



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10920.720730/2011-63
ACÓRDÃO	1101-001.511 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	12 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	FORCAVILLE SERVIÇOS DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS-LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

NULIDADE. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, configurada a preterição do direito de defesa por insuficiência probatória, deve ser declarada a nulidade do Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão da empresa do Simples.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acatar a preliminar de nulidade e anular o Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples em razão da ausência de prova, o que configurou cerceamento de direito de defesa.

Sala de Sessões, em 12 de dezembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, efls. 86/101, contra acórdão da DRJ, efls. 66/81, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade efls. 29/51, contra Ato Declaratório Executivo, efls. 18, que resultou na exclusão do contribuinte do Simples.

Para síntese dos fatos, reproduzo em parte o relatório do acórdão recorrido:

Lançamentos/procedimentos fiscais.

Na ação fiscal, da qual resultou o presente processo administrativo fiscal, foram realizados os seguintes lançamentos/procedimentos:

1. Processo COMPROT 10920.720730/2011-63, que compreende Representação Fiscal para exclusão do Contribuinte do denominado “Simples” (regime tributário de que trata a Lei 9.317/1996).
2. Processo COMPROT 10920.720731/2011-16, que compreende Representação Fiscal para exclusão do Contribuinte do denominado “Simples Nacional” (regime tributário de que trata a Lei Complementar 123/2006).
3. Processo COMPROT 10920.721037/2011-16, que compreende os lançamentos fiscais para constituição de créditos tributários relativos às contribuições patronais (DEBCAD 37.324.647-1) e para terceiros/outras entidades (DEBCAD 37.324.646-3), em razão das exclusões do Contribuinte dos regimes tributários da Lei nº 9.317/1996 e Lei Complementar 123/2006 (exclusões estas constantes dos processos COMPROT enumerados nos itens 1 e 2).

Representação fiscal – Fundamentos.

Trata-se de Representação Fiscal (fls. 2/5) que propôs a exclusão do Contribuinte do regime tributário denominado “Simples Nacional”, do qual trata a Lei Complementar 123/2006. Constitui motivação da exclusão a vedação prevista no inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar 123/2006, qual seja a realização de serviços caracterizados pela Fiscalização como de locação de mão-de-obra, nos seguintes termos:

Caracteriza-se a locação de mão-de-obra quando a locadora coloca empregados seus à disposição da locatária para trabalhos temporários, sob as ordens desta e em local por esta designado. A Fiscalização assim descreve as diligências e as respectivas constatações:

5. Em visita à empresa para dar conhecimento do Termo de Início de Procedimento Fiscal, verificamos que a mesma se localiza na Rua Eugênio Wolter nº 302, onde estão seus escritórios. Fomos recebidos pela sócia administradora da empresa, Sra. Milane do Nascimento Suppis e pelo Sr. Ubiratã Suppis, sócio-administrador da empresa Auxílio Serviços de Movimentação de Cargas Ltda EPP, que tem seus escritórios no mesmo local. Diante da constatação de que no local

encontram-se apenas os escritórios, fomos informados de que os trabalhos de carga e descarga são realizados em locais diversos, de acordo com o determinado pelas empresas tomadoras. Informaram também que não há contrato formalizado entre prestador e tomador, havendo apenas um valor homem/dia pré-fixado e posteriormente sendo emitida uma Nota Fiscal com o valor do serviço. Prosseguindo nas diligências, a Fiscalização relata:

6. Com base na documentação apresentada se contata que os tomadores dos serviços são em sua maioria empresas de transporte, havendo também indústrias. Em diligência em algumas destas transportadoras, nos foi informada a sistemática da utilização daqueles serviços.

- Que a empresa de transporte mantém como pessoal efetivo, para os serviços de carga e descarga, apenas o necessário para o funcionamento normal.

- Que em razão de o volume de carga transportada oscilar, pelas razões as mais diversas, a empresa contrata prestadores de serviço para suprir a demanda extra.

- Que a solicitação de pessoal para a empresa prestadora é feita por telefone, quando é especificado o numero de funcionários e o número de dias necessários, sendo que o valor por funcionários já está previamente acordado entre as partes.

- Que os funcionários disponibilizados pelo prestador são alocados pelo tomador e sob orientação deste, para a realização dos trabalhos de carga e descarga nos mais variados locais.

- Que a ausência do destaque da retenção na Nota Fiscal de Serviço é justificada pela empresa prestadora por ser optante do SIMPLES. Representação fiscal

– Fundamentos. Informa, a seguir, a relação de tomadores de serviços levantados com base nos registros contábeis e conclui:

8. Assim, vemos que a atividade desenvolvida – carga e descarga – é aquela constante do objeto social da empresa, para a qual não há restrições em optar pelo SIMPLES. Todavia, o determinante impeditivo para a opção ao SIMPLES é a prestação do serviço com locação de mão-de-obra (...). Encaminhado ao competente Órgão local interno da Delegacia da Receita Federal do Brasil, foi editado do correspondente Despacho Decisório (fls. 17/20), com a seguinte conclusão (decisão):

Em face do exposto, com base na documentação anexada ao presente processo e considerando a legislação que rege a matéria (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e Resoluções CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, e nº 15, de 23 de julho de 2007), conclui-se pela necessidade da EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA DO REGIME DIFERENCIADO DO SIMPLES NACIONAL RETROATIVA A 1º DE JULHO DE 2007, pela prática de cessão de mão-de-obra, atividade vedada à opção por aquela modalidade de arrecadação.

Tal decisão fundamentou-se nas seguintes premissas:

1. Menciona o Parecer COSIT nº 69/1999 que discorre sobre a caracterização da contratação de locação e cessão de mão-de-obra e da empreitada de mão-de-obra e de cujo Parecer transcreve a seguinte parte [destaques no original]:

3. Em se tratando de locação de mão-de-obra, pressupõe-se que será utilizado trabalho alheio, ou seja, alguém cederá a outrem a atividade laborativa em

virtude de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou do acréscimo extraordinário de tarefas. (grifamos)

4. A locação de mão-de-obra pode também ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços. ...

7. A diferença básica existente entre a empreitada e a locação de mão-de-obra, portanto, é obtida pelo modo de encarar a obrigação de fazer. Se o que é ajustado limita-se ao fornecimento da mão-de-obra, sob controle e supervisão do locatário, temos a locação de mão-de-obra. Se o que é ajustado restringe-se à apresentação de um resultado, defrontamo-nos com a empreitada. No caso da empreitada exclusivamente de mão-de-obra, o resultado é a própria execução do serviço, estabelecendo-se, assim, sua similitude com a locação de mão-de-obra. (grifamos)

2. Quanto aos efeitos da exclusão, esclarece: Ocorrendo a prática da atividade vedada desde janeiro de 2007, como consta dos autos, deve a empresa ser excluída retroativamente a 1º de julho de 2007, início de sua opção no SIMPLES Nacional. Foi, na sequência, expedido o Ato Declaratório Executivo nº 083, de 17/05/2011 (fl. 21), que determinou a exclusão do Contribuinte do “Simples Nacional”, pelo exercício de atividade vedada – inciso I do artigo 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

Manifestação de Inconformidade.

O Contribuinte apresentou sua Manifestação de Inconformidade (fls. 29/51), alegando, de início, que seria “falso” o motivo sobre o qual se funda a decisão, em razão de “percepção equivocada”, que teria sido causada “pela ambiguidade e confusão entre os conceitos de carga e descarga e locação/cessão de mão-de-obra”.

Segue, aduzindo que não teria sido apresentada “evidência concreta – apenas a sua impressão pessoal”; que “não cita e nem documenta a dita transportadora em que empreendeu diligência”; que “os elementos colhidos... são pouco conclusivos” e que:

Não há provas seguras nos autos que conduzam a conclusão de que a Impugnante não exerce a atividade de carga e descarga. Como, argumenta, não há provas de prática da locação de mão-de-obra, mas somente realização de serviços de carga e descarga (conforme seu contrato social), conclui: O que instrui o processo administrativo fiscal não são provas, mas opiniões.

Defende que o procedimento não teria observado o “devido processo legal”, devendo “o crédito tributário... ficar com sua exigibilidade suspensa até o julgamento final na esfera administrativa”; que o Contribuinte deva ser mantido

no “Simples Nacional”, “até julgamento final” pela aplicação das disposições do artigo 14 do Decreto 70.235/1972.

Na sequência, invoca a aplicabilidade dos princípios do contraditório, ampla instrução probatória, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Ressalva que: Em fiscalização à Impugnante, seu representante informou que a atividade exercida era de carga e descarga de caminhões, mediante preço combinado por tarefa e que os funcionários da Impugnante ficavam sob suas ordens imediatas e não às ordens do tomador do serviço.

Novamente, quanto às provas, alega que se encontraria “na pungente situação de ter que fazer prova negativa”, mas que o “ônus da prova cabe pertence à Receita”. Argui o Parecer Cosit 69/1999 e que, por não ter sua íntegra disponibilizada, constituiria cerceamento do direito de defesa.

Manifestação de Inconformidade.

Reitera que a “Impugnante é contratada para efetuar a carga ou a descarga de um caminhão e não para ceder seus funcionários para ficarem à livre disposição do tomador”, sendo, portanto, a conclusão da Fiscalização, “no mínimo absurda”.

Acrescenta: A Impugnante é contratada para uma atividade fim, é um serviço de resultado e não de meio. Faltaria razoabilidade ao procedimento adotada de excluir o Contribuinte do “Simples Nacional”.

Quanto à inexistência de contratos entre o Contribuinte e seus tomadores de serviços se posiciona: Outrossim, a alegação do Auditor Fiscal de que o Impugnante não tem contratos formais, é indiferente para o caso.

O contrato escrito na atividade de carga e descarga não é forma necessária para a avença, segue-se o princípio de direito privado: forma prescrita e não vedada em lei. Ressalva que, considerando, as vedações de inserção no “Simples Nacional”, com base no código CNAE, a atividade do Contribuinte não se encontraria entre aquelas que seriam impedidas. Defende que estaria sendo empregada a interpretação por analogia da norma jurídica, “para dizer que carga e descarga e locação de mão-de-obra são os mesmos institutos jurídicos (contratos)”. Ressalva as disposições dos artigos 108, 110 e 112 do CTN.

Invoca a Instrução Normativa RFB 971/2009 (artigo 116), para sustentar que a pactuação pode se dar por “contrato de empreitada específico visando um resultado determinado a priori a partir de um preço, mesmo que o meio utilizado seja exclusivamente a força humana” e que o “contrato de locação/cessão de mão-de-obra o objeto é voltado para uma atividade meio, pois a mão-de-obra fica a disposição do tomador (locatário) e sob sua chefia e direção para realizar atividades diversas, independentemente de um resultado específico”.

Ressalva que, considerando as atividades impeditivas, o critério determinante da vedação, é o do enquadramento no CNAE, sendo que carga e descarga (CNAE 52.12-5/00) não constam no rol das atividades arroladas no Anexo I da Resolução CGSN 6 e que a atividade de cessão de mão-de-obra enquadramento específico, este sim com vedação ao ingresso no “Simples Nacional” (CNAE 78.20-5/00).

Lembra que o próprio deferimento da Receita Federal da opção pelo regime atesta a regularidade do enquadramento do Contribuinte.

Quanto ao Despacho Decisório, sob a alegação de que lhe faltaria motivação, defende que seria nulo. Combate, também, a retroatividade dos efeitos da exclusão, em face dos princípios da moralidade administrativa e da segurança jurídica, “Devendo [o efeito da exclusão] operar apenas a partir da decisão final na esfera administrativa e sem efeito retroativo”.

Requer, em síntese:

1. A suspensão da decisão que determinou a exclusão do Contribuinte do “Simples Nacional” e dos efeitos fiscais, “até o julgamento final na esfera administrativa”.
2. A manutenção do Contribuinte no “Simples Nacional”, “exercendo regularmente seus direitos, até decisão final”.
3. Anulação do despacho decisório, pelas razões apresentadas. Este é o relatório.

Assim, o Acórdão da DRJ, nesse sentido, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CARGA E DESCARGA REALIZADOS COM LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A prestação de serviços de carga e descarga não exclui, a priori, a possibilidade da sua realização na forma de locação de mão-de-obra, que é uma das maneiras como aqueles serviços podem ser realizados. Por isso, presentes e relatados os fatos e as circunstâncias, que deram fundamento ao entendimento da Fiscalização, cabe ao Contribuinte oferecer as devidas provas capazes de demonstrar que os serviços foram prestados em condições diversas daquelas descritas na Representação Fiscal.

EXCLUSÃO DO “SIMPLES” - RETROATIVIDADE DOS EFEITOS.

A retroatividade dos efeitos da exclusão do Contribuinte do “Simples” decorre de expressa disposição legal e se justifica pela constatação de que os fatos que fundamentam a medida ocorriam desde a data do início dos efeitos da exclusão, não sendo lícito o Contribuinte se beneficiar da sua indevida inclusão no sistema.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DO “SIMPLES”.

Pendente de decisão o processo de exclusão, a Administração Tributária, para prevenir a decadência, poderá lançar os eventuais créditos tributários (decorrentes da retroatividade dos efeitos, assim como os posteriores à exclusão), podendo tramitar os correspondentes processos fiscais até a constituição final dos respectivos créditos tributários (ressalvada a efetiva cobrança, que estaria condicionada à final decisão administrativa de exclusão).

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Importante mencionar também que este processo foi juntado, por apensação, ao processo nº 10920.721037/2011-16.

Devidamente cientificado, e irresignado, contribuinte apresenta recurso voluntário, efls. 86/101, objetivando reverter o resultado manifestado no acórdão de piso, alegando: cerceamento ao direito de defesa; ausência de provas no processo administrativo fiscal para excluir o contribuinte do Simples e do Simples Nacional; violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório; a presunção de inocência e de veracidade dos atos administrativos; que cabe ao fisco demonstrar que a recorrente realiza cessão de mão de obra (e não atividade de carga e descarga; a irretroatividade da exclusão do Simples/Simples Nacional.

É o Relatório

VOTO

Conselheiro **Jeferson Teodorovicz**, Relator.

O Recurso é tempestivo e interposto por parte legítima, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se de Representação Fiscal (fls. 2/5) que propôs a exclusão do Contribuinte do regime tributário denominado “Simples” ou “Simples Federal”, do qual tratava a Lei nº 9.317/1996.

Constitui motivação da exclusão a vedação prevista na letra “f” do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, qual seja a realização de serviços caracterizados pela Fiscalização como de locação de mão-de-obra, nos seguintes termos:

Caracteriza-se a locação de mão-de-obra quando a locadora coloca empregados seus à disposição da locatária para trabalhos temporários, sob as ordens desta e em local por esta designado.

A Fiscalização assim descreve as diligências e as respectivas constatações:

5. Em visita à empresa para dar conhecimento do Termo de Início de Procedimento Fiscal, verificamos que a mesma se localiza na Rua Eugênio Wolter nº 302, onde estão seus escritórios. Fomos recebidos pela sócia- administradora da empresa, Sra. Milane do Nascimento Suppis e pelo Sr. Ubiratã Suppis, sócio-administrador da empresa Auxílio Serviços de Movimentação de Cargas Ltda EPP, que tem seus escritórios no mesmo local. Diante da constatação de que no local encontram-se apenas os escritórios, fomos informados de que os trabalhos de carga e descarga são realizados em locais diversos, de acordo com o determinado pelas empresas tomadoras. Informaram também que não há contrato formalizado entre prestador e tomador, havendo apenas um valor homem/dia pré-fixado e posteriormente sendo emitida uma Nota Fiscal com o valor do serviço.

Prosseguindo nas diligências, a Fiscalização relata:

Com base na documentação apresentada se contata que os tomadores dos serviços são em sua maioria empresas de transporte, havendo também empresas de outros ramos de atividade. Em diligência em uma destas transportadoras, nos foi informada a sistemática da utilização daqueles serviços.

Que a empresa de transporte mantém como pessoal efetivo, para os serviços de carga e descarga, apenas o necessário para o funcionamento normal.

Que em razão de o volume de carga transportada oscilar, pelas razões as mais diversas, a empresa contrata prestadores de serviço para suprir a demanda extra.

Que a solicitação de pessoal para a empresa prestadora é feita por telefone, quando é especificado o número de funcionários e o número de dias necessários, sendo que o valor por funcionários já está previamente acordado entre as partes.

Que os funcionários disponibilizados pelo prestador são alocados pelo tomador e sob orientação deste, para a realização dos trabalhos de carga e descarga nos mais variados locais.

Que a ausência do destaque da retenção na Nota Fiscal de Serviço é justificada pela empresa prestadora por ser optante do SIMPLES.

Informa, a seguir, a relação de tomadores de serviços levantados com base nos registros contábeis e conclui:

8. Assim, vemos que a atividade desenvolvida – carga e descarga – é aquela constante do objeto social da empresa, para a qual não há restrições em optar pelo SIMPLES. Todavia, o determinante impeditivo para a opção ao SIMPLES é a prestação do serviço com locação de mão-de-obra, conforme alínea f, inc. XII, art. 9, da Lei nº 9.317.

Portanto, delimita-se a controvérsia fática em saber se a ora Recorrente prestava atividade de locação de mão-de-obra ou não.

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente alega preliminarmente o cerceamento de defesa, pois não teve acesso aos autos. Contudo, extrai-se dos autos que o contribuinte foi devidamente intimado do termo de início de procedimento fiscal:

TERMO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL

Identificação da Ordem

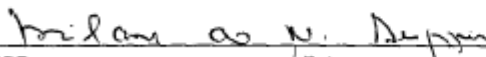
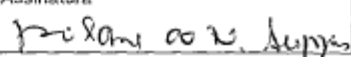
Número do Mandado de Procedimento Fiscal	Código de Acesso
0920200.2011.00101	17827077

Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil

Nome	Matrícula	Assinatura
PAULO DINIZ DAVILA	0.954.414	

Ciência do Sujeito Passivo / Representante

Declaro-me ciente deste Termo, do qual recebi uma cópia.

Nome	Cargos	
	SÓCIO-ADMINISTR.	
CPF	Data	Hora (HHMM)
902.287.629-53	17/02/11	
		Assinatura
		

Da mesma forma, foi intimado do despacho decisório (fls.27):



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – 9ª RF
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JOINVILLE - SC
SEÇÃO DE CONTROLE E ACOMPANHAMENTO TRIBUTÁRIO - SACAT

Processo:	10920.720730/2011-63
Interessado:	ORICAVALE – Serviços de Movimentação de Cargas Ltda - ME
CNPJ:	06.099.175/0001-07
Endereço:	Rua Eugénia Wolff, nº 275 – Costa e Silva – Joinville/SC CEP: 89.217-410
Assunto:	Representação para Exclusão de Ofício – SIMPLES

Handwritten notes:
Anexo 3 - 1061/11
10920.720730/2011-63
10920.720730/2011-63
10920.720730/2011-63

DESPACHO DECISÓRIO

EMENTA – Representação Fiscal: Exclusão do SIMPLES. Cessão de Mão-de-Obra

Constitui vedação expressa à opção pelo SIMPLES a prática de locação de mão-de-obra devendo ser a empresa excluída de ofício do regime diferenciado conforme a alínea "I" do inciso XI do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Portanto, verifica-se que a contribuinte foi devidamente notificada de todos os atos processuais. Acrescente-se que, em consonância com a jurisprudência dos tribunais superiores, não há que se falar em cerceamento de defesa em relação aos fatos ocorridos na fase inquisitória.

Assim, **não vislumbro a alegada nulidade.**

A Recorrente alega ainda a ausência de provas no processo administrativo. Segundo ela, “o fiscal não juntou nenhum documento, declaração testemunhal, ou ainda menção de quem lhe deu as informações sobre a recorrente, ou seja, não há nenhuma prova documental/escrita, nada além das vagas afirmações do auditor fiscal”.

Com efeito, apesar de o despacho decisório **alegar a realização de diligências, não foram juntadas aos autos quaisquer provas ou maiores delimitações acerca das evidências** que teriam sido utilizadas para corroborar tal entendimento. Vejamos:

Trata o presente processo de Representação Fiscal para que se proceda à exclusão da empresa identificada acima do regime diferenciado do SIMPLES (Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996), retroativa a 1º de janeiro de 2007, em virtude da prática de cessão de mão-de-obra, atividade vedada à opção nos termos da legislação vigente.

Segundo a Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do SIMPLES Nacional no curso de procedimento fiscal foi constatado no domicílio da empresa o funcionamento apenas do escritório sendo os trabalhos de carga e descarga realizados em locais diversos indicados pelos tomadores do serviço, não havendo contrato formal entre fornecedor e tomador os serviços são remunerados por determinação de valor do homem/dia emitindo-se posteriormente Nota Fiscal.

Diligencia efetuada em tomadores do serviço da empresa em análise verificou a sistemática de utilização daquele que, via de regra, passa pelas fases de solicitação de pessoal em virtude do volume de cargas variável, quantidade de pessoal informada via telefone, funcionários disponibilizados são alocados em postos diversos pelo tomador e sob a orientação daquele, o que termina por configurar a cessão de mão-de-obra.

Não há sequer menção a quais seriam os tomadores que teriam sido diligenciados, o que inviabiliza a prestação da ampla defesa e do contraditório.

Registre-se **ainda que a decisão recorrida não se manifestou acerca da nulidade** suscitada em impugnação.

A meu ver, portanto, **caracteriza a nulidade do despacho decisório**, nos termos do art. 59, II do Decreto n. 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente **ou com preterição do direito de defesa**.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Caracterizada a **preterição do direito de defesa**, deve ser acatada a preliminar de nulidade para cancelar o ato de desenquadramento do simples e lançamentos decorrentes.

Caso **vencido** em relação à referida preliminar, entendo que a Recorrente **não apresentou qualquer documento (contratos, e-mails, notas fiscais)** que demonstrassem a efetiva atividade prestada.

Tampouco apresenta qualquer fundamento capaz de desconstituir a acusação fiscal ou o acórdão recorrido:

O Recurso é tempestivo e interposto por parte legítima, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se de Representação Fiscal (fls. 2/5) que propôs a exclusão do Contribuinte do regime tributário denominado "Simples Nacional", do qual trata a Lei Complementar 123/2006.

Constitui motivação da exclusão a vedação prevista no inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar 123/2006, qual seja a realização de serviços caracterizados pela Fiscalização como de locação de mão-de-obra, nos seguintes termos:

Caracteriza-se a locação de mão-de-obra quando a locadora coloca empregados seus à disposição da locatária para trabalhos temporários, sob as ordens desta e em local por esta designado.

A Fiscalização assim descreve as diligências e as respectivas constatações:

Em visita à empresa para dar conhecimento do Termo de Início de Procedimento Fiscal, verificamos que a mesma se localiza na Rua Eugênio Wolter nº 302, onde estão seus escritórios. Fomos recebidos pela sócia- administradora da empresa, Sra. Milane do Nascimento Suppis e pelo Sr. Ubiratã Suppis, sócio-administrador da empresa Auxílio Serviços de Movimentação de Cargas Ltda EPP, que tem seus escritórios no mesmo local. Diante da constatação de que no local encontram-se apenas os escritórios, fomos informados de que os trabalhos de carga e descarga são realizados em locais diversos, de acordo com o determinado pelas empresas tomadoras. Informaram também que não há contrato formalizado entre prestador e tomador, havendo apenas um valor homem/dia pré-fixado e posteriormente sendo emitida uma Nota Fiscal com o valor do serviço.

Prosseguindo nas diligências, a Fiscalização relata:

Com base na documentação apresentada se contata que os tomadores dos serviços são em sua maioria empresas de transporte, havendo também indústrias. Em diligência em algumas destas transportadoras, nos foi informada a sistemática da utilização daqueles serviços.

Que a empresa de transporte mantém como pessoal efetivo, para os serviços de carga e descarga, apenas o necessário para o funcionamento normal.

Que em razão de o volume de carga transportada oscilar, pelas razões as mais diversas, a empresa contrata prestadores de serviço para suprir a demanda extra.

Que a solicitação de pessoal para a empresa prestadora é feita por telefone, quando é especificado o numero de funcionários e o número de dias necessários, sendo que o valor por funcionários já está previamente acordado entre as partes.

Que os funcionários disponibilizados pelo prestador são alocados pelo tomador e sob orientação deste, para a realização dos trabalhos de carga e descarga nos mais variados locais.

Que a ausência do destaque da retenção na Nota Fiscal de Serviço é justificada pela empresa prestadora por ser optante do SIMPLES.

Informa, a seguir, a relação de tomadores de serviços levantados com base nos registros contábeis e conclui:

8. Assim, vemos que a atividade desenvolvida – carga e descarga – é aquela constante do objeto social da empresa, para a qual não há restrições em optar pelo SIMPLES. Todavia, o determinante impeditivo para a opção ao SIMPLES é a prestação do serviço com locação de mão-de-obra (...).

Portanto, delimita-se a controvérsia fática em saber se a ora Recorrente prestava atividade de locação de mão-de-obra ou não.

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente alega preliminarmente o cerceamento de defesa, pois não teve acesso aos autos. Contudo, extrai-se dos autos que o contribuinte foi devidamente intimado do termino de início de procedimento fiscal:

SC JOINVILLE DRF

Fl. 7

**Ministério da Fazenda**

Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB

Delegacia da Receita Federal do Brasil - DRF - JOINVILLE

Serviço / Seção de Fiscalização

TERMO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL**Identificação da Ordem**

Número do Mandado de Procedimento Fiscal 0920200.2011.00101	Código de Acesso 17827077
--	------------------------------

Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil

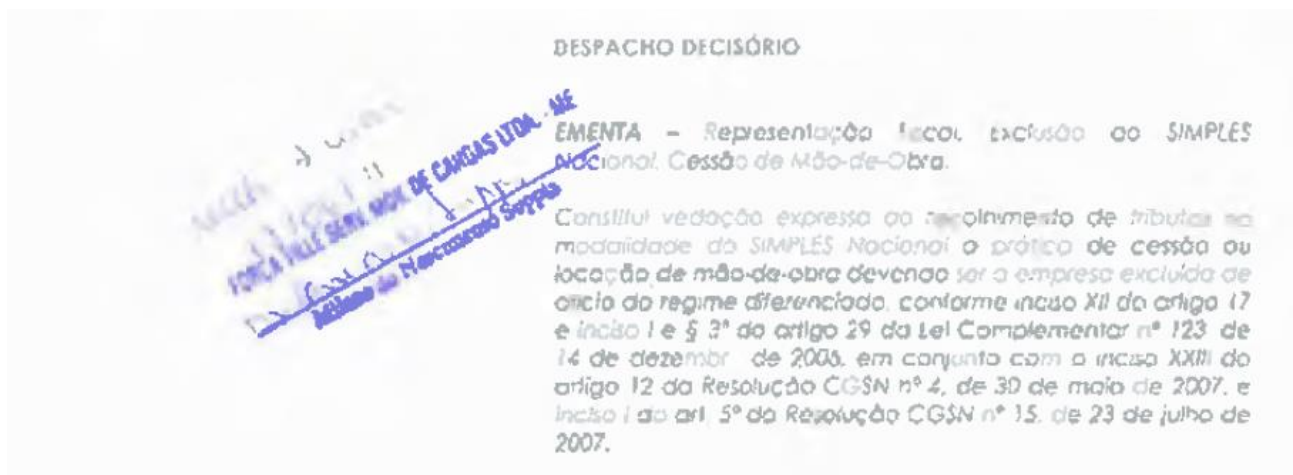
Nome PAULO DINIZ DAVILA	Matrícula 0.954.414	Assinatura
----------------------------	------------------------	----------------

Ciência do Sujeito Passivo / Representante

Declaro-me ciente deste Termo, do qual recebi uma cópia.

Nome Wilson do N. Dupim			Cargo SÓCIO-ADMINISTR.
CPF 902.287.839-53	Data 17/02/11	Hora (HHMM)	Assinatura Wilson do N. Dupim

Da mesma forma, foi intimado do despacho decisório (fls.20):



Portanto, verifica-se que a contribuinte foi devidamente notificada de todos os atos processuais. Acrescente-se que, em consonância com a jurisprudência dos tribunais superiores, não há que se falar em cerceamento de defesa em relação aos fatos ocorridos na fase inquisitória.

Assim, **não vislumbro a alegada nulidade.**

A Recorrente alega ainda a **ausência de provas no processo administrativo**. Segundo ela, “o fiscal não juntou nenhum documento, declaração testemunhal, ou ainda menção de quem lhe deu as informações sobre a recorrente, ou seja, não há nenhuma prova documental/escrita, nada além das vagas afirmações do auditor fiscal”.

Com efeito, apesar de o despacho decisório alegar a realização de diligências, não foram juntadas aos autos quaisquer provas ou maiores delimitações acerca das evidências que teriam sido utilizadas para corroborar tal entendimento. Vejamos:

Trata o presente processo de Representação Fiscal para que se proceda à exclusão da empresa identificada acima do regime diferenciado do SIMPLES Nacional (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), retroativa a 1º de julho de 2007, em virtude da prática de cessão de mão-de-obra, atividade vedada à opção nos termos da legislação vigente.

Segundo a Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do SIMPLES Nacional no curso de procedimento fiscal foi constatado no domicílio da empresa o funcionamento apenas do escritório sendo os trabalhos de carga e descarga realizados em locais diversos indicados pelos tomadores do serviço, não havendo contrato formal entre fornecedor e tomador os serviços são remunerados por determinação de valor do homem/dia emitindo-se posteriormente Nota Fiscal. Diligência efetuada em tomadores do serviço da empresa em análise verificou a sistemática de utilização daquele que, via de regra, passa pelas fases de solicitação de pessoal em virtude do volume de cargas variável, quantidade de pessoal informada via telefone, funcionários disponibilizados são alocados em postos diversos pelo tomador e sob a orientação daquele, o que termina por configurar a cessão de mão-de-obra.

Não há sequer menção a quais seriam os tomadores que teriam sido diligenciados, o que inviabiliza a prestação da ampla defesa e do contraditório.

Registre-se ainda que a decisão recorrida não se manifestou acerca da nulidade suscitada em impugnação.

A meu ver, portanto, caracteriza a nulidade do despacho decisório, nos termos do art. 59, II do Decreto n. 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente **ou com preterição do direito de defesa.**

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Caracterizada a preterição do direito de defesa, deve ser acatada a preliminar de nulidade suscitada para declarar a nulidade do Ato Declaratório Executivo que desenquadrado do Simples, bem como os lançamentos decorrentes.

Destaque que nessa mesma reunião o processo n. 10920.721037/2011-16 não foi conhecido, nos termos do Acórdão n. 1101-001.508.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário para acatar a preliminar de nulidade e anular o Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples em razão da ausência de prova, o que configurou cerceamento de direito de defesa.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz