



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11634.001558/2010-52
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-001.806 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 05 de agosto de 2020
Recorrente SALUSTIANO & CAMPOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

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.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EMPREITADA.

A prestação de serviços de limpeza ou conservação, ainda que por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, inclusive sob a forma de subempreitada, não impede a opção pelo Simples Nacional.

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.

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/Lndrina/PR nº 74, de 05.11.2010, com efeitos a partir de 05.06.2008, e-fl. 80, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º A exclusão do contribuinte SALUSTIANO & CAMPOS LTDA EPP, CNPJ: 09.627.362/0001-81, do Sistema Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte: SIMPLES NACIONAL, tendo em vista a ocorrência da hipótese de exclusão obrigatória, prevista no Artigo 30, Inciso I I da Lei Complementar n.º. 123, de 14 de Dezembro de 2006, e Artigo 3º, Inciso II, alínea " c " da Resolução CGSN n.º 15 de 23/07/2007.

Art. 2º A exclusão do SIMPLES surtirá efeito a partir de 05/06/2008, nos termos no Artigo 31, Inciso II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de Dezembro de 2006, e conforme dispõe o Artigo 6º, Inciso IV, da Resolução CGSN N.º 15, de 23 de Julho de 2007, a qual remete ao Artigo 12, Inciso XXIII da Resolução CGSN n.º. 4 de 30 de Maio de 2007, por ter exercido de forma reiterada a Prestação de Serviços de "Cessão e Locação de Mão de Obra", atividade vedada conforme Artigo 17, Inciso XII, da Lei Complementar n.º. 123, de 14 de Dezembro de 2006, e Artigo 12, Inciso XXIII, da Resolução CGSN n.º 4, de 30 de Maio de 2007.

Fica assegurado ao contribuinte o direito de, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta publicação, manifestar por escrito, sua inconformidade, relativamente ao procedimento acima, à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba-PR.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 6ª Turma DRJ/CTA/PR n.º 06-38.931, de 21.12.2012, e-fls. 103-109:

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE IMPEDITIVA. EXCLUSÃO. EFEITOS.

Mantém-se a exclusão do Simples Nacional quando demonstrado que a empresa pratica atividade impeditiva para ingresso nessa modalidade de tributação, retroagindo os efeitos da exclusão desde o mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 10.04.2013, e-fl. 112, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 06.05.2013, e-fls. 114-117, 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:

2- PRELIMINAR DE MÉRITO

Primeiramente, insta dizer que a empresa, foi devidamente constituída na forma da Lei, optando pela modalidade de tributação do Simples consoante prevê a Lei Complementar n.º 123/2006.

Evidente que o Recorrente preencheu a todos os requisitos para enquadramento, afim do recolhimento mensal unificado de impostos, garantido na forma da Constituição Federal.

Aliás, é de suma importância destacar alguns pontos constitucionais estabelecidos pelo próprio legislador, cujo fundamento principal é a proteção às empresas de pequeno porte [...].

Conquanto, colabora-se outro texto constitucional, que descreve a respeito da diferenciação de tratamento simplificado: [...]

Dessa forma, é notório e perfeitamente possível a manutenção do Recorrente no Simples Nacional, haja vista seu objetivo é manter-se no mercado e ainda cumprir o seu papel social.

3- DO MÉRITO

Desde sua constituição, o Recorrente se encontra regularizada, e tem observado aos requisitos de enquadramento, recolhendo tempestivamente o imposto previsto na legislação.

Note-se que, no momento da constituição da empresa Recorrente, todas as informações a respeito do objeto social foram devidamente informadas aos órgãos competentes.

Enfim, não há como se olvidar que a própria autoridade administrativa tinha consentimento das atividades que seriam exercidas pela Recorrente, tanto o é que partiu da autoridade administrativa o aval para constituição da empresa nos termos da lei, podendo ser enquadrada no Simples Nacional.

Logo, insta observar o que traz a redação da Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 17, parágrafo 1º: [...]

Pois bem, tendo em vista que a empresa Recorrente PODE realizar tais atividades de acordo com seu objeto social, e, considerando que todas as atividades estão devidamente registradas, demonstra ser perfeitamente possível a manutenção da empresa Recorrente no Simples Nacional.

Entretanto, por uma questão de organização empresarial, bem como para dar idoneidade às duas atividades, o Recorrente realiza a prestação de seus serviços através de contratos de prestação de serviço.

Ocorre que, equivocou-se o auditor quando afirmou em levantamento fiscal à existência de "cessão ou locação de mão de obra", visto que cessão ou locação de mão de obra não ocorreu.

Inclusive, tal atividade de cessão e locação de mão de obra, não faz parte do rol de atividades da empresa, cujas atividades principais são: ATIVIDADES PAISAGÍSTICAS e atividades secundárias: ATIVIDADES DE LIMPEZA E SERVIÇOS COMBINADOS DE ESCRITÓRIO E APOIO ADMINISTRATIVO.

Mister se faz ressaltar que as subclasses: 8130-3/00, 8129-0/00 e 8211-3/00 não são impeditivas ao Simples Nacional.

Como se observa, não consta atividade de "cessão de locação de mão de obra" como quer apontar o suposto auto de infração injustamente imputado.

Nessa esteira, deve ser pontuado que em virtude de previsão expressa em lei, a prestação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação, bem como a instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática, ainda que por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, são atividades permitidas para optantes pelo Simples Nacional, desde que não exercidas em conjunto com outra atividade vedada.

Não se pode perder de vista o fato de que a exclusão de ofício do Simples Nacional ocorrerá quando a pessoa jurídica não comunicar a exclusão obrigatória ou quando praticar atos contrários às normas para permanência ou ingresso no Simples Nacional.

Ocorre que, no caso em tela, a Recorrente sempre cumpriu todas as exigências para formalização do pedido para ingresso no Simples Nacional e nunca praticou atos

contrários aos instituídos pela Receita Federal do Brasil e pelas Secretarias de Fazenda.

Impõe-se registrar, desse modo que os motivos para exclusão de ofício previstos na Lei Complementar 123/2006 são: [...]

Como se depreende a vedação de atividades não caracteriza justo motivo para a exclusão de ofício dessa modalidade de tributação, isto somente ocorreria quando a empresa omitisse ou prestasse informações inverídicas quanto às atividades que desenvolve, o que não ocorreu com a ora Recorrente, que sempre atuou de forma idônea. [...]

Portanto, não restaria configurada a prestação dos serviços alegados, sendo a infração imposta descabida, não caracterizando motivo hábil a justificar a exclusão do Simples Nacional.

3.1 - DA IRRETROATIVIDADE

Um dos princípios que norteiam qualquer relação jurídica se refere ao cânone da segurança jurídica, neste caso, perfeitamente aplicável na questão da retroatividade de lei para atingir fatos pretéritos.

Em verdade, o efeito retroativo é ilegal e inconstitucional, além do que, o Ato Declaratório é mera instrução normativa que não tem o efeito de criar normas em razão do princípio da estrita legalidade; outrossim, desrespeita diversos artigos e preceitos constitucionais, e afronta inclusive, disposição legal da própria Lei 9.317/ 96 que dispõe sobre o regime tributário do SIMPLES NACIONAL.

Há que se destacar o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal que determina: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", ou seja; a partir do dispositivo constitucional, vislumbra-se uma vedação expressa no que diz respeito à retroatividade da lei. [...]

Restará demonstrado ao longo do debate, que o ato arbitrário imposto à reclamante é inteiramente inconstitucional, ofendendo, sobretudo aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da irretroatividade da lei.

Conforme é sabido, lei alguma pode retroagir para prejudicar direito adquirido ou questionar fato gerador já concretizado.

No presente caso, sequer se mostra cabível a aplicação do art. 105 do CTN que prescreve que a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes.

Nota-se que o motivo que a princípio ensejou a exclusão do Recorrente do SIMPLES NACIONAL seria a prestação de serviços não autorizados pela legislação complementar, fato este não comprovado. [...]

O texto é claro na medida em que expõe com precisão que a relação jurídico-tributária deve ser norteadada pela estabilidade e segurança, não podendo de forma alguma alcançar fatos geradores, ou situações já consumadas.

Ademais, imprescindível salientar que o contribuinte é parte hipossuficiente se comparada ao Fisco, motivo pelo qual a prevalência dos princípios constitucionais deve ser mantida em qualquer situação.

Interessante notar também, que a própria Lei 9.317/1996 afronta diretamente o artigo 179 da Constituição Federal, na medida em que desconsidera todo o tratamento diferenciado concedido anteriormente, ao determinar que o alcance dos efeitos da exclusão retroaja 05 anos.

Em verdade, todo o incentivo concedido é desconsiderado quando da exclusão, possibilitando que os efeitos retroajam até a data de criação da pessoa jurídica. Enfim, o incentivo que a princípio daria maior possibilidade de desenvolvimento para a pequena empresa, ao final se transforma em grande prejuízo.

Sobremais, importa destacar que na esfera tributária, a lei só pode retroagir em determinadas hipóteses elencadas pelo próprio Código Tributário Nacional, quais sejam: (i) em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; (ii) tratando-se de ato não definitivamente julgado. [...]

Da simples análise dos textos destacado alhures, percebe-se que as hipóteses que permitem a retroatividade de determinada lei são taxativas, não abrindo margem para aplicação de efeitos retroativos em outros casos, motivo pelo qual há que se afirmar que o fato que acarretou a exclusão da empresa do Simples Nacional não teria o condão de permitir a aplicação do art. 105 do CTN.

Desta forma, parece-nos injusto determinar que a empresa responda pelos últimos 5 anos, sendo que, na verdade, todas as determinações imposta pela Lei 9.317/86 foram respeitadas, todas as obrigações fiscais cumpridas, etc.

Outrossim, ao contrário do alegado, não houve a prestação de serviços de atividades impeditivas. Note-se que, os supostos contratos suscitados na r. decisão não refletem a realidade das atividades empresarias do Recorrente.

Ademais, ao permitir que os efeitos do Simples Nacional retroajam no período de 05 anos, convalidaria, ainda, a cobrança de créditos tributários cujo prazo decadencial já transcorreu.

Enfim, a ilegalidade e a abusividade é desmedida e desarrazoada não podendo prevalecer em homenagem aos diversos princípios estabelecidos pela Constituição Federal para dar sustentabilidade ao Estado Democrático em que vivemos.

Por tal razão, requer-se a reconsideração do período estipulado pelo Ato Declaratório Executivo, de forma a afastar a retroatividade do período de 05 anos imposta.

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:

4- DO PEDIDO Diante do exposto, requer-se:

- a) Seja conhecido o presente Recurso Voluntário, para que no mérito seja julgado procedente, de modo a determinar o cancelamento da medida fiscal guerreada;
- b) A intimação de todos os atos alusivos, sob pena de nulidade.

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 por violação de princípios.

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 nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

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

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 oportunidades 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 julgante 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)

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.

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.

Atividade Econômica de Cessão ou Locação de Mão de Obra

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que se dedica à “prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos sistemas de ar condicionado central e de aparelhos individuais tipo split-system e de janela”.

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. 2º 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

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%2E+NUMERO%2E%29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+4033%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

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).

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 Nacional³:

2.20. Pode optar pelo Simples Nacional a empresa que presta serviços de vigilância, limpeza ou conservação mediante cessão ou locação de mão-de-obra?

Sim. De acordo com o art. 18, § 5º-H, da Lei Complementar nº 123, de 2006, apenas os serviços tributados pelo Anexo IV (construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, decoração de interiores, vigilância, limpeza, conservação e serviços advocatícios) podem ser prestados por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, sem prejuízo para a opção pelo Simples Nacional.

Sendo assim, a prestação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação, ainda que por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, não impede a opção pelo Simples Nacional, desde que não seja exercida em conjunto com outra atividade vedada – conforme Solução de Consulta Cosit nº 7, de 15 de outubro de 2007.

No Contrato Social da Recorrente consta como objeto, e-fls. 16-33:

O objeto será o de prestação de serviços combinados de escritório e apoio administrativo (Cnae 8211-3/00).

Está registrado no contrato de subempreitada de “despraguejamento do gramado”, “remoção de massa verde resultante da roçada”, “capina e poda”, “limpeza e remoção do lixo da faixa de domínio e canteiro central”, “limpeza e desobstrução de drenagem dentro e fora da plataforma, incluindo drenagem superficial”, “remoção de material proveniente de deslizamento de taludes, inclusive limpeza de plataforma”, “desobstrução rápida da pista” e “preparação e conservação dos aceiros”, e-fls. 24-43:

CLÁUSULA PRIMEIRA: OBJETO DO CONTRATO

1.1.O presente Contrato tem por objeto a execução pela CONTRATADA da prestação dos Serviços de Conserva a preço global da Faixa de Domínio da BR-153/SP, segmento 1: km 0+000 - km 110+000: Segmento 02: km 110+000 - km 230+200: Segmento 03: km 255+400 - km 347+700 atendendo integralmente os Parâmetros de Desempenho do Programa de Exploração de Rodovia ("PER") prestação dos Serviços de Conserva a preço global da Faixa de-Domínio da BR-153/SP, segmento 1: km 0+000 - Km 110+000 atendendo integralmente os") Parâmetros de Desempenho do Programa de Exploração de Rodovia ("PER"). incluindo a realização dos seguintes serviços: [...]

1.1.1. Os serviços também incluem toda a mão-de-obra, equipamentos e materiais necessários para sua execução.

1.1.2. Os serviços devem ser realizados em toda a largura e extensão da faixa de domínio e devem manter sempre o mesmo padrão durante os 12 (doze) meses do Contrato.

1.2. Na execução dos Serviços, a CONTRATADA deverá observar com rigor as obrigações estabelecidas no presente Contrato e seus Anexos, as recomendações da CONTRATANTE, quando cabível e, ainda, a melhor técnica disponível, objetivando lograr acabamento e segurança adequados ao objeto deste Contrato.

1.2.1. A CONTRATADA deve seguir estritamente os métodos e padrões recomendados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, as

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.

recomendações e instruções das concessionárias de serviços públicos e das autoridades municipais, estaduais e federais, bem como toda a legislação aplicável. [...]

CLAUSULA SEGUNDA: PRAZO

2.1. Este Contrato entra em vigor na data de sua assinatura e permanecerá em vigor pelo período de 120 dias, podendo ser prorrogado por igual período através da assinatura de um termo aditivo contratual, observando o interesse das Partes. [...]

CLÁUSULA SEXTA: OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

6.1. Além das obrigações definidas em outras Cláusulas deste Contrato e nas normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, a CONTRATADA terá as seguintes obrigações e responsabilidades:

6.1.1. Providenciar e entregar à CONTRATANTE, antes do efetivo início dos serviços incluídos no escopo, a devida Anotação de Responsabilidade Técnica perante o Conselho Regional Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, de acordo com as regras aplicáveis 6.11.1. Deverá a CONTRATADA comunicar por escrito à CONTRATANTE, no prazo máximo de dois dias úteis após a assinatura do presente Contrato, o nome do responsável técnico pelo desenvolvimento dos serviços e do preposto nomeado, devidamente habilitado, para tratar de assuntos e questões relativas ao objeto do presente Contrato. Incumbe à CONTRATANTE avaliar e, a seu critério, manifestar, por escrito, sua discordância quanto ao preposto indicado pela CONTRATADA. Se a CONTRATANTE não concordar com a nomeação do preposto pela CONTRATADA, outro terá de ser nomeado.

6.1.1.2. Acatar todas as determinações e normas referentes à inscrição e documentação junto ao CREA, providenciando sempre cópias autênticas para arquivo da CONTRATANTE, sempre que solicitado, responsabilizando, inclusive, com a obtenção das licenças/permissões caso necessárias, ao desenvolvimento de suas atividades.

6.1.2. Promover a organização técnica e administrativa dos Serviços objeto deste contrato, de forma a conduzi-los de acordo com a melhor técnica aplicável a trabalhos desta natureza, com zelo, diligência, prudência, segurança e economia., bem como com rigorosa observância ao prazo contratual. A CONTRATADA deve cuidar-para, dentro do possível, não prejudicar o bem estar da população, devendo, ainda, conduzir as e seu pessoal de modo a formar junto ao público uma boa imagem da CONTRATANTE e da obra CONTRATADA:

6.1.3. Facilitar a ação de fiscalização da CONTRATANTE, fornecendo informações, permitindo acesso à documentação e ao local dos Serviços e atendendo prontamente às observações e solicitações apresentadas pelos responsáveis da fiscalização, 6.1.3.1. A presença, a observação e a inspeção pela fiscalização e/ou por representante(s) da CONTRATANTE, no local de execução dos Serviços, não desobriga a CONTRATADA de suas obrigações e responsabilidades constantes neste Contrato.

6.1.4. Responder pela perfeita execução dos Serviços, refazendo, sem qualquer ônus para a CONTRATANTE e sob sua inteira responsabilidade e risco, aqueles que estejam em desacordo com o estabelecido pelas PARTES ou que venham a ser considerados defeituosos, incorretos, ou inadequados pela CONTRATANTE, respondendo pelos defeitos de qualidade e quantidade;

6.1.4.1. Caso a CONTRATADA não realize os serviços de correção acima transcritos, em uni prazo estipulado pela CONTRATANTE por escrito, a CONTRATADA neste ato, autoriza a CONTRATANTE a buscar a efetiva prestação

de serviços perante terceiros. Neste caso, a CONTRATADA deverá arcar integralmente pelos custos despendidos.

6.1.5. Paralisar, por determinação da CONTRATANTE, qualquer serviço que não esteja sendo executado de acordo com as normas aplicáveis ou que ponha em risco a segurança de pessoas ou bens da CONTRATANTE ou de terceiros;

6.1.6. Responsabilizar-se e indenizar a CONTRATANTE e/ou quaisquer terceiros por danos ambientais causados por ação ou omissão da CONTRATADA e/ou dos seus profissionais, arcando inclusive com os custos referentes à mitigação de impactos ambientais;

6.1.7. Manter e registrar todos os funcionários contratados para a prestação de serviço, por sua conta e risco, devendo apresentar à CONTRATADA mensalmente, a relação dos empregados utilizados na obra e, sempre que solicitado, o seu "livro de Registro Empregados";

8.1.8. Exigir que seus profissionais apresentem diariamente à CONTRATANTE sua identificação (nome, RG e número da CTPS). Caso seja constatado que existe algum profissional da CONTRATADA trabalhando sem o devido registro em CTPS, a empresa CONTRATADA ficará sujeita à multa mensal não compensatória de R\$2.000,00 (dois mil reais) por profissional sem registro.

6.1.9. Exigir que seus profissionais usem uniformes adequados à atividade que irão realizar e em consonância com as normas de segurança aplicáveis, dos quais deverá constar o nome da empresa, à qual, tais profissionais estejam diretamente vinculados e a expressão "a serviço da Transcrasiliiana".

6.I.S.1. Fornecer e arcar com os ônus decorrentes de uniformes, crachás, ferramentas, alojamento, transporte, alimentação e todos os recursos necessários à mão-de-obra envolvida na execução dos trabalhos ora contratados, em qualquer dia, horário e/ou local.

6.1.10. Responder pelo bom comportamento de seu pessoal no lugar dos Serviços e fornecer a todos uniformes, crachás, roupas e artefatos especiais, ferramentas e equipamentos de proteção individual e coletiva, bem como cumprir e fazer com que todo o pessoal em serviço no canteiro de obras observe os regulamentos disciplinares, de segurança e de higiene existentes no local de trabalho, respeitando obrigatoriamente as exigências (i) do Anexo IV da Carta-Convite "Procedimento Ambiental e de Segurança de Trabalho", (ii) emanadas pelos órgãos públicos competentes e (iii) as contidas nas normas regulamentares e legislação aplicável;

6.1.11. Colocar no canteiro da obra, em bom estado de funcionamento, o equipamento necessário à perfeita execução dos Serviços e ao cumprimento do prazo, ficando desde já estabelecido que o equipamento somente poderá ser retirado do canteiro após o termine previsto de sua utilização ou quando houver autorização escrita da CONTRATANTE;

6.1.12. Promover todas as medidas preventivas de segurança e saúde ocupacional necessárias para evitar acidentes, fiscos de acidentes e danos a seu pessoal, a terceiros e à CONTRATANTE em consequência da execução dos Serviços, ficando esclarecido que a tomada de tais medidas preventivas não exime a CONTRATADA de sua exclusiva.

6.1.12.1. Em caso de qualquer descumprimento, pela CONTRATADA ou por terceiros, das normas de medicina ou segurança do trabalho, a CONTRATADA deverá proceder imediatamente às necessárias correções e adequações solicitadas, sob pena de não fazendo sofrer multa não compensatória de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor de Contrato por dia de execução de obras sem a devida observância

das referidas normas e sem prejuízo das demais penalidades previstas no presente Contrato;

6.1.13. Sinalizar o local de atuação durante o período de execução da obra, sendo sus inteira responsabilidade quaisquer danos que venham ocorrer à CONTRATANTE ou e terceiros devido à insuficiência ou inadequação de sinalização;

6.1.13.1. Sendo observada pela CONTRATANTE, por qualquer autoridade competente oi mesmo por usuários, a falta, falha e/ou inadequação de sinalização, a CONTRATADA será obrigada a proceder imediatamente às necessárias correções e adequações solicitadas, sob pena de não o fazendo, sofrer multa compensatória de 0,1% (zero vírgula um por cento) de valor do Contrato por dia de execução de obras sem a devida sinalização, sem prejuízo das demais penalidades previstas no presente instrumento.

6.1.14. Providenciar os desvios de tráfego necessários à execução dos serviços mediante orientação da CONTRATANTE, obedecendo suas normas e os procedimentos emanados por ela ou órgãos e entidades competentes, sob pena de incorrer nas penalidades previstas neste Contrato e na lei. [...]

6.1.17. Responder pela segurança, guarda e conservação de todas instalações, equipamentos, materiais, ferramentas e utensílios de sua propriedade ou que porventura forem confiados, bem como zelar pela manutenção do canteiro de obras e remover periodicamente lixos, entulhos e materiais inúteis que estiverem nas áreas de execução dos Serviços, conservando-as sempre limpas, de forma a permitir o perfeito andamento dos trabalhos e as condições ideais de segurança;

6.1.18. Responder perante terceiros pela utilização de qualquer produto ou tecnologia protegidos por patente, marca, *know how*, direitos autorais ou outros direitos intelectuais, concordando a CONTRATADA em defender, isentar e indenizar a CONTRATANTE no caso de quaisquer reclamações e/ou demandas referentes à violação de direitos de terceiros;

6.1.19. Assumir integral responsabilidade pelas indenizações devidas e peias perdas e danos causados a terceiros e/ou à CONTRATANTE, inclusive quando usar ou penetrar em áreas e/ou instalações não autorizadas ou não liberadas pela CONTRATANTE, e mesmo em áreas autorizadas, quando ocorrer o uso inadequado por seus profissionais.

Consta no contrato de empreitada de serviços de “roçada mecânica”, “roçada manual”, “capina manual”, “capina química”, “remoção manual de barreira”, “limpeza drenagem na plataforma” e “limpeza drenagem fora da plataforma”, e- fls. 44-53:

Parágrafo 1º - Todas as ferramentas, máquinas, equipamentos, materiais e mão-de-obra necessários à execução dos serviços serão fornecidos pela CONTRATADA. [...]

j) O presente contrato é feito por prazo indeterminado. O Contrato poderá, ainda, ser denunciado (rescindido) por qualquer das partes, desde que a parte interessada o faça com 30 (trinta) dias de antecedência do prazo que pretender encerrar o contrato.

Observado o disposto nesta letra "j" nenhuma multa ou indenização, a que título for, poderá ser exigida de uma parte em face da outra, em razão da ocorrência do fato aqui tratado. [...]

CLÁUSULA IV - OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA É obrigação da CONTRATADA:

a) suportar integral e exclusivamente todas as obrigações de forma que a CONTRATANTE não terá qualquer desembolso, inclusive "por contribuições, impostos, taxas, encargos e outros tributos que incidir sobre os valores e obrigações neste documento pactuadas;

b) obedecer rigorosamente os prazos determinados pela CONTRATANTE e cumpri-los, observando todas as condições de segurança, limpeza e desobstrução da obra;

c) executar a totalidade dos serviços neste instrumento cedidos e descritos na CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO, obedecendo às especificações da CONTRATANTE, bem como assegurar à CONTRATANTE o livre acesso de seu pessoal técnico ao local de realização dos serviços;

d) responder civil e criminalmente por todos e quaisquer danos e/ou prejuízos causador, à CONTRATANTE ou a terceiros, provenientes de defeitos ou vícios causados em decorrência da falta ou incorreta sinalização de segurança (trânsito e trabalho), de inadequada utilização de materiais e/ou equipamentos, bem como por atos e omissões de seus funcionários e prepostos, correndo à suas expensas, sem quaisquer ônus para a CONTRATANTE, ressarcimento ou indenizações que tais danos ou prejuízos possam causar, e ainda na ocorrência desta hipótese, fica a CONTRATANTE desde já e a seu único e exclusivo critério, expressamente autorizada a compensar os prejuízos e gastos ou retê-los, descontando o valor apurado diretamente do pagamento convencionado nas cláusulas deste instrumento;

e) realizar pagamento de todas as contribuições, impostos, taxas, encargos e demais tributos de qualquer natureza, devidos sobre a prestação de serviços aqui pactuada e quaisquer despesas que se fizerem necessárias à perfeita consecução dos serviços objetos da presente contratação, inclusive no que diz respeito às exigências das autoridades competentes;

f) contratar em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade todo o pessoal necessário e apto à execução dos serviços objeto do presente contrato, registrando-os regularmente em carteira;

g) além da obrigação de efetuar os pagamentos do pessoal utilizado- na prestação de serviços contratados, responderá e atenderá a todas e quaisquer obrigações e exigências dos órgãos de segurança, legislação trabalhista, previdência securitária, e demais órgãos ou entidades afins, assumindo e se responsabiliz[and]o como única e exclusiva empregadora e responsável pelos funcionários que esteve prestando serviços a seu cargo, eximindo a CONTRATANTE de todas e quaisquer obrigações e despesas com encargos sociais, trabalhistas, securitários, fundiários, bem como em ações civis, criminais e trabalhistas, que por ventura possam surgir durante ou após a vigência deste contrato;

h) transportar até o local da execução dos serviços, às suas expensas, por sua conta e risco, os empregados que realizarão os serviços objeto do presente contrato, utilizando-se de ônibus, caminhões ou similares, desde que devidamente apropriados e aprovados segundo as normas do DER, ANTT ou ARTESP, e demais órgãos de segurança, devendo, ainda, fornecer e exigir o uso de crachás de identificação e uniformes, bem como, alojamento e alimentação a seus empregados, além de equipamentos, ferramentas e materiais adequados;

i) respeitar e exigir que seus empregados respeitem todas as normas de comportamento e segurança estabelecidas pela CONTRATANTE, ficando assegurado à CONTRATANTE o direito de exigir a retirada ou substituição de qualquer pessoa

que, por sua conduta moral ou funcional, seja considerada inconveniente aos seus interesses;

j) responder pelos danos ocasionados por eventual acidente que ocorrer no trecho de rodovia objeto deste instrumento, isentando a CONTRATANTE de qualquer responsabilidade solidária, ou mesmo subsidiária, inclusive responsabilidade civil contra terceiros, declarando a CONTRATADA, através deste instrumento e desde já, ser a única e exclusiva responsável por eventuais e quaisquer danos causados a outrem, originando ou não indenizações, seja material e/ou moral daí provenientes;

k) responsabilizar por todo e qualquer prejuízo que possa ser acarretado à CONTRATANTE pelo não cumprimento de dispositivos legais, sejam eles de ordem trabalhista, previdenciária, sociais, securitárias e outros, e que estejam relacionados à prestação de serviços da presente contratação;

l) exibir, para ter direito ao recebimento dos valores mensais decorrentes das medições conforme acima ajustado, e como condição absoluta para que a CONTRATANTE efetue o pagamento da fatura respectiva, toda a documentação legal que demonstre regularidade da CONTRATADA para com "a legislação trabalhista e previdenciária, incluindo-se mas não se limitando à apresentação das guias comprobatórias referentes aos recolhimentos dos encargos previdenciários e sociais pertinentes a seus funcionários relativamente à folha de pagamento do mês anterior a que se refere o pagamento, pena de não o fazendo, ser retida a importância respectiva, que somente será liberada por ocasião da exibição das referidas guias;

m) relativamente a eventuais danos causados por funcionários e ou prepostos da CONTRATADA à CONTRATANTE e ou terceiros, fica desde logo ajustado que, esta última poderá, independente de qualquer notificação, aviso ou interpelação, judicial ou extrajudicial, abater de qualquer quantia a ser paga à CONTRATADA a importância correspondente ao dano sofrido após a elaboração de orçamento da avaria ocorrida, franqueando à CONTRATADA toda a documentação necessária à fiscalização dos respectivos procedimentos;

n) apresentar mensalmente para a CONTRATANTE relação dos empregados que estão trabalhando sob a responsabilidade da CONTRATADA, acompanhada das guias de recolhimento previdenciário, do FGTS, imposto sindical relativos aos referidos empregados, folha de pagamento, sob pena de ser suspenso o pagamento da medição;

o) sendo insuficientes os bens da pessoa jurídica para cumprir com as cláusulas deste contrato, os sócios responderão com os bens particulares.

p) fica estabelecida multa no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do valor da medição pelo descumprimento de quaisquer cláusulas deste contrato;

q) responder, quando chamada pela CONTRATANTE, às faltas, falhas ou inadequações de sinalização, regularizando-a, sem prejuízo de ser a CONTRATADA notificada a proceder as necessárias correções e adequações, pena de não o fazendo, sofrer multa conforme estabelecido no item "p" , sem prejuízo das demais responsabilidades previstas no presente contrato;

r) executar toda e qualquer sinalização necessária, obedecendo normas e procedimentos emanados da CONTRATANTE, do DER/SP e as constantes da legislação pertinente, pena de ser responsabilizada pelas conseqüências conforme acima estabelecidas;

s) relativamente aos direitos trabalhistas dos empregados utilizados pela CONTRATADA que sejam objetos de reclamação trabalhista, fica ajustado que a CONTRATANTE, a critério, poderá saldá-los, descontando os valores respectivos dos

créditos daquela Se inexistentes tais créditos, a CONTRATADA deverá ressarcir à CONTRATANTE dos valores descendidos.

As discriminações dos serviços constantes nas notas fiscais emitidas pela Recorrente/Contratada estão coerentes com os contratos de empreitada com as contratantes/tomadoras, e-fls. 54-61.

Sendo assim, a prestação de serviços de limpeza ou conservação, ainda que por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, inclusive sob a forma de subempreitada, não impede a opção pelo Simples Nacional. 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. 2.º 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