



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.003510/2010-86
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.286 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 07 de maio de 2020
Recorrente MARIA DE FÁTIMA CASTELLON EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO - ADE. VÍCIO DE MOTIVO. INVALIDIDADE.

O ADE, enquanto ato administrativo, deve preencher os requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto, a fim de que seja considerado válido. Assim, é motivo de invalidade do ADE por vício quanto ao motivo de fato caso o mesmo tenha estabelecido efeitos de exclusão do SIMPLES a partir de 2007 quando a prova determinante para a exclusão do SIPMLES somente tenha sido produzida em 2010.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 06-43.386 da 7ª Turma da DRJ/CTA, de 28 de agosto de 2013 (fls. 161 a 167):

A pessoa jurídica acima identificada incorreu nas vedações previstas no art. 17, incisos XI e XII, da Lei Complementar nº 123/2006, conforme despacho decisório proferido nos autos do processo administrativo nº 10980.003510/2010-86, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 387, de 8 de dezembro de 2011, com efeitos a partir de 01/07/2007.

Consta do Despacho Decisório que a empresa exerce suas atividades mediante cessão de mão-de-obra, além da prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual de natureza técnica (engenheiro), que são causas de impedimento à opção pelo Simples Nacional.

A empresa apresentou manifestação de inconformidade no qual contesta a sua exclusão com as seguintes argumentações:

Que o fundamento que excluiu a empresa do Simples Nacional foi a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra.

Apresenta julgado proferido em Agravo de Instrumento do TRF 4ª Região, no qual consta que a forma jurídica que os contratos de prestações de serviços assumem formalmente não são o determinante para se saber se há ou não a cessão de mão-de-obra. O que determina é o exame da relação jurídica concreta, e se em virtude dela ocorre a colocação de trabalhadores à disposição da empresa contratante, para a prestação de serviços em dependências suas ou de terceiros.

Salienta que a Fiscalização entendeu que a empresa exerce suas atividades em regime de locação, baseando-se, para tanto, no contrato social e nos contratos firmados pela empresa.

Entende que não é possível por meio dos contratos celebrados com a Petrobrás Distribuidora S/A, supor que a empresa presta serviços sob o regime de cessão de mão-de-obra.

Alega que o objeto social da empresa tem como atividade a fabricação de painéis, letreiros, de qualquer material; fabricação de painéis, letreiros e luminosos; instalação de painéis publicitários, etc..., sendo fiel de suas obrigações sociais e tributárias.

Afirma que os contratos firmados entre a Contribuinte e a Petrobrás Distribuidora S/A, tinha por objeto a implantação da mensagem Etanol, a serem prestados nas Gerências de Rede de Postos localizadas na área de atuação da Gerência de fiscalização de Obras da Região 6.

Argumenta que os contratos trazem previsão expressa de que a coordenação dos serviços ficará a cargo da empresa, vedando os representantes da Petrobrás dar ordens ou orientação aos empregados da empresa (3.1.3.1).

Aduz que os contratos anexados demonstram que o regime de trabalho não eram de cessão de mão-de-obra, tanto que o pagamento era efetuado pelo objeto do contrato e não por funcionário deixado à disposição da Contratante. Traz julgados do TRF 4ª Região e do STJ, sobre a não configuração da cessão de mão-de-obra quando ausente os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante.

Requer a anulação do Ato Declaratório Executivo nº 387, pois não realiza a cessão ou locação de mão-de-obra, o que ficou evidenciado na exposição da Contribuinte, embasada em julgados dos TRF e do STJ.

A DRJ/CTA, após a análise (fls. 163 a 167) dos autos, julgou improcedente o pedido da empresa contribuinte, por entender que a mesma prestava serviços de cessão de mão-de-obra e de engenharia, com alocação contínua de mão-de-obra sendo tais atividades impeditivas da adesão ao regime de tributação pelo SIMPLES, tendo entendido ainda a DRJ que o fato de os trabalhadores não estarem vinculados a ordens diretamente do tomador não estaria afastada a prestação do serviço por meio de cessão de mão-de-obra.

Face ao referido Acórdão da DRJ/CTA, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 175 a 182), alegando:

Os contratos citados, trazem previsão expressa de que a coordenação dos serviços ficará a cargo da Recorrente, vedando-se aos representantes da Petrobras Distribuidora S/A dar ordens ou orientação os empregados da Contribuinte (3.1.3.1).

É imperativo reconhecer que os contratos juntados aos autos demonstram que o regime de trabalho não era de cessão de mão-de-obra, tanto que o pagamento era efetuado pelo objeto do contrato realizado e não por funcionário deixado à disposição da Contratante.

A empresa recorrente apresentou ainda jurisprudência do STJ para reforçar as suas alegações, no seguinte sentido:

3. Não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse) e de execução das atividades no estabelecimento comercial do tomador de serviços ou de terceiros (art. 31, § 3º, da Lei nº 8.212/91).

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 499955/RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 14.06.2004. p. 164).

Ao fim (fl. 182), a recorrente requer a reforma do Acórdão e a anulação do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 387.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF n.º 329/2017, considerando-se tratar de exclusão no regime de tributação pelo SIMPLES NACIONAL.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 23/10/2013, vide carimbo de recebimento da RFB, fl. 175), face ao recebimento da intimação datada de 25/09/2013, fl. 173) e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário indicar que o ponto controvertido ainda sob análise diz respeito à caracterização ou não da execução, pela empresa contribuinte, de atividades de **cessão de mão-de-obra** e de **engenharia**.

A DRJ indica que o exercício de atividades de cessão de mão-de-obra e atividades de engenharia ensejariam a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES, nos termos do art. 17, inc. XI e XII, da Lei Complementar Federal nº 123/2006.

Nas fls. 163 a 166, a DRJ tratou acerca da **cessão de mão-de-obra**, sem no entanto, indicar em qual dispositivo dos termos contratuais constantes no processo e celebrados pela empresa contribuinte restaria caracterizada a cessão de mão-de-obra, tendo se limitado a DRJ a citar genericamente alguns dispositivos que tratavam de necessidade dos serviços, de fiscalização de contrato, dentre outros que não denotavam qualquer poder dirigente ou de comando por parte dos tomadores dos serviços sobre os empregados da empresa prestadora dos serviços.

A fiscalização não se confunde com o comando, na medida em que é natural que a fiscalização dos termos contratuais seja promovida pelo contratante tomador dos serviços, a fim de que verifique se os serviços prestados estão de acordo com as demandas.

De igual modo, e de igual obviedade, o estabelecimento das necessidades de serviços advém do tomador e por este são determinadas, o que em nada se confunde com o comando, ou seja, o como será feito o serviço.

A empresa Recorrente refutou a tese do enquadramento de suas atividades como sendo de cessão de mão-de-obra, ao contra-argumentar:

Os contratos citados, trazem previsão expressa de que a coordenação dos serviços ficará a cargo da Recorrente, vedando-se aos representantes da Petrobras Distribuidora S/A dar ordens ou orientação os empregados da Contribuinte (3.1.3.1).

É imperativo reconhecer que os contratos juntados aos autos demonstram que o regime de trabalho não era de cessão de mão-de-obra, tanto que o pagamento era efetuado pelo objeto do contrato realizado e não por funcionário deixado à disposição da Contratante.

Dentre as obrigações contratuais da contratada (empresa contribuinte), constam as seguinte obrigações (fls. 13, 30 e 38):

3.1.3 – Quanto ao pessoal:

3.1.3.1 - Responder pela coordenação, supervisão, direção técnica e administrativa e mão-de-obra necessária à execução dos serviços contratados, sendo, para todos os efeitos e causas, a única e exclusiva empregadora, comprometendo-se a observar rigorosamente a legislação trabalhista e previdenciária, responsabilizando-se ainda, por qualquer adicional de remuneração devido ao pessoal alocado aos serviços;

Tais dispositivos contratuais, no entanto, não foram objeto de contestação específica por parte da DRJ, merecendo reforma, neste ponto, o Acórdão da DRJ, já que não se encontra cabalmente demonstrada a cessão de mão-de-obra face à não verificação do poder de comando do tomador dos serviços.

Aliás, a coordenação dos trabalhos é atribuída contratualmente à prestadora, nos termos da cláusula 3.1.2.4 e da cláusula 3.1.2.5, dos contratos que instruem o processo (ex.: fl. 11).

Em relação à consideração da DRJ de que a empresa executaria atividades de **engenharia** e, por isso, haveria de ser excluída do regime de tributação pelo SIMPLES, necessário indicar o disposto na Súmula CARF nº 134, que assim dispõe:

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo **necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.**

A DRJ, por seu turno, entendeu que os serviços prestados pela empresa contribuinte por meio de referidos contratos estavam submetidos à fiscalização do Conselho Regional de Engenharia (CREA-PR), conforme constante na fl. 134 do Acórdão da DRJ, e, por esse motivo, restaria caracterizada a atividade de engenharia.

A recorrente, por sua vez, indica que o fato de possuir registro no CREA, não caracteriza que tais serviços prestados tenham sido na área de engenharia, nos seguintes termos:

A doutrina e a jurisprudência entendem que: **"o que deve determinar a exclusão de uma empresa do Simples não é a qualificação dos funcionários e sim a atividade exercida pela própria empresa. Não basta que os funcionários sejam engenheiros, é preciso que a empresa preste serviços de engenharia."**

O TRF da 1ª Região, conforme ementa abaixo:

'TRIBUTÁRIO. LEI 9.317/96. ART. 9º. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EMPRESA MONTADORA DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS.

1 - Nada impede que as empresas que exerçam atividades de montagem e manutenção de equipamentos industriais possam ser incluídas no Simples, porque tais atividades não revelam prestação de serviços de engenharia.

2 - Agravo de instrumento não provido.'

(AI 2003.01.00.019411-0, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ de 05-11-2004).

Apesar do alegado pela empresa recorrente, verificou-se que o objeto dos contratos praticados pela empresa contribuinte demandam Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) junto ao CREA, no seguintes termos (fl. 12):

CLÁUSULA SEGUNDA - OBJETO

2.1 - O presente Contrato tem por objeto a execução pela CONTRATADA, sob o regime de serviços de implantação da mensagem Eland, a serem prestados nas Gerências de Rede de Postos (GRPSP3 e GRPSP5), localizadas na área de atuação da Gerência de Fiscalização de Obras da Região 6 (GFOR 6), Notas PM 403812 e 403029.

2.2 - O detalhamento do objeto do presente CONTRATO está contemplado no ANEXO "A" - MANUAL DE IMAGEM e no ANEXO "A.1" - CONDIÇÕES ESPECÍFICAS e a área de abrangência demonstrada no ANEXO "E" - ÁREA DE CONTRATAÇÃO.

[...]

3.1.2.13 - Promover a "Anotação de Responsabilidade Técnica" – ART – no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, relativa a este Contrato, encaminhando cópia à BR antes do início dos serviços, bem como comprovar o cumprimento de outras exigências de ART para os demais casos previstos em Resoluções do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA;

Tais contratos que instruem o processo, celebrados em maio de 2010 (fls. 27, 35 e 54), já sob a égide da Lei Complementar n.º 123/2006, não abrange construção de imóveis e obras de engenharia (art. 17, §1º, inc. XIII, da redação original de referida lei), resultando no fato de que os serviços ali descritos integrariam o campo da engenharia (serviço de natureza intelectual) e, portanto, não passível de ser tributado pelo SIMPLES (art. 17, inc. XI, da redação original da Lei Complementar n.º 123/2006).

Em outras palavras, portanto, ao ser requerida a ART, nos contratos, deduz-se que seus objetos se encontram inseridos no campo da engenharia, atividade que veda a empresa à permanência no regime de tributação pelo SIMPLES, **a partir da celebração de referido contrato.**

Vale ressaltar que a atividade de engenharia, em geral, como atividade empresarial permissiva do ingresso da empresa no regime de tributação pelo SIMPLES, foi admitida somente com o advento da Lei Complementar n.º 147/2014.

É preciso considerar, no entanto, que, apesar de a atividade de engenharia não ter sido permitida como passível de ser tributada pelo regime do SIMPLES na redação original da Lei Complementar n.º 123/2006, constatou-se que os meios de prova determinantes no presente processo de que a empresa contribuinte exercia atividade de engenharia são contratos datados e subscritos em **maio de 2010** (fl. 27, 35 e 54).

Ocorre que os efeitos da exclusão da empresa ao regime de tributação pelo SIMPLES, mencionado no ADE n.º 387/2011, foram estabelecidos **a partir de 01/07/2007** (fl. 130).

Vale ressaltar que o Despacho Decisório, fl. 133, concluiu haver cessão de mão-de-obra, diante de Guias de Recolhimento do FGTS e de informações à Previdência Social de competências 07/2007, 03/2008 e 09/2009, 05/2010 e 07/2010, com utilização do Código 150.

Ocorre que referido código 150 é utilizado para fins meramente operacionais e, que incluem em sua classificação operacional alocações de mão-de-obra ainda que não categorizadas como cessão de mão-de-obra (na acepção jurídica da palavra), não havendo qualquer meio de prova (contratos privados) por parte do Fisco que sustente que tais recolhimentos tenham efetivamente decorrido de cessão de mão-de-obra, **na acepção jurídica da palavra (e não meramente para fins de sistema operacional).**

Em outras palavras, referido Código constante em GFIPs não se demonstra elemento de prova suficiente, no presente caso concreto, apto a comprovar que a empresa praticara efetivamente atividades excludentes do regime de tributação pelo SIMPLES, valendo-se ressaltar que a Jurisprudência do CARF é firme no sentido de que cabe ao Fisco a demonstração de que o contribuinte efetivamente tenha executado atividade vedada ao SIMPLES, nos seguintes termos:

SÚMULA CARF 134

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, **sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.**

Diante disso, em homenagem ao princípio da oficialidade, por meio do qual a própria administração exerce a busca da verdade real e exerce diligentemente o reexame de seus próprios atos, necessário considerar vício contido no Ato Declaratório Executivo – ADE DRF/CTA n.º 387 de 8 de dezembro de 2011, tornando-o inválido.

Ora, se o meio de prova determinante para tal exclusão são contratos datados de maio de 2010, que apesar de veicularem objeto de engenharia não atribuem o poder diretivo sobre os empregados à empresa tomadora dos serviços, não há razão lógica para estabelecer que os efeitos da exclusão sejam a partir de 2007.

Não se demonstra aplicável, portanto, no presente caso concreto, que meios de prova datados de 2010 (fls. 27,35 e 54) impliquem o estabelecimento de exclusão com efeitos anteriores a referido meio de prova, o que enseja vício quanto aos motivos de fato invocados pelo ADE n.º 387/2011.

Dispositivo

Diante do exposto, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso, declarando nulo os efeitos do ADE DRF/CTA n.º 387/2011, e as decisões que o retificaram, em decorrência de vício quanto ao motivo de fato nele invocado, na medida em que tomou por base documentos produzidos no ano de 2010 para estabelecer efeitos de exclusão do SIMPLES a partir de 2007.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros