de Comutação Telefônica (CPCT) e sistemas afetos"*.

A prestação dos serviços contratados pelo Ministério de Minas e Energia se dá através de pessoal especializado e habilitado para tanto, contudo, o trabalho desempenhado não ocorre mediante cessão ou locação de mão de obra, pois o funcionário do posto fixo de atendimento não está subordinado ao Ministério de Minas e Energia.

A contratação do Ministério de Minas e Energia se deu diretamente com a Recorrente, que é quem responde diretamente pelos serviços objetos do contrato celebrado, não havendo qualquer vinculação entre o Ministério e o Técnico especializado em PABX que simplesmente fica em suas dependências para a boa execução dos serviços.

Por todo o exposto entendo não configurado a cessão de mão-de-obra, de modo que a Recorrente não incidiu na vedação prevista no art. 17, inciso XII c/c o art. 29, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, e portanto voto em dar provimento ao recurso.

### **Conclusão**

Desta forma, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário, rejeitar a preliminar de nulidade, para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO**.

(assinado digitalmente)

Bianca Felícia Rothschild.