



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.734861/2019-74
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.848 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 08 de março de 2022
Recorrente COQUEIRO PEREIRA CONSULTORIA EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

A pessoa jurídica que realize cessão ou locação de mão-de-obra não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BSB/DF nº 71, de 26.09.2019, com efeitos a partir de 01.01.2017, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fls. 454-456:

Art. 1º EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples

Nacional – a pessoa jurídica COQUEIRO PEREIRA CONSULTORIA EIRELI, CNPJ n.º 04.927.866/0001-01, em razão do disposto no art. 17, inciso XII, e no art. 18, § 5º-H, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, e no art. 15, inciso XXI e § 3º, da Resolução do CGSN n.º 140, de 2018.

Parágrafo único. É cabível manifestação de inconformidade, no prazo de 30 dias, contado da data da ciência desse ato, à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília.

Art. 2º A exclusão tem efeitos a partir de 01/01/2017, data da opção pelo regime, considerando que sobreveio prestação de serviço de recepcionista mediante cessão de mão de obra em junho de 2016, além da prestação de serviço de secretariado, recepcionista, copeiragem e garçom no decorrer dos anos de 2017, 2018 e 2019, atividades vedadas aos optantes do regime nos termos do art. 17, inciso XII, e do art. 18, § 5º-H, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, e do art. 15, inciso XXI e § 3º, da Resolução do CGSN n.º 140, de 2018.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 6ª Turma DRJ/POA/RS n.º 10-69.233, de 27.05.2020, e-fls. 479-492:

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A constitucionalidade das leis é vinculada para a Administração Pública.

EXCLUSÃO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE TEMPESTIVA. EFEITO SUSPENSIVO.

A manifestação de inconformidade apresentada tempestivamente suspende os efeitos do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

PRODUÇÃO DE PROVAS.

A produção de provas deve obedecer às disposições da legislação que rege o processo administrativo fiscal no âmbito federal.

PEDIDO DE PERÍCIA. NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO.

O pedido de perícia efetuado pelo contribuinte sem a exposição de motivos que o justifiquem, sem a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, e sem o fornecimento do nome, endereço e qualificação profissional do seu perito, deve ser considerado não formulado.

PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE.

Inexiste previsão no julgamento de primeira instância para uma audiência de instrução em que sejam colhidos depoimentos pessoais. [...]

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

É vedada a opção pelo Simples Nacional de Pessoas Jurídicas que prestem serviços mediante cessão ou locação de mão de obra.

SIMPLES NACIONAL. EFEITOS DA EXCLUSÃO

A exclusão do Simples Nacional produz efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte da ocorrência da situação de vedação.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 29.04.2021, e-fl. 494, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 26.05.2021, e-fl. 496-521, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

I. DA PRELIMINAR DE MÉRITO – DA VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL [...]

O indeferimento de perícia indispensável ao esclarecimento dos fatos, deve ser anulado, tendo em vista que a Recorrente, em sua manifestação de inconformidade, expôs de modo objeto os motivos que justificavam a produção da prova pericial. [...]

O contribuinte, ora Recorrente, tem direito à realização de perícia, para esclarecimento da realização de atividade vedada, envolvendo as notas fiscais de fornecedores e os contratos administrativos que foram anexados aos autos.

Desse modo, há flagrante ofensa ao 5º, incs. LIV e LV da CF/88, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/99, visto que o acórdão recorrido viola as garantias constitucionais que asseguram aos litigantes de processo administrativo e judicial, o devido processo legal, com direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por esse motivo, é nula a decisão administrativa que indeferiu o pedido de exame pericial sem motivá-lo de forma apropriada, reconhecendo que o pedido formulado pela Recorrente é inteiramente compatível com o processo em comento, encontrando expressa previsão no art. 16, IV Decreto n. 70.235/72.

Configurado o cerceamento de defesa, face ao indeferimento de perícia indispensável ao esclarecimento dos fatos, deve ser anulado o procedimento administrativo, a partir do ato que indeferiu a perícia, por ser medida de direito e justiça.

II. DOS FATOS E DAS RAZÕES DE INCONFORMISMO [...]

O presente processo, que abrange a análise da exclusão do da Recorrente do Simples Nacional no período de 01/01/2017 a 31/05/2019, foi inaugurado com a representação da Controladoria- Geral da União – CGU, comunicando que firmou contrato administrativo com a Recorrente para a prestação de serviços contínuo de secretariado nos imóveis ocupados pela CGU em Brasília e nos Estados do Rio de Janeiro, Roraima e Amapá, com vigência a partir de 01/06/2018.

Além disso, em nome da Recorrente há outro processo administrativo, o de nº 10166.729525/2016-67, que trata da exclusão da empresa em razão da inclusão no seu contrato social da prestação de serviço mediante cessão de mão de obra e da existência de contratos firmados sob o regime de cessão de mão de obra, no período de 01/01/2013 a 31/07/2016.

Em virtude da prestação de serviço realizada na CGU, de acordo com as apurações da 6ª Turma de Julgamento, estaria caracterizado por parte da Recorrente o exercício de atividades voltadas à cessão de mão de obra, previstas no art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, o que não lhe permitiria o recolhimento de impostos e contribuições na forma do SIMPLES NACIONAL.

Em razão do exposto, a Recorrente foi excluída do SIMPLES NACIONAL, *ex officio*, com efeitos retroativos à data de 01.01.2017, pela falta de comunicação obrigatória de exclusão do referido regime de tributação.

Entretanto, o objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e o CGU não é a locação de mão-de-obra, mas a prestação de serviço especializado de secretariado, motivo pelo qual não precisaria, no ato da assinatura do contrato administrativo, se desvincular do regime diferenciado de tributação.

Reafirma-se que os objetos dos CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS executados pela Recorrente, precedidos de licitação pública, não se confundem com os institutos jurídicos da CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Ademais, a menção de atividades de recepção, telefonista, garçom, secretaria, manobrista, ascensorista e copeira no objeto do Contrato Social da Recorrente, tidas como impeditivas pela RFB, não devem servir de motivo suficiente para a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Isso porque não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer disposição normativa que tenha criado a presunção de que tais atividades estejam intrinsecamente caracterizadas como cessão de mão de obra, como consignado no acórdão recorrido.

Evidencia-se que a Instrução Normativa IN RFB nº 971, de 2009, não traz a referida presunção, visto que dispõe que os serviços somente estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de- obra.

À guisa dessa previsão, o Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, prevê, no § 2º do art. 219, que somente os serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção.

Por conseguinte, registra-se que o próprio acórdão recorrido consignou que o que caracteriza a cessão ou locação de mão de obra é a sujeição dos empregados às ordens do tomador de serviços (subordinação). No entanto, não há qualquer elemento de prova que ateste o efetivo exercício das atividades de cessão de mão-de-obra e a subordinação presumida pela decisão em debate.

A bem da verdade, a decisão guerreada se fundamenta em mera presunção ao consignar que as atividades executadas no contrato administrativo da CGU e previstas no Contrato Social da Recorrente estariam intrinsecamente relacionados à cessão ou locação de mão de obra. [...]

Ora, Excelências, o contrato administrativo celebrado com a CGU não prevê a atividade de locação de mão-de-obra e, portanto, não possui qualquer atividade vedada ao regime de tributação adotado pela Recorrente. [...]

Além disso, o contrato social da Recorrente também não prevê a atividade de locação de mão-de-obra e, portanto, não possui qualquer atividade vedada. [...]

Não há respaldo mínimo que possa lastrear as acusações lançadas pelo órgão acusador, tendo em vista que a simples previsão no contrato social de atividades tida por ele como “impeditiva”, não constitui fato impeditivo para manutenção da empresa no Simples Nacional.

Nessa senda, salienta-se que este douto Conselho Administrativo de Recurso Fiscais possui firme entendimento de que, para fins de verificação da ocorrência de vedação ao Simples Nacional, o importante é o exercício da atividade e não a sua mera previsão no contrato social.

Por conseguinte, o próprio acórdão recorrido evidencia que o contrato celebrado com a CGU e os demais contratos apresentados pela Recorrente tratam-se de contratos de prestação de serviços e não de contratos de cessão ou locação de mão de obra.

Nesse diapasão, cita-se que, em que pese sustentar que seria legítima a presunção de que a Recorrente exerceria tais atividades, ela não pode ser obrigada a provar que não as exerceu mediante locação de mão-de-obra, já que trata-se de prova de fato negativo, também conhecida como prova diabólica.

Sob outra ótica, ao contrário do que consignou o acórdão recorrido, não é da Recorrente o ônus de provar que ela não exerceu as atividades mediante locação de mão-de-obra.

Isso, pois, foi o Fisco quem procedeu com a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, sem contar com qualquer elemento de prova que atestasse que a ela teria exercido qualquer atividade mediante a locação de mão-de-obra.

Portanto, é do Fisco e não da Recorrente o ônus de provar que foi exercida qualquer atividade mediante a locação de mão-de-obra e dele o Fisco claramente não se desincumbiu, tendo, inclusive, expressamente consignado que esse ônus seria da Recorrente. [...]

Portanto, é do Fisco e não da Recorrente o ônus de provar que foi exercida qualquer atividade mediante a locação de mão-de-obra e dele o Fisco claramente não se desincumbiu, tendo, inclusive, expressamente consignado que esse ônus seria da Recorrente.

Sob outra perspectiva, o ACÓRDÃO 10-69-233 – 6ª TURMA DA DRJ/POA denota a confusão de conceitos de cessão e locação de mão-de-obra ao atribuir idêntico efeito jurídico a todos os contratos em que haja cessão de mão de obra.

Contudo, a prestação de serviços de secretariado prestado pela Recorrente à CGU pode se dar mediante a cessão de mão-de-obra sem que isso imponha a exclusão da Recorrente do SIMPLES.

É que, nesse caso, tratar-se-ia de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra e não de locação ou cessão pura e simples da mão-de-obra, sendo que tais conceitos e os seus efeitos jurídicos são distintos e não se confundem.

De outra banda, sob o manto dos Princípios constitucionais da LEGALIDADE e da SEGURANÇA JURÍDICA, a exclusão do Simples Nacional imposta à Recorrente não apresenta correspondência no ordenamento jurídico que validamente ampare a situação fática examinada pelo ACÓRDÃO 10-69-233 – 6ª TURMA DA DRJ/POA.

Assim, em que pese a 6ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre, mediante o ACÓRDÃO 10-69-233, ter confirmado a exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL, a referida decisão deve ser reformada, consoante os fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos:

III. DA PREMISSE EQUIVOCADA SOBRE A QUAL SE FUNDAMENTA O ACÓRDÃO RECORRIDO [...]

Percebe-se que o acórdão recorrido incorre em equívoco ao confundir os conceitos de cessão e locação de mão de obra e ao lhes atribuir idênticos efeitos jurídicos, visto que a referida decisão parte da premissa de que, uma vez cedida a mão de obra, haveria vedação à opção pelo SIMPLES.

Contudo, a prestação de serviço de secretariado, objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e a CGU e os serviços mencionados no contrato social da Recorrente podem se dar mediante a cessão de mão-de-obra sem que isso imponha a exclusão da Recorrente do SIMPLES.

Tal se dá quando a atividade se realizar por meio da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra e não de locação ou cessão pura e simples da mão-de-obra, sendo que tais conceitos e os seus efeitos jurídicos são distintos e não se confundem. [...]

Contudo, cumpre ressaltar que, diversamente do alegado, nos contratos anexados aos autos, se contratou a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, a vista disso, os contratos possuem por objeto a prestação de serviços especializados à Administração Pública.

Além disso, ao contrário do que registrou o ACÓRDÃO 10-69-233, a simples previsão no contrato social das atividades de prestação de serviços de recepção, telefonista, garçom, secretaria, manobrista, ascensorista e copeira não leva à exclusão da Recorrente do SIMPLES.

Pela leitura do acórdão recorrido, constata-se que o mesmo tratou as atividades de recepção, telefonista, garçom, secretaria, manobrista, ascensorista e copeira como intrinsecamente caracterizadas como cessão de mão-de-obra.

Contudo, essa simples premissa não possui o condão de excluir a Recorrente do SIMPLES, visto que não há vedação para que ela formalize contratos com terceiros cujo o objeto seja a prestação de serviços de recepção, telefonista, garçom, secretaria, manobrista, ascensorista e copeira mediante a cessão de mão de obra, afinal, tais hipóteses tratam de prestação de serviços e não de locação ou cessão de mão-de-obra pura e simples. [...]

Ressalta-se que na locação de mão-de-obra, a condução dos trabalhos corre por conta da tomadora dos serviços e as pessoas envolvidas no desenvolvimento das tarefas subordinam-se, administrativamente, a essa empresa. Logo, a locadora, no caso, age simplesmente, como um "ente facilitador" que busca atender às necessidades do contratante.

De outro modo, na prestação de serviços, a empresa que presta o serviço tem pleno controle administrativo sobre o pessoal envolvido no desenvolvimento da tarefa, não cabendo à empresa tomadora do serviço qualquer poder de subordinação sobre as pessoas envolvidas no trabalho.

IV. DO ÔNUS DA PROVA

O artigo 142 do Código Tributário Nacional, ao atribuir a competência privativa do lançamento a autoridade administrativa, igualmente, exige que nessa atividade o fiscal autuante descreva e comprove a ocorrência do fato gerador do tributo lançado, identificando perfeitamente a sujeição passiva [...].

Nesse contexto, rememore-se que o acórdão recorrido registrou que seria legítima a presunção de que a Recorrente exerça atividades mediante a cessão ou locação de mão de obra e de que seria dela o ônus de provar que não exerceu.

Todavia, consoante ao que prevê o art. 142 do CTN, no processo administrativo fiscal o ônus da prova é do autor, portanto, do Fisco, e não do sujeito passivo. [...]

Sob essa perspectiva, salienta-se que o ônus da prova no processo administrativo fiscal é regulado pelos princípios fundamentais da teoria da prova, expressos no Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis ao processo administrativo fiscal.

E nos termos do inc. I do art. 373 do Código de Processo Civil vigente, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Desse modo, o ônus de provar que foi exercida qualquer atividade mediante cessão ou locação de mão de obra, pura e simples, é do Fisco e não da Recorrente, devendo ser frisado que o Fisco claramente não se desincumbiu de seu ônus.

V. DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INTEPRETAÇÃO EXTENSIVA. PROVA DIABÓLICA. VERDADE REAL

O acórdão recorrido se fundamentou na proposição de que seria legítima a presunção de que a Recorrente exerceria atividades empresariais mediante a cessão ou locação de mão de obra.

Aí reside o cerceamento do direito de defesa da Recorrente, visto que, conforme defendido no tópico anterior, o ônus de prova do exercício efetivo de atividades vedadas pela LC 123/2006 é do Fisco e não do sujeito passivo.

No entanto, verifica-se que o julgador de piso inverteu o ônus da prova, arbitrariamente, e sem prévia comunicação à Recorrente.

Desse modo, a Recorrente foi surpreendida pela inversão do ônus da prova promovida pelo julgador, em evidente afronta ao princípio do contraditório substancial.

Desse modo, há flagrante ofensa ao 5º, incs. LIV e LV da CF/88, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/99, visto que o acórdão recorrido viola as garantias constitucionais que asseguram aos litigantes de processo administrativo e judicial, o devido processo legal, com direito à ampla defesa e ao contraditório.

Salienta-se que a regra do sistema processual administrativo é o da oportunização ao contraditório, mormente, no seu parâmetro substancial em qualquer instância administrativa, com respaldo nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Acrescenta-se o fato de que o ACÓRDÃO 10-69-233 interpretou extensivamente o art. 17, inciso, XII, da Lei Complementar nº 123/2006, ao afirmar que as atividades de recepção, telefonista, garçom, secretaria, manobrista, ascensorista e copeira estariam intrinsecamente caracterizadas pela cessão de mão de obra.

Dessa forma, a decisão recorrida incorre em flagrante equívoco exegético, pois, sendo o art. 17, inciso, XII, da Lei Complementar nº 123/2006, uma norma excepcional, deve ser ela interpretada estritamente, ou seja, ela não comporta interpretação extensiva, tal qual fora dada pelo acórdão recorrido.

E ainda sob essa perspectiva, deve ser ressaltado que a Recorrente não pode ser obrigada a provar que não exerceu atividades impeditivas ao Simples Nacional, já que trata-se de prova diabólica, cuja produção se revela impossível.

No caso dos autos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo, que consiste na locação ou cessão de mão de obra. Portanto, o ônus de prova é do Fisco e não da Recorrente.

É importante realçar que os atos administrativos, em especial quando editados com a finalidade de restringir direitos dos administrados, devem respeitar as garantias constitucionais destes, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Todavia, não é o que se constata na hipótese dos autos, em que é flagrante a arbitrária inversão do ônus probatório.

Acrescenta-se que a simples menção das atividades de recepção, telefonista, garçom, secretaria, manobrista, ascensorista e copeira no objeto do Contrato Social da Recorrente, tidas como impeditivas pela RFB, não servem como motivo suficiente

para a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, pois tais atividades também podem ser realizadas mediante a prestação de serviços mediante a cessão de mão-de-obra.

Nesse contexto, é necessário frisar que o Princípio da Verdade Real obriga que outras provas sejam consideradas além do contrato social da Recorrente.

Ademais, não é porque lá constam que efetivamente são exercidas e, conforme entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para fins de verificação da ocorrência de vedação ao Simples Nacional, o importante é o exercício da atividade e não a sua mera previsão no contrato social.

Logo, a premissa sobre a qual se fundamenta o acórdão recorrido é deveras equivocada, pois além do Fisco ter deixado de se desincumbir do ônus que lhe toca de comprovar o efetivo exercício das atividades supra, ele também deixou de comprovar que a Recorrente teria realizado locação ou cessão de mão-de-obra.

Nesse cenário, ressalta-se que a presunção de legitimidade dos atos administrativos não prevalece quando ao administrado é impossível desincumbir-se do ônus da prova de que sua atuação ocorreu de forma lícita.

E em se tratando de atividade estatal sancionadora, cabe à Administração comprovar a ocorrência da situação fática motivadora da exclusão do Simples Nacional, que, *in casu*, não restou comprovado, já que o acórdão recorrido simplesmente se absteve a redistribuir o ônus de prova à Recorrente.

À vista disso, é importante mencionar que a exclusão do Simples Nacional promovida pela autoridade administrativa se baseia única e exclusivamente na menção de atividades no contrato social da Recorrente, o que denota a total inidoneidade dos motivos ensejadores da exclusão, bem como inteira ausência de justa causa.

VI. DA AUSÊNCIA DE EXERCÍCIO EFETIVO DE ATIVIDADES IMPEDITIVAS

Desde logo — sem prejuízo do enfrentamento específico de cada imputação lançada na peça vestibular —, esclarecer que a prestação de serviço de secretariado, objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e a CGU e os serviços mencionados no contrato social da Recorrente não são classificadas como atividades impeditivas ao Simples Nacional.

No entanto, percebe-se que o acórdão interpreta tais atividades como impeditivas sob o argumento de que estariam intrinsecamente caracterizadas como cessão de mão de obra.

Porém, não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer disposição normativa que tenha criado a presunção de que tais atividades estariam intrinsecamente relacionadas à cessão ou locação de mão-de-obra, pura e simples.

Nessa senda, registra-se que a Instrução Normativa IN RFB nº 971, de 2009, não traz a referida presunção, visto que dispõe que os serviços somente estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão de obra.

A partícula condicional "se" torna evidente que aqui não há lugar para ilações, conjecturas e presunções, já que transmite a ideia de que as atividades podem ou não serem desenvolvidas mediante a cessão de mão-de-obra pura e simples.

À guisa da referida previsão normativa, o § 2º do art. 219 do Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, prevê que somente os serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção.

Daí também se infere que a prestação de serviço de secretariado, objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e a CGU e os serviços mencionados no contrato social da Recorrente não estão intimamente ligadas ao modo de prestação de serviços de cessão e locação de mão-de-obra.

Além disso, o simples fato de constar em seu objeto social atividades que seriam supostamente classificadas como impeditivas não justifica a imediata exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

Nesse sentido, salienta-se que a Administração Tributária, em julgados administrativos e em consultas, possui posicionamentos favoráveis à Recorrente, no sentido de que, para fins de verificação da ocorrência de vedação ao Simples Nacional, o importante é o efetivo exercício da atividade, e não sua mera previsão no contrato social [...]

Mediante o exposto, foram reforçados mais dois motivos que também desautorizam a exclusão da Recorrente do Simples Nacional: o de que as atividades, por si só, não são tidas como impeditivas, e o de que somente o efetivo exercício de atividade impeditiva é que seria hábil para justificar a exclusão do SIMPLES.

VII. DA NATUREZA DAS ATIVIDADES

A proposição articulada pelo acórdão recorrido de que a prestação de serviço de secretariado, objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e a CGU e os serviços mencionados no contrato social da Recorrente estariam intrinsecamente relacionados à cessão ou locação de mão-de-obra não prospera.

Isso porque não se configura locação de mão-de-obra a prestação de serviço na qual não há relação de pessoalidade e subordinação entre o empregado da prestadora e a tomadora do serviço [...].

Portanto, se este próprio Conselho Administrativo de Recurso Fiscal admite a possibilidade de não haver relação de pessoalidade e subordinação na relação entre empregado e tomadora, não há espaço para a presunção criada pelo acórdão recorrido de que a natureza das atividades mencionadas estariam intrinsecamente relacionadas à cessão e à locação de mão-de-obra.

A prestação de serviço de secretariado, objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e a CGU pode ser facilmente prestado sem a alegada necessária cessão de mão-de-obra, pura e simples, a exemplo da prestação de tais serviços remotamente, via tele atendimento, sem que haja pessoalidade e subordinação entre prestador e tomador, em evidente hipóteses que afastam o argumento de que as atividades de recepção estariam intrinsecamente caracterizadas pela cessão de mão-de-obra.

VIII. O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS PELA RECORRENTE.

O princípio da VERDADE REAL obriga que outras provas sejam consideradas, além do contrato social da Recorrente. Nesse sentido, observe-se que, para fins de enquadramento da Empresa Recorrida nas vedações descritas no art. 17, XII, da Lei Complementar 123/06, informa-se que a Empresa Recorrente não fez constar em seu objeto societário a expressão cessão ou locação de mão-de-obra.

Assim, para fins de comprovação do elemento caracterizador da atividade principal da Empresa Recorrente, não pode a RFB pressupor que a prestação de serviço de secretariado, objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e a CGU e os serviços mencionados no contrato social da Recorrente são exercidos mediante cessão ou locação de mão-de-obra.

No caso dos autos, a fim de afastar a natureza de cessão e locação de mão-de-obra das atividades exercidas pela Empresa Recorrente, a RFB analisou equivocadamente os Contratos Administrativos Banco do Nordeste nº 2018/080, AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR n. 50/2015, MRE n. 01/2017 e MINISTÉRIO DA CULTURA nº 015/2016 e o próprio contrato da CGU nº 10/2018, por ela trazidos, e atestou que todos possuíam locação de mão de obra, quando, em verdade possuem por objeto a prestação de serviços especializados.

Conclui-se, assim, que objeto do contrato celebrado entre a Recorrente e a CGU e os serviços mencionados no contrato social da Recorrente insere-se no conceito de prestação de serviços, em virtude do que não serve de óbice à adesão ao Simples Nacional.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

IX. DO PEDIDO

Ante o exposto, a Recorrente requer seja reconhecido o cerceamento de defesa, face ao indeferimento de perícia indispensável ao esclarecimento dos fatos, sendo o processo anulado o procedimento administrativo, a partir do ato que indeferiu a perícia.

Sucessivamente, seja recebido, conhecido e dado provimento ao presente recurso voluntário para que seja reformada a decisão de primeira instância ora recorrida e, conseqüentemente, seja cancelado o ato declaratório executivo de exclusão do SIMPLES questionado.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

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

Delimitação da Lide

Conforme princípio de adstrição do julgador aos limites da lide, a atividade judicante está constricta ao exame das questões conflituosas referentes à exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional fixada na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (art. 15, art. 141 e art. 492 do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal - Decreto nº 70.235, de 02 de março de 1972).

A Recorrente informa que no processo nº 10166.729525/2016-67 foi formalizada a exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Federal no período de 01/01/2013 a 31/07/2016, conforme previsto na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Trata-se de matéria estranha ao presente processo.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação a direitos fundamentais.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

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

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Diligência

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelecem que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito com inserção de todas as teses de defesa e instruída com os todos documentos em que se fundamentar. Opera-se a preclusão do direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, nos termos do art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que determinam critérios de aplicação do princípio da verdade material.

Assim, tendo em vista o princípio da concentração da defesa, a manifestação de inconformidade deve conter todas as matérias litigiosas e instruída com os elementos de prova em que se justificar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais. A lei prevê meios instrutórios amplos para que o julgador venha formar sua livre convicção motivada na apreciação do conjunto probatório mediante determinação de diligências quando entender necessárias com a finalidade de corrigir erros de fato e suprir lacunas probatórias.

As autoridades administrativa e julgadora de primeira instância analisaram detidamente todos os elementos constantes nos registros internos da RFB e aqueles colacionados em sede de manifestação de inconformidade. Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo, a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

Súmula CARF nº 163

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

A realização desse meio probante é prescindível, uma vez que os elementos produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio e formação do livre convencimento motivado do julgador. A justificativa arguida pela Recorrente, por essa razão, não se comprova.

Atividade Econômica de Cessão ou Locação de Mão de Obra

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

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

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

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

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

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

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

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra; [...]

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

§ 5º-C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser

recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis: [...]

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação. [...]

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

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

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

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

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

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

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos: [...]

II - na hipótese do inciso II do *caput* do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva; [...]

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

A pessoa jurídica que realize cessão ou locação de mão-de-obra não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (art. 17 e art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

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

Consideram-se (a) dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços, (b) serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da tomadora/contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores e (c) por colocação à disposição tomadora/contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Na cessão a mão de obra o objeto é que os trabalhadores da prestadora/contratada estão à disposição da tomadora/contratante de serviços, o que significa dizer que pode deles dispor, pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em

contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à prestadora/contratada. A mão de obra é originada do chamado "locatio operarum", com característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência desse tipo de contrato.

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

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

No Contrato Social da Recorrente de 2018 está descrito, e-fl. 206:

CLÁUSULA SEGUNDA

Seu objeto social é a prestação de serviços de: Telemarketing, marketing em Turismo, Cursos de Qualificação Profissional, Seleção de Pessoas, Serviços de Escritório, Apoio administrativo tais como fotocópias e preparação de documento e digitação, serviços especializados de limpeza sem desratização e dedetização, conservação, segurança e vigilância desarmada, apoio administrativo para terceiros, recepção, telefonista, garçom, secretária, manobrista, ascensorista, copeira, jardinagem, locação de carros, com e sem motoristas, montagem e desmontagem de estruturas metálicas fixas, montagem de móveis e divisórias, digitadores, administração predial e serviços de informação.

No Contrato Social da Recorrente de 2019 está registrado, e-fl. 211:

CLÁUSULA PRIMEIRA

Seu objeto social passa a ser a prestação de serviços de Telemarketing, marketing em Turismo, Cursos de Qualificação Profissional, Seleção de Pessoas, Serviços de Escritório, Apoio administrativo tais como fotocópias e preparação de documento e digitação, serviços especializados de limpeza sem desratização e dedetização, conservação, segurança e vigilância desarmada, apoio administrativo para terceiros, recepção, telefonista, garçom, secretária, manobrista, ascensorista, copeira, jardinagem, locação de carros, com e sem motoristas, montagem e desmontagem de estruturas metálicas fixas, montagem de móveis e divisórias, digitadores, administração predial e serviços de informação, (CNAE PRINCIPAL 82.20-2-00 e CNAE SECUNDÁRIO 78.20-5-00).

No Contrato de Prestação de Serviços nº 2018/080 consta, e-fl. 79:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

O presente Contrato tem por objeto a prestação de serviços de copeira, com a utilização de Unidades de Serviço (US), para o Ambiente de Representação e Assessoria Político Institucional, localizado em Brasília — DF, conforme distribuição e especificações constantes do Edital, deste Instrumento e de seus Anexos.

No Termo de Contrato de Prestação de Serviços nº 50/2015 está detalhado, e-fls.

107:

1. CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO

1.1. O objeto do presente instrumento é a contratação de serviços de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de apoio administrativo, nas funções de Secretária I e Auxiliar de Serviços Operacionais para atendimento às necessidades materiais, acessórias, instrumentais e complementares aos assuntos que constituem área de competência dos setores da ANS em seu escritório na cidade de São Paulo, que serão prestados nas condições estabelecidas no Termo de Referência, anexo do Edital.

No Termo de Contrato de Prestação de Serviço com disponibilização de Mão de Obra em regime de dedicação exclusiva está consubstanciado, e-fls. 115-116:

1. CLÁUSULA PRIMEIRA — OBJETO

1.1. O objeto do presente instrumento é a contratação de serviços de ASSISTENTE ADMINISTRATIVO que serão prestados nas condições estabelecidas no Termo de Referência, anexo do Edital.

Compõe o Termo de contrato de prestação de serviços nº 015/2016 está , e-fl. 137:

CLÁUSULA PRIMEIRA — OBJETO

O objeto do presente instrumento é a contratação de Pessoa Jurídica para prestação de serviços terceirizados de Recepcionista, de natureza continuada e com fornecimento de mão-de-obra, a serem prestados nas dependências do Ministério da Cultura, localizado na Esplanada dos Ministérios (Bloco B) e no Edifício Parque Cidade Corporate (Setor Comercial Sul, Quadra 9, Lote C, Torre B) - Brasília-DF, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus Anexos.

Faz parte do Contrato nº 10/2018, e-fl. 154:

1. CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

Contratação de empresa especializada na prestação, de forma contínua, de serviços de SECRETARIADO (Técnico em Secretariado e Secretário Executivo) a serem prestados nas dependências da Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, nos imóveis atualmente ocupados ou naqueles que venham a ser ocupados pelo Órgão, em Brasília-DF, bem como nas Unidades Regionais deste Ministério, localizadas nas capitais dos Estados de Amapá, Bahia, Rio de Janeiro e Roraima.

No Contrato de prestação de serviços de apoio está incluso, e-fls. 167-169:

CLÁUSULA 1º OBJETO

1.1 Constitui OBJETO deste CONTRATO a prestação, pela CONTRATADA, sob o regime de empreitada por preço unitário, de Serviços Especializados de Assessoria e de Apoio Institucional na ELETROBRÁS ELETRONUCLEAR no escritório de Brasília, doravante denominado SERVIÇOS, em conformidade com os termos e condições nele estipulados.

Os autos estão instruídos com Notas Fiscais de Serviços, e-fls. 217-437, em cuja Descrição dos Serviços pode-se constatar, entre outros: recepcionista, assistente institucional, técnico institucional, garçom, secretária, auxiliar de serviços operacionais, carregador, almoxarife, carregador, técnico de secretariado, assistente administrativo, encarregado geral, secretária executiva e copeira.

Analisando o acervo fático-probatório constantes nos autos verifica-se que a Recorrente se dedica à atividade de realização de cessão ou locação de mão de obra. Assim, produzem-se os efeitos da exclusão do Simples Nacional a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva a pessoa jurídica fica excluída do Simples Nacional, ou seja, 01.01.2017. Ademais, a exigência de qualquer crédito tributário devido é imperiosa, mesmo porque o fiscalismo é atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142 do Código Tributário Nacional).

Está registrado na Informação Fiscal Diort/DRF-Brasília/DF Nº 1103/2019, de 25.09.2019, e-fls. 449-453, cujos fundamentos de fato e direito amparados no acervo fático-probatório de e-fls. 02-296, são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

Trata o presente processo de representação da Controladoria-Geral da União - CGU, setor de fiscalização administrativa de contratos, comunicando que firmou contrato administrativo com a epigrafada para a prestação de serviço de secretariado nos imóveis ocupados pela CGU em Brasília e nos Estados do Rio de Janeiro, Roraima e Amapá, com vigência a partir de 01/06/2018 (fl. 02). [...]

Em virtude da referida prestação do serviço, a CGU relata que o contribuinte deveria ter se desengradado do Simples Nacional, a partir de 01/08/2018, obrigação não cumprida em desobediência à previsão expressa nesse sentido da Lei Complementar nº 123, de 2006. Aduz ainda que o contribuinte não sofreu retenções dos tributos federais quando dos pagamentos das faturas pelos serviços prestados, competências 06/2018 a 03/2019, devido à apresentação de declaração de que era optante do Simples Nacional, regime em que as retenções são dispensadas.

Em razão da representação, intimou-se o contribuinte (fls. 51/52) com o intuito de se realizar a análise da adequação das atividades desenvolvidas face aquelas impeditivas para os optantes do Simples Nacional (art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006). Para tanto, requereu-se a apresentação dos contratos de prestação de serviço celebrados com vigência entre jan/2017 a mai/2019, bem assim a disponibilização das notas fiscais de serviços (acima R\$ 10.000,00) do referido período.

Convém desde logo ressaltar que o processo administrativo nº 10166.729525/2016-67 trata da exclusão de ofício da empresa, período 01/01/2013 a 31/07/2016, atualmente sob julgamento no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. O desenquadramento à espera de decisão administrativa tem como fundamento a inclusão no contrato social da empresa de prestação de serviço mediante cessão/locação de mão de obra e de contratos administrativos firmados sob essa ótica. Vide o teor do Despacho Decisório exarado (fls. 440/445).

Diante desse fato, a presente análise da exclusão de ofício no Simples Nacional tem como abrangência o período de adesão que vai de 01/01/2017 a 31/05/2019.

Em resposta à intimação, o contribuinte disponibilizou contratos de serviços e notas fiscais emitidas no período jan/2017 e maio/2019 (fls. 77/78, 79/203 e 216/437 e 446). [...]

Segundo a décima alteração do contrato social da empresa, protocolada na Junta Comercial do Distrito Federal em 27/07/2018, seu objeto social é o seguinte (fls. 204/214):

CLÁUSULA SEGUNDA

Seu objeto social é a prestação de serviços de: Telemarketing, marketing em Turismo, Cursos de Qualificação Profissional, Seleção de Pessoas, Serviços de Escritório, Apoio administrativo tais como fotocópias e preparação de documento e digitação, serviços especializados de limpeza sem desratização e dedetização, conservação, segurança e vigilância desarmada, apoio administrativo para terceiros, recepção, telefonista, garçom, secretária, manobrista, ascensorista, copeira, jardinagem, locação de carros, com e sem motoristas, montagem e desmontagem de estruturas metálicas fixas, montagem de móveis e divisórias, digitadores, administração predial e serviços de informação.

Lei Complementar nº 123, de 2006, arts. 17 e 18, prescreve que não poderão recolher os tributos da atividade as empresas que realizem cessão de mão de obra: [...].

Denota-se da legislação transcrita que os serviços de cessão de mão de obra excepcionados da vedação ao Simples Nacional estão relacionados no § 5º-C do art. 18 da LC nº 123, de 2006, consoante aponta o § 5º-H do mesmo artigo. Na verdade, por força da Lei Complementar nº 128/2008, a partir de 1º de janeiro de 2009, apenas as atividades de construção de imóveis e obras de engenharia em geral, execução de projetos e serviços de paisagismo, decoração de interiores, e serviço de vigilância, limpeza e conservação podem ser prestados mediante cessão de mão de obra no âmbito do Simples Nacional.

Por outro lado, os serviços de secretariado, recepcionista, garçom e copeiragem, praticados pela empresa nos anos de 2017, 2018 e 2019, mostram-se incompatíveis com a opção pelo Simples Nacional. A evidenciação da prática desses serviços está demonstrada nas tabelas supra e pode ser comprovada por meio dos contratos administrativos celebrados e das notas fiscais emitidas anexos ao processo (fls. 79/203 e 216/437 e 446). [...]

Com respeito aos efeitos da exclusão de ofício do Simples Nacional, quando decorrente de atividade vedada ao regime sem comunicação à RFB por parte do contribuinte, o desenquadramento se consuma no mês seguinte àquele em que incorrida à situação de vedação. [...]

Como no caso presente sobreveio prestação de serviço mediante cessão de mão de obra anteriormente ao início da opção pelo Simples Nacional, datada de 01/01/2017, a exemplo do contrato de prestação de serviço de recepcionista firmado com o Ministério da Cultura (vide Tabela 01, supra),

permanecendo a prática de atividade vedada ao regime nos anos de 2017, 2018 e 2019, consoante dados das notas fiscais reproduzidos na Tabela 02, suso, tem-se que a exclusão abrange todo o período de opção da firma, ou seja, abrange o período que vai de 01/01/2017 a 31/05/2019 (fls. 438).

Ante o narrado, conclui-se pela exclusão de ofício da empresa COQUEIRO PEREIRA CONSULTORIA EIRELI do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2017, uma vez que restou comprovada a prestação de serviço de SECRETARIADO, RECEPCIONISTA, COPEIRAGEM E DE GARÇOM mediante cessão de mão de obra, ocorrência inicial registrada em JUNHO DE 2016 com a celebração do contrato de prestação de serviço de recepcionista com o Ministério da Cultura, nos termos do inciso XII do art. 17 c/c § 5º-H do art. 18, ambos da Lei Complementar nº 123/2006.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Sobre o ônus da prova, o Código de Processo Civil (CPC) prevê:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. [...]

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.

Vale esclarecer que a norma específica que trata do processo administrativo fiscal estabelece que a impugnação, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as alegações e instruída com os elementos de prova que as justificam, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais (art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

Tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação probatória que o rege, cabe a Recorrente o ônus da prova de seus argumentos com a finalidade de alterar do ato administrativo, já que a atuação da autoridade julgadora limita-se ao controle da sua legalidade, por expressa previsão legislativa (art. 145 do Código Tributário Nacional).

Cabe à Recorrente comprovar que se dedica à atividade permitida para opção do Simples Nacional e verificar o atendimento aos requisitos legais para fruição do tratamento fiscal simplificado, diferenciado e favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte. Conforme o robusto acervo fático probatório produzido no presente processo restou evidenciado que a Recorrente se dedica efetivamente à realização da atividade impeditiva de cessão ou locação de mão de obra. Assim não há que se falar que o procedimento administrativo está fundamentado em premissa equivocada ou que foi utilizada “prova diabólica”.

Ademais, “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Nesse sentido, não cabe a aplicação da máxima “in dubio pro” contribuinte, dado que há expressa previsão legal sobre a matéria tratada nos autos não havendo que se falar em ausência de disposição expressa (art. 108 do Código Tributário Nacional). Além disso, não existem dúvidas quanto: (a) à capitulação legal do fato, (b) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, (c) à autoria, imputabilidade, ou punibilidade ou (d) à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação (art. 112 do Código Tributário Nacional).

Logo o Ato Declaratório Executivo DRF/BSB/DF nº 71, de 26.09.2019, com efeitos a partir de 01.01.2017, e-fls. 454-456, está correto.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 6ª Turma DRJ/POA/RS nº 10-69.233, de 27.05.2020, e-fls. 479-492, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

Das Preliminares

A defesa requer a suspensão dos autos até o trânsito em julgado no processo administrativo nº 10166.729525/2016-67, que está pendente de julgamento no CARF.

Alega que os processos tratam da mesma matéria e, assim, não pode ser excluída de ofício do Simples Nacional antes do pronunciamento definitivo do CARF no outro processo.

Em consulta ao e-processo da RFB, verificou-se que o processo nº 10166.729525/2016-67 trata da exclusão de ofício do contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2013, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/BSB nº 84, de 14 de novembro de 2016.

Já neste processo, o litígio restringe-se ao Ato Declaratório Executivo - ADE nº 71, de 26 de setembro de 2019, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Brasília/DF, que excluiu o contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/01/2017.

Como se vê, os atos atacados são distintos e controlados em processos separados. Portanto, estes processos têm tramitação independente e o resultado do julgamento de um deles não interfere no andamento do outro.

Rejeitam-se as preliminares argüidas pelo interessado.

Dos princípios constitucionais Em relação às alegações de violação de princípios constitucionais mencionados na manifestação de inconformidade, cabe destacar que a Administração Pública está vinculada à estrita legalidade. Logo, por força de sua vinculação ao texto da norma legal e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, a autoridade administrativa deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade.

Ademais, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos seus órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto no artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, ressalvadas somente as situações previstas em seu § 6º, o que não ocorre no caso sob exame.

Da suspensão da exclusão do Simples Nacional

A apresentação de manifestação de inconformidade tempestiva suspende os efeitos da exclusão do Simples Nacional até a decisão definitiva desfavorável à empresa, nos termos do artigo 39 da Lei Complementar nº 123/2006, combinado com o artigo 83, I, e parágrafos 1º a 5º da Resolução CGSN nº 140/2018, [...].

Assim, caso a decisão administrativa definitiva lhe seja desfavorável, o contribuinte será excluído do Simples Nacional com efeitos a partir de 01/01/2017, a teor do Ato Declaratório Executivo - ADE nº 71, de 26 de setembro de 2019.

Do Mérito Inicialmente, o contribuinte afirma que a exclusão do Simples Nacional baseou-se em suposta menção de atividade impeditiva no objeto do contrato social, e que este fato não é motivo suficiente para a sua exclusão do regime

simplificado, tratando-se de mera presunção relativa de veracidade, que pode ser elidida por prova em contrário.

Não assiste razão ao interessado. Como será demonstrado mais adiante, a exclusão do Simples Nacional está fundamentada na comprovação da prestação de serviços mediante cessão de mão de obra segundo os contratos de prestação de serviços juntados ao processo pelo manifestante.

O Ato Declaratório Executivo - ADE nº 71, de 26 de setembro de 2019 excluiu o contribuinte do regime do Simples Nacional, em razão da identificação de exercício de atividade econômica vedada, fundamentado no artigo 17, XII da Lei Complementar nº 123/2006, e no inciso XXI do artigo 15 da Resolução CGSN nº 140/2018, [...].

Os parágrafos do art. 112 da Resolução CGSN nº 140/2018 detalharam o conceito de cessão de mão de obra:

Art. 112. (...)

§ 1º Para os fins desta Resolução, considera-se cessão ou locação de mão de obra a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores, inclusive o MEI, para realização de serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, independentemente da natureza e da forma de contratação. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; Lei nº 8.212, de 1991, art. 31, § 3º)

§ 2º As dependências de terceiros a que se refere o § 1º são as indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam ao MEI prestador dos serviços. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º)

§ 3º Os serviços contínuos a que se refere o § 1º são os 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 trabalhadores contratados sob diferentes vínculos. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º)

§ 4º Considera-se colocação de trabalhadores, inclusive o MEI, à disposição da empresa contratante a cessão do trabalhador, em caráter não eventual,

respeitados os limites do contrato. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º)

(sem grifos no original)

Da leitura dos dispositivos acima transcritos conclui-se que está configurada a cessão de mão de obra se reunidas as seguintes condições:

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, relacionados ou não com sua atividade fim;

c) o trabalhador seja cedido pela contratada para ficar à disposição da contratante, em caráter não eventual.

O interessado sustenta que não presta serviços mediante cessão ou locação de mão de obra e que não há provas no processo de que exerce atividade vedada. Argumenta que presta serviços especializados relacionados com a atividade-meio das contratantes e que os documentos dos autos comprovam a celebração de contratos que são remunerados pelo resultado e não pela quantidade de mão de obra alocada.

Em que pese as argumentações do contribuinte, os contratos anexados ao processo comprovam que a empresa prestava serviços cessão de mão de obra, atendendo aos requisitos acima mencionados.

Os serviços eram prestados nas dependências das contratantes, que deles necessitava continuamente, e a mão de obra era disponibilizada conforme suas exigências definidas em contrato, tanto no que diz respeito à quantidade de trabalhadores como em relação às atividades a serem desenvolvidas, não sendo relevante se os serviços eram relacionados à atividade-meio das contratantes, conforme alegado pelo contribuinte.

Como exemplo, colaciona-se abaixo os seguintes e Como exemplo, colaciona-se abaixo os seguintes excertos do contrato firmado pelo interessado com o Ministério da Cultura em 16/06/2016 – Contrato nº 15/2016 (fls. 137/153):

CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO O objeto do presente instrumento é a contratação de Pessoa Jurídica para prestação de serviços terceirizados de Recepcionista, de natureza continuada com fornecimento de mão-de-obra, a serem prestados nas dependências do Ministério da Cultura, localizado na Esplanada dos Ministérios (Bloco B) e no Edifício Parque Cidade Corporate (Setor Comercial Sul, Quadra 9, Lote C, Torre B) - Brasília-DF, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus Anexos. **SUBCLÁUSULA ÚNICA** - Os serviços contratados serão prestados nas dependências do Ministério da Cultura (Esplanada dos Ministérios, bloco B, térreo ao 4º andar e Ed. Parque Cidade - 7º andar ao 12º andar) em Brasília-DF.

CLÁUSULA TERCEIRA VIGÊNCIA

A vigência do contrato será de 12 (doze) meses a partir de 17 de junho de 2016 e poderá ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos até o limite de 60 (sessenta) meses, nos termos do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, desde que haja autorização formal da autoridade competente e observados os seguintes requisitos:

I. Os serviços tenham sido prestados regularmente;

II. A Administração mantenha interesse na realização do serviço;

III. O valor do contrato permaneça economicamente vantajoso para a Administração;

IV. A CONTRATADA manifeste expressamente interesse na prorrogação;

V. A CONTRATADA não tem direito subjetivo à prorrogação contratual.

F. ÚNICA - A prorrogação de contrato deverá ser promovida mediante celebração de termo aditivo.

CLÁUSULA QUARTA - PREÇO O valor mensal da contratação é de R\$ 106.795,82 (cento e seis mil setecentos e noventa e cinco reais e oitenta e dois centavos), perfazendo o valor total de R\$ 1.281.549,85 (um milhão duzentos e oitenta e um quinhentos e quarenta e nove reais e oitenta e cinco centavos).

QUANT	POSTO	VALOR UNITÁRIO DO POSTO R\$	VALOR MENSAL R\$	VALOR TOTAL R\$
24	RECEPCIONISTA	4.449,83	106.795,82	1.282.549,85

Ainda, como já mencionado, este processo foi inaugurado com a representação da Controladoria-Geral da União à Receita Federal do Brasil, comunicando que

estabeleceu contrato administrativo com o interessado para a prestação de serviço contínuo de secretariado por cessão de mão de obra, nos imóveis ocupados pela CGU em Brasília e em outros Estados, com vigência a partir de 01/06/2018. Assim, a empresa deveria ter providenciado a sua exclusão do Simples Nacional por estar exercendo atividade vedada.

O contrato nº 10/2018 de prestação de serviços contínuos de secretariado ajustado com a CGU, anexado às fls. 154/166, também comprova a realização das atividades mediante cessão de mão de obra.

O subitem 3.19 da cláusula terceira (das obrigações da contratante) prevê que a contratante comunicará à RFB para que esta efetue a exclusão de ofício do Simples Nacional, caso a contratada optante pelo Simples Nacional não efetue a comunicação no prazo estabelecido no subitem 4.50 da cláusula quarta. Este subitem, por sua vez, determina que a contratada deve apresentar à contratante, caso seja optante pelo Simples Nacional, no prazo de 90 (noventa) dias após a assinatura do contrato, cópias dos ofícios, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, às respectivas Secretarias Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal.

Portanto, os documentos juntados aos autos comprovam a celebração de contratos para a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra.

Dos efeitos da exclusão

O ADE nº 71, de 26 de setembro de 2019, excluiu o interessado do Simples Nacional a partir de 01/01/2017. O manifestante insurge-se contra a data da exclusão, argumentado que os efeitos não podem retroagir por afronta aos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei tributária e sem considerar as reais atividades desempenhadas pela empresa.

A produção dos efeitos da exclusão está disciplinada no artigo 84 da Resolução CGSN nº 140/2018:

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 81, quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, inciso I; art. 31, incisos II, III, IV, V e § 2º)

Art. 81. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP à RFB, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

(...)

c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 30, inciso II)

(...)

2. produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 31, inciso II)

Como no caso em tela ocorreu a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra em período anterior a opção pelo Simples Nacional, datada de 01/01/2017, a exemplo do contrato de prestação de serviço de recepcionista firmado com o Ministério da Cultura (Contrato nº 15/2016 com vigência a partir de 17/06/2016), permanecendo a prática de atividade vedada ao regime simplificado nos anos de 2017,

2018 e 2019, tem-se que a exclusão do Simples Nacional deve ter seus efeitos estabelecidos desde a data da opção - 01/01/2017.

Da produção de provas A defesa protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, seja documental, testemunhal ou pericial, em nome da Justiça.

No âmbito do processo administrativo fiscal federal, a produção de provas está disciplinada pelo artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972, que assim dispõe:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito;

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador.

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

(sem grifos no original)

Como se constata, a regra geral no processo administrativo fiscal federal é de que as provas sejam apresentadas e/ou requeridas junto com a impugnação, devendo ser observada, quanto à apresentação futura de novas provas, a disciplina do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972, em especial os parágrafos 4º e 5º.

No que diz respeito à produção de prova pericial, o sujeito passivo não atendeu aos requisitos do inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972, pois não expôs os motivos que a justificassem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, nem forneceu o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. Portanto, nos termos do § 1º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972, considera-se não formulado o pedido de perícia.

No que se refere ao pedido de provas testemunhais, tem-se que o pedido deve ser indeferido em razão da inexistência de previsão, no âmbito do processo administrativo fiscal federal, de audiência de instrução em que sejam colhidos depoimentos pessoais. [...]

Conclusão

Do exposto, vota-se por julgar improcedente a manifestação de inconformidade apresentada, excluindo o contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/01/2017.

Logo, não cabem reparos ao Acórdão da 6ª Turma DRJ/POA/RS nº 10-69.233, de 27.05.2020, e-fls. 479-492.

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva