



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10970.000210/2010-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.785 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 04 de agosto de 2020
Recorrente CCM CIRCUITOS DE COMANDOS E MONTAGENS ELÉTRICAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

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.

DILIGÊNCIA. ASPECTO TEMPORAL.

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.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

A prestação de serviços, em especial, de montagem da estrutura elétrica, mecânica, sistema elétrico de elevador e de equipamentos industriais por tempo determinado com fornecimento de todos os insumos e pessoal técnico necessários com responsabilidade total da Recorrente/Contratada em local indicado pelas contratantes/tomadoras não se configura cessão ou locação de mão de obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1003-001.785 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10970.000210/2010-64

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/UBE/MG n.º 84, de 16.04.2010, com efeitos a partir de 01.07.2007, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 94:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de exercer atividade de cessão ou locação de mão de obra, conforme disposto no inciso XII, do artigo lida Lei Complementar n2 123, de 14 de dezembro de 2006. [...]

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01/07/2007, conforme disposto no inciso VII do artigo 6º da Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007.

Art. 3º Somente no caso de exclusão por débitos, tornar-se-á sem efeito a exclusão, caso a totalidade dos débitos da pessoa jurídica sejam pagos ou parcelados no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE).

Art. 4º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972- Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 5ª Turma DRJ/JFA/MG n.º 09-33.052, de 25.12.2010, e-fls. 208-213:

EXCLUSÃO SIMPLES NACIONAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO EXCLUSIVA. ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A delegação de competência para atos de competência não exclusiva, como a exclusão do Simples Nacional, não vicia o ato praticado. Na verificação de que a empresa pratica cessão de mão-de-obra, ainda que também trabalhe em regime de empreitada, sujeita-a à exclusão do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 18.01.2011, e-fl. 215, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 16.02.2011, e-fls. 216-233, 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 - DO ACÓRDÃO E FATOS [...]

Saliente-se que houve o ato declaratório de exclusão do simples antes de qualquer manifestação do delegado.

O ato declaratório determinou os efeitos tributários, a partir de 01/07/2007, e contemplou todo o período de apuração fiscal.

Conseqüentemente, houve o levantamento das diferenças devidas pelo desenquadramento de optante de tributação simplificada, sendo lavrados os autos de infrações (AI) números: 372705383; 372705375; 372705391.

O lançamento dos débitos destes autos de infrações perfaz os valores respectivos de R\$ 31.037,38; R\$ 529.087,54 e R\$ 180.662,67; sendo um total de R\$ 740.787,59.

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, a qual foi conhecida, mas julgada improcedente, entendendo, em suma, que a atividade do ora recorrente não se enquadra nas benesses do sistema simples de tributação em razão de suposta cessão de mão de obra. Também rejeitou a preliminar de nulidade do ato de exclusão delegado por entender que a portaria RFB permitiria tal forma; bem como indeferiu produção de provas por entender prescindíveis.

É o escorço necessário à apreciação desse C. Conselho.

II - DO DIREITO

a) EFEITO SUSPENSIVO

Requer, na forma do art. 33 do Decreto 70.235/72, efeito suspensivo ao recurso, determinando a suspensão da exclusão do contribuinte do simples e sua permissão de opção e faturamento até a decisão final desse C. Conselho de Recursos.

b) PRELIMINARMENTE

b.1) NULIDADE DO PROCEDIMENTO

Apesar de a r. DRJ entender que o ato de exclusão do simples ser passível de delegação, por suposto atendimento ao Decreto-Lei 200/1967 (arts. 112 e 12) e Decreto 83.937/1979; tal entendimento não merece prosperar, senão vejamos.

Primeiramente, mister relembrar a dinâmica em que se deu o procedimento administrativo.

Note-se não haver consideração ou alguma manifestação do delegado no tocante à menção constante do despacho à fl. 92 do PAF: [...]

Ato contínuo, foi praticada a exclusão do simples à f. 93.

Consoante preleciona o art. 59 do Decreto 70.235/72, são nulos os atos praticados por pessoa incompetente ou em preterimento ao direito de defesa.

Apesar da delegação do chefe da SACAT em poder exarar ato declaratório, este o condicionou à consideração superior do Delegado da Receita Federal do Brasil.

Neste momento do procedimento, ocorreu a nulidade do ato administrativo pela incompetência, data venta, pois o chefe da SACAT condicionou-o à consideração superior e esta não ocorreu.

Registre-se o ato decisão de exclusão do simples ser de competência exclusiva do delegado, tanto que o chefe da SACAT o sujeitou. No entanto, tal decisão inexistente no procedimento.

A lei 9.784/99, em seu art. 13, III orienta pela impossibilidade de delegação de atos exclusivos. [...]

É cedo que o ato de exclusão, forte no art. 33 da Lei Complementar 123/09, é de competência da autoridade responsável pela Secretaria da Receita Federal, qual seja, Delegado da Receita Federal.

Nesta seara, indelegável o ato impugnado.

Não obstante, consoante o próprio ato declaratório menciona em seu art. 40, a exclusão tornar-se-ia definitiva tão somente após o direito de defesa constitucionalmente garantido.

Mesmo assim, foram lavradas as infrações e levantado o débito decorrente da exclusão do contribuinte do sistema simplificado de arrecadação.

Note-se, portanto, estar os atos eivados de nulidade, forte na impossibilidade dar seguimento a persuasão fiscal sem o direito de defesa, garantido no nosso art. 5º, LV da Carta Republicana de 1988.

b.2) INDEFERIMENTO DE PROVAS

Foi indeferida a produção de provas por entenderem ser prescindível.

Salvo melhor juízo, nosso posicionamento é que, em caso de dúvida, sejam deferidas as provas, em especial a testemunhal pelo esclarecimento da situação fática da prestação de serviços.

A produção de todos os meios de prova admitidos em direito possui supedâneo no contraditório a ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), sendo a realização de diligência pela (art. 16, IV do Decreto 70.235/72) e oitiva de testemunhas com fulcro de esclarecer a forma (supervisão, direção, responsabilidade e outros) de trabalho nos serviços prestados.

Nessa senda, merece a declaração de nulidade por esse Colegiado no tocante ao ato declaratório executivo de n. DRF/UBE 043 e o consequente lançamento tributário, bem como infrações respectivas. Isto, com supedâneo no art. 59 parágrafos 1º a 3º e arts. 60 a 61 do Decreto 70.235/72, que dispõem sobre a possibilidade de declaração da nulidade, efeitos nos subseqüentes atos e análise de mérito sem repetir o ato nulo; bem como devolver o processo à fase de instrução.

c) - MÉRITO

O acórdão ora vergastado entendeu que houve contrato genérico com a empresa Cargil e que este traria dúvidas em razão de, além das manutenções e instalações elétricas, teria previsão de que construções de pequenas edificações, demolição de cercas e muros, telhados, instalações elétricas, hidráulicas e outras atividades afins (fls. 205).

Relata, ainda, que haveria horas extras e funcionário por administração, nas empresas Apex, Inovatti e Cargil.

Importante, inicialmente, conceituar os institutos da locação e cessão de mão de obra. [...]

A atual legislação trouxe mais tranquilidade ao segmento de infra-estrutura e outros de prestação de serviços ao definir, claramente, o conceito de cessão de mão-de-obra no parágrafo 3º do artigo 143 da já referenciada Instrução Normativa MPS/SRP 03/2005, segundo a qual "por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual respeitados os limites do contrato". (grifos acrescidos)

Nesse sentido, a disponibilidade de trabalhador no aludido regime deve ser compreendida como a colocação de profissional à inteira disposição do contratante, sob seu comando, suas ordens e sua responsabilidade, para prestação de determinadas espécies de serviços contínuos, em regime de locação de mão-de-obra. [...]

Portanto, prestação de serviço é quando há comprometimento de realização de tarefas para outrem, sob imediata direção do próprio prestador e mediante retribuição

específica. São prestações laborais autônomas, preservando-se no empregado a direção cotidiana sobre sua prestação. Nesta situação, o mínimo de diretrizes não descaracteriza a autonomia. A subordinação, por sua vez, consiste na concentração, no tomador do serviço, daquela direção cotidiana sobre a prestação laborai efetuada pelo empregado.

Quanto aos serviços serem prestados dentro do estabelecimento da tomadora de serviço, tal situação por si só não condiciona o trabalho a ser subordinado. Conforme afirmado, alguma diretriz a ser seguida pelo prestador do serviço não implica necessariamente em trabalho subordinado. Inclusive, a presença dos prestadores nas dependências da tomadora melhora eficiência porque facilita o acesso às informações dos empregados da tomadora.

No caso em análise, cuida-se de simples prestação de serviços na área de instalações elétricas em benefício de suas contratantes, sendo que não há subordinação, gestão ou disposição pelas empresas contratantes.

Registre-se que sempre há um supervisor técnico de segurança de trabalho, não se configurando a prestação de serviços como mera colocação à disposição da mão de obra.

In casu, há ampla autonomia e controle de suas ações por parte da prestadora, não caracterizadora de locação ou cessão de mão-de-obra. Outrossim, não restou demonstrada a subordinação ou a pessoalidade, esta tampouco foi citada no relatório fiscal.

Nesta senda, importante destacar e impugnar alguns pontos da representação e do procedimento fiscal propriamente, senão vejamos:

À fl. 02, item 1, o respeitável auditor menciona estar a empresa no ramo de cessão ou locação de mão de obra.

Pois bem, sem razão, eis que na realidade a prestação de serviços da recorrente, consoante seu objeto social previsto na última alteração é "comércio varejista de material elétrico, cabos, fios, eletrocondutores, contadores, reeles, e a prestação de serviços em montagens e instalações na área de engenharia elétrica e industriais".

O item 03 da atuação fiscal diz ser a atividade principal a prestação de serviços através de cessão de mão de obra com diversas tomadoras (Apex Construtora Ltda, ADM do Brasil Ltda. Innovatti Ind e Comércio de Esteres Sintéticos Ltda e Cargill Agrícola).

Note-se bem, o próprio auditor reconhece em suas conclusões tratar-se de prestação de serviços em montagens e instalações elétricas.

Assevera o respeitável servidor dessa administração:

"Apex construtora Ltda contrato assinado em 04/10/05 sistema elétrico para elevador"

"ADM do Brasil Ltda contrato assinado em 13/02/07 objeto da prestação do serviço de montagens e instalações elétricas."

"Inovatti Ind e Comércio de Esteres Sintéticos Ltda contrato assinado em 20/03/2009, objeto da prestação de serviço de montagem de estrutura elétrica."

"Cargill Agrícola S/A contrato assinado em 20/03/06 com primeiro termo aditivo com vigência em 21/03/08 e término 21/03/09. Segundo termo aditivo com vigência em 23/03/2009 e término previsto para 23.03.2010. Constitui objeto deste contrato estabelecer condições gerais que regerão todas as contratações feitas pela contratante junto à contratada para a execução dos serviços abaixo relacionados:

- a) Construção e/ou demolição de cercas, muros, calçadas, paredes, edículas ou pequenas edificações.
- b) Reforma ou ampliação de telhados, vestiários, refeitórios ou de outras edificações existentes nas dependências da Cargill.
- c) Serviços de pintura nas edificações existentes nas dependências da Cargill
- d) Serviços de instalações hidráulicas incluindo serviços de drenagem.
- e) Serviços de instalações elétricas.
- f) Serviços de terraplanagem e aterro.
- g) Serviços de manutenção mecânica e serviços de fabricação e montagem de equipamentos industriais.

"Além destes contratos, a empresa ainda assinou diversos contratos com a Cargill para fornecimento de mão-de-obra de eletricitistas e execução de serviços de manutenção e montagens de estrutura elétrica com fornecimento de mão-de-obra e material."(grifo nosso)

Mesmo assim, concluiu no item 4 (fl.02) tratar de cessão de mão-de-obra.

Os contratos e a prestação de serviços do contribuinte merecem algumas pontuações reais e contrárias à interpretação da louvável repartição fiscal mantida pelo acórdão ora atacado.

O destaque mais relevante é com relação ao contrato da Cargill de fls. 14/24, sendo que este estipula condições gerais para a prestação de serviços pertinentes em suas instalações conforme a cláusula I: "DO OBJETO" Trata-se, na realidade de um contrato padrão para estabelecer aspectos gerais a todos os contratados daquela empresa, inclusive este menciona (fls.

14 — introdução) que:

“(...) Considerando:

I - QUE a contratada é uma empresa que executa à Cargill serviços de montagem e manutenção de instalações elétricas com o fornecimento de materiais ou não (...);

II - QUE a elaboração de contratos individuais para cada SERVIÇO poderia se mostrar medida ineficiente, em razão dos serviços terem curto prazo de duração, por muitas vezes inferiores até mesmo ao prazo para elaboração e assinatura dos contratos;

III - QUE, em virtude dos itens I e II acima, é de interesse de ambas as partes, regular através de um único documento, as condições gerais que se aplicarão a cada relação contratual que se estabelecer quando da realização de cada SERVIÇO celebrar o presente O item 1.3 de fls. 14/15 indica que haverá aditivo de contrato a cada serviço.

O prazo do instrumento de dois anos e suas prorrogações, por si, não configuram a cessão e locação direta de mão-de-obra.

Há sempre cotações com esta manifestante e outras empresas, consoante previsto no instrumento de fl. 16 (3.1.1), o que, cabalmente, implica em serviços não contínuos e individualmente contratados.

Tal circunstância é perfeitamente provada pelo próprio contrato e pelos orçamentos (constantes dos autos) realizados pela contribuinte nas notas fiscais que foram objeto da auditoria fiscal.

Portanto, há uma espécie de fidelidade entre as partes por um contrato genérico e, nas efetivas necessidades, são feitos outros compromissos. Outros aspectos importantes da relação é a total responsabilidade da contratada pelos serviços (item 6.12 — fl. 18), não subordinação direta com a tomadora (item 6.2.1 "d").

Com relação aos contratos de fls. 29/42, que têm como objeto 03 eletricitas por administração, é de ressaltar sua curta duração de um mês cada (fls. 30 e 39), o que demonstra a eventualidade.

Notável, trataram do projeto "Polo" para instalação de suportes botoeiras e instrumentos (fl. 29, item 1.1).

O item 5.5 (fls. 31 e 38) trata da fiscalização e subordinação direta pela contratada.

O item 5.3 dos contratos assevera a inteira responsabilidade • pelos serviços e danos pela contratada.

O contrato da Apex de fl. 43 diz respeito ao serviço de empreitada de 05/06/2006 a 13/12/2007, havendo especificação (fl. 45) de serviços a serem realizados: eletroduto, instalações de prumadas, e derivações; instalação de componentes de proteção, comando e medição; e outros.

O instrumento de fl. 46/49 com a empresa ADM retrata o fornecimento de material e ferramental necessários, bem como direção e execução dos serviços pela contratada (item 5 - a, b, c).

No mesmo pacto (fl. 48 - item 9.1) é de se notar a responsabilidade pela perfeição e responsabilidade do serviço, inclusive tendo que repará-lo por conta própria em caso de incorreções.

O orçamento de fls. 50/51 trata de fornecimento de material, mão-de-obra para montagem elétrica da unidade da ADM de Chapadão —GO. Consta da fl. 51 a relação de materiais incluindo-os no preço.

O ajuste contratual com a Innovatti (fls. 53/64) tem como objeto "a montagem da estrutura elétrica, instrumentação, e a parte elétrica do warehouse novo".

Neste há consignado um orçamento de n. NRO 96 com proposta de trabalho com carta convite. O prazo dos serviços foi de 45 e 30 dias. Também constam as responsabilidades (fl.58) no tocante aos empregados, transporte, materiais, hospedagem, atos praticados, prejuízos, ordem e disciplina, indicando um supervisor responsável pelo comando. Da mesma forma à fl. 59 no tocante a administrar os serviços e dirigir o pessoal (item 4.7.1 e 4.7.5). Note-se, ainda, que a ora impugnante era obrigada a garantir os serviços (fl. 61- 4.12)

As notas fiscais levantadas pelo nobre auditor são todas de serviços elétricos, em que pese algumas imperfeições descritivas. Estas estão todas acompanhadas dos respectivos orçamentos e propostas de serviços e sempre mencionam o uso de material e pessoal para execução dos trabalhos.

Ou seja, sempre houve uma demanda, uma solicitação, orçamento e proposta atrelados à prestação de serviços, bem como vinculados ao contrato geral vigente. Portanto, não se trata de relação contínua de cessão de mão-de-obra.

A menção de alguns funcionários sob administração quer dizer com a administração por horas de trabalho da contratada, sendo que nestas circunstâncias há também o fornecimento de material e mão de obra, conforme relatam os orçamentos.

Por fim, insta salientar que a empresa forneceu serviços, materiais, equipamentos, ferramental, serviços de empreitada, montagem com responsabilidade

pela execução e direção própria de seus funcionários. Tudo mediante contratação, orçamento, propostas, projetos específicos (pólo e outros); não caracterizando um trabalho efetivamente contínuo ou vedado pela legislação em regência do sistema simples.

Acrescente-se, a ora recorrente é quem fornece todos os uniformes EPI's, fiscaliza, supervisiona e dirige os trabalhos dentro das instalações das suas clientes, então tomadoras dos serviços.

Existem, permanentemente, responsáveis pelas equipes na execução dos serviços, dentre eles engenheiro, técnico de segurança, encarregado e supervisor.

Tanto que a própria representação fiscal reconhece a existência de supervisores, técnicos de segurança, técnico eletricitista e engenheiro.

Ao contrário do acórdão (f. 205- § 2º) interpreta dúvidas quanto ao contrato da Cargill a melhor e real análise conclusiva da relação com todas as outras empresas é pela prestação de serviços na área de montagens e instalações elétricas. [...]

Inobstante, observe-se que, antes da LC N.º 123-2006 não podiam optar pelo SIMPLES as empresas que prestavam serviço mediante "locação" de mão-de-obra.

Atualmente há uma exceção para as empresas enquadradas no Anexo IV (com as devidas alterações da LC 128/2008), que são limpeza, vigilância, construção civil, montagens em empresa, etc., atividades que podem ocorrer a cessão de cessão de mão-de-obra e empreitada.

Neste diapasão, ainda que seja entendida a configuração de cessão ou locação de mão-de-obra, há a possibilidade de se manter a empresa no simples em razão deste permissivo legal.

Não se pode dar interpretação analógica da proibição de opção ao simples das empresas tipicamente de locação de mão-de-obra, pois, estaríamos em ofensa ao nosso sistema jurídico que proíbe a restrição sem que a lei assim defina.

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:

III- DOS REQUERIMENTOS E CONCLUSÃO

Pelo exposto, requer:

a) o conhecimento do recurso e, em razão do notório prejuízo financeiro do contribuinte e a dificuldade de continuar suas atividades e até encerrá-las com encargos fiscais bem maiores em ser tributado fora da Lei 9.317/96 e pelos lançamentos efetivados dos débitos sujeitos à cobrança, execução e inserção de dívida ativa; a concessão de efeito suspensivo com fulcro no art. 33 do Decreto 70.235/1972 e art. 61 parágrafo único da Lei 9.784/99 no tocante à exclusão do simples dos respectivos débitos até a solução definitiva na esfera administrativa, inclusive não lançamento como dívida da Fazenda Pública, possibilitando certidões negativas e a manutenção da arrecadação na forma simplificada optada;

b) provimento do recurso para reformar o acórdão; preliminarmente, declarando nulo o ato, declaratório executivo n. DRF/UBE 043 em razão da incompetência funcional; deferindo a produção de provas requeridas ou; meritoriamente, anulando o referido ato de exclusão do simples e reconhecendo o direito do contribuinte em manter-se optante tributário pelo sistema simplificado de arrecadação previsto na Lei

9.317/96 e suas alterações, e cancelando os consequentes débitos fiscais por tributos e infrações números 372705383; 372705375 e 372705391; ou, caso assim não entenda e em respeito ao princípio da eventualidade, que mantenha a empresa no simples e aplique as infrações e lançamentos tributários com proporcionalidade/razoabilidade apenas nos meses que concluir pela existência de irregularidade.

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 n.º 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.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

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 e da qual a pessoa jurídica 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 n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ademais, 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. Sobre a matéria, cabe indicar o entendimento emanado em algumas oportunidade pelo Supremo Tribunal Federal¹:

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, "a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente" (AI 650.375 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e "o órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento" (AI 690.504 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008). [AI 747.611 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 13-10-2009, 1ª T, DJE de 13-11-2009.] = AI 811.144 AgR, rel. min. Rosa Weber, j. 28-2-2012, 1ª T, DJE de 15-3-2012 = AI 791.149 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-8-2010, 1ª T, DJE de 24-9-2010 (grifos do original)

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, precluindo o 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. 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 ao argumento de que se dedica a prestação de serviços.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A constituição e o supremo do art. 93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

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)².

A Lei Complementar n.º 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 irrevogável 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 que 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. 2.º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 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 n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

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 n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

Para configuração da operação de cessão 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 n.º 312, de 06 de novembro de 2014 e Solução de Consulta Cosit n.º 19, de 25 de janeiro de 2019).

Consta nas Perguntas e Respostas Simples Nacional ³:

5.2. Em que Anexo devo tributar as atividades exercidas pelas ME e EPP? [...]

³ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Nacional. Simples Nacional. Manuais. Perguntas e Respostas Simples Nacional. Disponível : <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

São enquadradas como prestação de serviços não sujeitos ao fator “r” e tributados pelo Anexo III da LC 123, de 2006, as seguintes atividades: [...]

- serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais;

No Contrato Social da Recorrente consta como objeto, e-fls. 11-14:

O objetivo social será o comércio varejista de material elétrico, cabo, fios, eletrodutos, contatares, reeles, e a prestação de serviços em montagem e instalação na área de engenharia elétrica em edificações e industriais.

Está registrado no Contrato de Prestação de Serviços com a Contratante/Tomadora Cargill Agrícola S/A, e-fls. 15-43:

CLÁUSULA 1 - DO OBJETO

1.1 Constitui objeto do presente CONTRATO estabelecer as condições gerais que regerão todas as contratações feitas pela CARGILL junto à CONTRATADA para execução dos serviços.

1.2 Os SERVIÇOS que a CONTRATADA executará à CARGILL ao abrigo deste contrato consistem, mas não estando limitadas nas seguintes:

- a) construção e/ou demolição de cercas, muros, calçadas, paredes, edículas ou pequenas edificações;
- b) reforma ou ampliação de telhados, vestiários, refeitórios ou de outras edificações existentes nas dependências da CARGILL;
- c) serviços de pintura nas edificações existente nas dependências da CARGILL;
- d) serviços de instalações hidráulicas, incluindo serviços de drenagem;
- e) serviços de instalações elétricas;
- f) serviços de terraplanagem e aterro;
- g) serviços de manutenção mecânica;
- h) serviços de fabricação e montagem de equipamentos industriais [...]

CLÁUSULA II —DO-PRAZO

21 DO PRAZO DO PRESENTE CONTRATO

2.1.1 O presente contrato vigorará pelo prazo de 02 (dois) anos a contar da data de sua assinatura. [...]

6.2 QUANTO AO SERVIÇO

6.2.1 A CONTRATADA obriga-se ainda a:

a) A CONTRATADA será responsável por cumprir e fazer cumprir com que todo o pessoal em serviço utilize identificação especial, bem como, observe os regulamentos disciplinares, de higiene e de segurança tanto individual como coletivo (inclusive portanto equipamentos de segurança universalmente consagrados para a função) da CARGILL, existentes no local de trabalho, com obrigatoriedade de observar as exigências emanadas da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) e as contidas na legislação em vigor assumindo total responsabilidade pelo atendimento às normas pertinentes às atividades por ela exercidas. [...]

6.2.3 A CONTRATADA responsabiliza-se também pelo fornecimento de rodas as máquinas, equipamentos, ferramentas e utensílios manuais e necessários à execução da obra, devendo ser substituídos prontamente [...]

8.1 A CONTRATADA responsabiliza-se perante a CARGILL e terceiros por todo e qualquer dano causado seja no âmbito ambiental civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outro âmbito em decorrências dos SERVIÇOS que realizar [...].

Consta no Contrato de Prestação de Serviços de instalações de prumadas e derivações, eletroduto, instalação de componentes de proteção, comando e medição, instalação de sistema de comunicação e dados, instalação de sistema de proteção contra raios, iluminação da obra e instalações para televisão, internet e telefonia com a Contratante/Tomadora Apex Construtora Ltda., e-fls. 44-46:

1. DO OBJETO: O presente contrato tem como objeto a realização pela CONTRATADA, sob o regime de empreitada, os serviços descritos no quadro de especificação dos serviços, conforme Anexo I, que assinado pelos CONTRATANTES faz parte integrante do presente contrato.

1.1. Obriga-se também a CONTRATADA a aceitar e realizar serviços não compreendidos nas especificações em anexo, quando necessários à obra e determinados, por escrito, pela ÁPEX, que os remunerará pelos preços unitários ajustados.

1.2. A CONTRATADA realizará seus serviços em estrita observância aos projetos e especificações determinados pela ÁPEX, sem prejuízo das regras técnicas e normas regulamentares relativas aos serviços contratados, independentemente de vigilância.

1.3. Os serviços serão realizados nas obras de construção, no local acima mencionado, correndo por conta da CONTRATADA todas as despesas próprias e de seus empregados relativas a transporte, alojamento, alimentação, vestuário e outras afins [...]

2. DO PRAZO: A CONTRATADA iniciará os serviços no dia 05/06/2006 e os concluirá em 31/12/2007, prazo previsto para conclusão dos serviços, podendo a ÁPEX prorrogar o término final, comunicando à CONTRATADA com antecedência mínima de 07 (sete) dias. [...]

6. DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA: A CONTRATADA obriga-se a:

a) - executar todos os serviços objeto desse contrato; [...]

6.1. Sempre que a ÁPEX seja chamada por terceiros, em juízo ou extrajudicialmente, a reparar danos sofridos, haveres trabalhistas ou sanções por descumprimento de normas regulamentares de segurança do trabalho, a CONTRATADA deverá antecipar-se e compô-los de imediato, sob pena de ação regressiva, caso em que estará sujeita a indenizar a APEX, pelo dobro, da quantia dispendida atualizada.

O Contrato de Prestação de Serviços de montagem de uma estrutura elétrica de uma balança com a Contratante/Tomadora ADM do Brasil Ltda. fixa, e-fls. 47-53:

2. Os serviços serão prestados no endereço anteriormente mencionado, por pessoal devidamente treinado, em horário a ser estabelecido pelas partes no ANEXO II.

3. A forma, realização, fornecimento de materiais e demais condições sobre a execução dos serviços serão disciplinadas no ANEXO II. [...]

5. A CONTRATADA obriga-se, além da execução dos serviços especificados e discriminados no ANEXO II, a observância dos itens constantes do preâmbulo e do ANEXO I, especialmente os constantes do quadro que segue, que se constituem em obrigações especiais.

- a) Fornecer o material e o ferramental necessários para a execução dos serviços objeto deste contrato, salvo se diversamente acordado pelas partes por escrito.
- b) Responsabilizar-se tecnicamente pela direção e pela execução dos serviços;
- c) Fornecimento de toda mão-de-obra necessária à execução dos serviços utilizando empregados habilitados, em número suficiente e devidamente registrados para a perfeita execução dos serviços;
- d) Fornecer e acompanhar o uso obrigatório dos EPI's, conforme determinação do SESMT, sob pena de infração contratual e sua imediata rescisão;
- e) Cumprir e fazer cumprir os dispositivos e as normas intentas de meio ambiente, segurança e medicina do trabalho, evitando o risco de acidente com os trabalhadores avulsos, empregados da ADM, terceiros e com o meio ambiente. [...]

6.8. A CONTRATADA obriga-se a executar os serviços objeto deste contrato, de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, efetuando os serviços dentro do prazo estabelecido, em perfeita obediência ao que estipula o presente contrato, seguindo rigorosamente as orientações fornecidas pela ADM [...].

13. Este contrato não estabelece que/quer vínculo empregatícios ou responsabilidade solidário ou não, em relação a ADM e à CONTRATADA.

13.1. Não se estabelece, por força deste contrato, nenhum tipo de sociedade, associação, consórcio, representação ou agência entre a ADM e a CONTRATADA

O Contrato de Prestação de Serviços com a Contratante/Tomadora Innovatti Indústria e Comércio Esteres Sintéticos Ltda. determina, e-fls. 54-65:

1.1. Constitui objeto do presente contrato de prestação de serviço a montagem da estrutura elétrica, instrumentação e a parte elétrica do novo warehouse, que a CONTRATADA executará na filial da CONTRATANTE, localizada no endereço supra, sob o regime de empreitada com fornecimento de materiais e mão de obra, conforme abaixo:

1.2. Integra este contrato, como ANEXO 2, o orçamento NR0.96 (REV.-02)-2009 datado de 06/03/2009, ora denominada PROPOSTA a qual foi elaborada pela CONTRATADA a partir da CARTA CONVITE e PROJETO ELÉTRICO, na qual estão discriminados os valores e os serviços a serem executados. [...]

2.0 O prazo previsto para a execução dos serviços será de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para os serviços elétricos e instrumentação e de 30 (trinta) dias úteis para a parte elétrica do warehouse, após a confirmação do pedido pela CONTRATANTE. [...]

3.4. O Transporte dos materiais e dos equipamentos, bem como o custo referente ao seguro durante o transporte, e descarregamento no local do serviço, será de responsabilidade da CONTRATADA. [...]

4.1 A CONTRATADA assume inteira responsabilidade pelos atos praticados por seus empregados quando no cumprimento do presente contrato, obrigando-se a ressarcir eventuais danos ou prejuízos provocados pelos mesmos, ainda que por imperícia ou negligência, ficando autorizado o desconto automático dos valores apurados nos pagamentos ainda não realizados.

As discriminações dos serviços constantes nas notas fiscais emitidas pela Recorrente/Contratada estão coerentes com os contratos de prestação com os contratantes/tomadoras, e-fls. 66-90.

A prestação de serviços, em especial, de montagem da estrutura elétrica, mecânica, sistema elétrico de elevador e de equipamentos industriais por tempo determinado com fornecimento de todos os insumos e pessoal técnico necessários com responsabilidade total da Recorrente/Contratada em local indicado pelas contratantes/tomadoras não se configura cessão ou locação de mão de obra. O motivo destacado pela Recorrente, por conseguinte, pode ser verificado.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva