



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10980.003527/2010-33
Recurso Voluntário
Acórdão n° **1002-001.279 – 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: 2004

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

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 2004 quando a prova determinante para a exclusão do SIMPLES 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 06-36.799 da 2ª Turma da DRJ/CTA, de 10 de maio de 2012 (fls. 106 a 114):

A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório Executivo n.º 386, de 08/12/2011, de emissão do Delegado da Receita Federal em Curitiba-PR, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeitos a partir de 01/06/2004, informando como causa, afronta ao disposto na alínea “f” do inciso XII e inciso XIII, ambos do artigo 9º, da Lei n.º 9.317, de 1996.

2. A justificativa para o ato está detalhada no Despacho Decisório que instrui o processo, onde a autoridade fiscal especifica que a pessoa jurídica informa como objeto social as atividades de "reparação e manutenção de outros objetos e equipamentos pessoais e domésticos não especificados anteriormente; fabricação de painéis, letreiros de qualquer material; fabricação de painéis, letreiros e luminosos; instalação de painéis publicitários (letreiros, outdoor, placas e painéis de identificação); alugueis de painéis", e, classifica seus empregados, segundo a Classificação Brasileira de Ocupações, como Trabalhadores de soldagem e corte ligas metálicas (CBO 07243), Supervisores de montagens e instalações eletroeletrônicas (CBO 07301), Montadores de equipamentos eletroeletrônicos (CBO 07311), Instaladores e reparadores de linhas e cabos elétricos, telefônicos e de comunicação de dados (CBO 07321), Alimentadores de linhas de produção (CBO 07842), Supervisores de produção em indústrias químicas, petroquímicas e afins (CBO 08101), Operadores de equipamentos de laminação (CBO 08213), conforme evidencia o relatório "Trabalhadores informados na GFIP" anexa.

3. Consta, ainda, que a empresa possui registro junto ao CREA/PR, sob o n.º 42018, tendo como responsável técnico, desde 18/06/2004, o engenheiro civil Frederico Fernando Fridlund, carteira PR-22273/D. Desta forma, restou caracterizado o impedimento à permanência no Simples pela prestação de serviços profissional de engenharia e a locação de mão de obra.

4. Consta do processo cópia do Contrato n.º 4600103406, firmado entre a ora reclamante e a empresa Petrobrás Distribuidora S/A.

5. Cientificada, apresentou manifestação de inconformidade onde afirma que os argumentos citados pela autoridade fiscal não encontram embasamento legal que lhes de sustentação pois a questão em discussão cinge-se à análise das atividades que desenvolve a fim de estabelecer se presta serviços de locação de mão de obra ou prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade que constitui profissão regulamentada, enquanto que o entendimento predominante nos tribunais superiores é de que “o que deve determinar a exclusão de uma empresa ao Simples não é a qualificação de seus funcionários e sim a atividade exercida pela própria empresa.” Transcreve manifestações dos tribunais.

6. Sustenta que os documentos que instruem os autos comprovam que não é uma empresa de engenharia. Transcreve a legislação acerca da cessão de mão de obra e, a partir daí, traz à colação manifestação jurisprudencial sobre o assunto para afirmar que não é possível através dos contratos n.º 4600102632, 4600102834 e 4600103406, celebrados com a "Petrobrás Distribuidora S/A", supor que presta serviços sob o regime de cessão de mão-de-obra; que tais contratos trazem previsão expressa de que a coordenação dos serviços ficará a cargo da Contribuinte, vedando-se aos representantes da Petrobrás Distribuidora S/A dar ordens ou orientação os empregados da Contribuinte e que, 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. Mais uma vez lança mão de julgados.

A DRJ/CTA, após a análise (fls. 110 a 114) de exemplo de termo contratual celebrado entre a empresa contribuinte e suas tomadoras, julgou improcedente o pedido da empresa contribuinte, por entender que a mesma prestava serviços de cessão de mão-de-obra e

de engenharia, sendo tais atividades impeditivas da adesão ao regime de tributação pelo SIMPLES.

Face ao referido Acórdão da DRJ/CTA, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 119 a 130), 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. 130), a recorrente requer a reforma do Acórdão e a anulação do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 386.

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 07/03/2013, vide carimbo de recebimento da RFB, fl. 119), face ao recebimento da intimação datada de 15/02/2013, fl. 117) 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, no parágrafo 26 de sua decisão (fl. 114), 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. 9º, inc. XII, *f*, e inc. XIII, da Lei Federal nº 9.317/1996.

Nos parágrafos 17 a 21, a DRJ tratou acerca da **cessão de mão-de-obra**, sem no entanto, indicar em qual dispositivo do exemplo de termo contratual da empresa contribuinte restaria caracterizada a cessão de mão-de-obra.

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 seguintes obrigações (fl. 13):

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;

Tal dispositivo contratual, no entanto, não foi 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, do contrato que instrui o processo (fl. 12).

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 estavam submetidos à fiscalização do Conselho Regional de Engenharia (CREA-PR), especialmente em relação aos serviços de manutenção e inspeção de caldeiras (parágrafo 27 do Acórdão da DRJ, fl. 114), 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 contratual demandou Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) junto ao CREA, no seguintes termos (fls. 11 e 12):

CLÁUSULA SEGUNDA - OBJETO

2.1 - O presente Contrato tem por objeto a execução pela CONTRATADA, sob o regime de serviços da 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;

Tal contrato, celebrado em 28/05/2010 (fl. 26), já sob a égide da Lei Complementar nº 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 nº 123/2006).

Em outras palavras, portanto, ao ser requerida a ART, no contrato, deduz-se que o seu objeto se encontra inserido 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 previsto na Lei anterior n.º 9.317/1996 nem na redação original da Lei Complementar n.º 123/2006, constatou-se que o meio de prova determinante no presente processo de que a empresa contribuinte exercia atividade de engenharia é o contrato datado e subscrito em **maio de 2010** (fl. 26).

Ocorre que os efeitos da exclusão da empresa ao regime de tributação pelo SIMPLES, mencionado no ADE n.º 386/2011, foram estabelecidos **a partir de 01/06/2004** (fl. 59).

Vale ressaltar que o Despacho Decisório, fl. 63, concluiu haver cessão de mão-de-obra, diante de Guias de Recolhimento do FGTS e de informações à Previdência Social de competências 05/2004, 08/2006 e 01/2007, 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 386 de 8 de dezembro de 2011, tornando-o inválido.

Ora, se o meio de prova determinante para tal exclusão é o contrato datado de maio de 2010, que apesar de veicular objeto de engenharia não atribui 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 2004.

Não se demonstra aplicável, portanto, no presente caso concreto, que um meio de prova datado de 2010 (fl. 26) implique 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 386/2011.

Dispositivo

Diante do exposto, voto por **DAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, declarando nulo os efeitos do ADE DRF/CTA n.º 386/2011, e as decisões que o retificaram, em decorrência de vício quanto ao motivo de fato nele invocado, na medida em que tomou por base documento produzido no ano de 2010 para estabelecer efeitos de exclusão do SIMPLES a partir de 2004.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros

Fl. 9 do Acórdão n.º 1002-001.279 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10980.003527/2010-33