ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16366.000105/2009-04

CÓPIA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº	16366.000105/2009-04
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1803-002.381 – 3ª Turma Especial**
Sessão de	24 de setembro de 2014
Matéria	SIMPLES
Recorrente	ROMERO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTES AÉREOS LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2011

OPÇÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica que realize operações relativas a locação de mão-de-obra.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2011

OPÇÃO. ATIVIDADE VEDADA.

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2011

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

CÓPIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. O Conselheiro Arthur José André Neto acompanha pelas conclusões por entender ser relevante a distinção entre as atividades de cessão e de locação de mão de obra. Vencidos os Conselheiros Henrique Heiji Erbano e Meigan Sack Rodrigues que davam provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Antônio Marcos Serravalle Santos, Henrique Heiji Erbano, Meigan Sack Rodrigues e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

A optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/Londrina/PR nº 36, de 09.09.2010, fl. 52, com efeitos no período 01.10.2002 a 30.06.2007, com base na realização de operação vedada relativa a locação de mão-de-obra, nos termos da alínea "*f*" do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

Também 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/Londrina/PR nº 39, de 09.09.2010, fl. 53, com efeitos a partir de 01.08.2007, com base na realização de operação vedada relativa a cessão de mão-de-obra, nos termos do inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Cientificada, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade, fls. 60-74, com os argumentos abaixo:

> A impugnante é pessoa jurídica de direito privado que tem por objeto "a prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos nos aeroportos de acordo com a legislação do comando da aeronáutica.", conforme se infere da consolidação de seu contrato social. [...]
>
> Não obstante, a Receita Federal do Brasil, em 09 de setembro do corrente ano, expediu o ato declaratório n° 036, excluindo, de ofício, a contribuinte do SIMPLES

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

"por ter exercido a atividade de prestação de serviços "cessão de mão de obra" para a empresa TAM LINHAS AÉREAS, atividade vedada conforme Art. 17, Inciso XII, da Lei Complementar n° 123 de 14 de dezembro de 2006 e, Art. 12, Inciso XXIII, da Resolução CGSN n° 4 de 30 de maio de 2007."

Nota-se, portanto, que a autoridade administrativa desconsiderou as atividades exercidas pela impugnante (serviços auxiliares de transportes aéreos), alegando que esta exerceu atividade de cessão de mão de obra, cuja prática é vedada às optantes pelo SIMPLES.

Por não se conformar com referida exclusão, apresenta-se a presente manifestação de inconformidade.

II. DO DIREITO

1. Da nulidade da exclusão. Ausência de motivação da desconsideração das atividades exercidas pela impugnante. [...]

Nos termos do Ato Declaratório, a impugnante foi excluída do SIMPLES por exercer atividade de cessão de mão de obra. Todavia, nos termos do contrato social, a atividade exercida pela impugnante é a de "prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos". Nota-se, portanto, que houve descaracterização do serviço da empresa.

De acordo com o entendimento do CARF (antigo Conselho de Contribuintes), o Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES deve ser devidamente fundamentado, permitindo ao contribuinte a compreensão dos motivos pelos quais está sendo excluído do regime, permitindo-se, assim, o exercício da ampla defesa [...].

Neste particular, o ato de exclusão limita-se a afirmar que a impugnante foi excluída do SIMPLES por exercer atividade de cessão de mão de obra, sem, contudo, explicitar os motivos pelos quais a sua real atividade - prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos - restou descaracterizada.

À toda evidência, trata-se de nulidade insanável e que causa prejuízos à impugnante, especialmente no que concerne ao seu direito de defesa, na medida em que não foram expostos os motivos pelos quais sua atividade foi desconsiderada.

Atribuiu-se à impugnante o exercício de atividade estranha ao seu objeto social, sem, ao menos, serem explicados os motivos e indicadas as provas que levaram à descaracterização. É inegável o prejuízo à defesa.

Ao mesmo tempo em que se confere à impugnante o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar manifestação de inconformidade face ao ato de exclusão, não se expõem os motivos e as provas que justificam o ato de exclusão, havendo inconteste prejuízo à defesa. A contribuinte encontra-se, de fato, impossibilitada de impugnar plenamente o ato.

Ademais, há de se ressaltar que a descaracterização da natureza jurídica do negócio celebrado entre a TAM e a impugnante foi realizada sem que sequer a TAM fosse intimada a prestar esclarecimentos, o que igualmente tornam nulos os atos declaratórios.

Neste particular, para a legalidade da descaracterização do negócio jurídico, seria imprescindível a intimação da TAM a fim serem devidamente esclarecidos os objetos dos contratos celebrados entre as empresas. Somente ouvindo ambas as partes que se pode afirmar que a natureza do negócio é diversa da constante no

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

contrato. Todavia, neste caso o negócio realizado pela TAM foi descaracterizado sem que sequer esta tenha sido intimada apresentar informações, o que, evidentemente, tornam nulos os Atos de Exclusão.

Portanto, face à inexistência de motivação e à ausência de provas, bem como ao prejuízo ao exercício de defesa e pela ausência de esclarecimentos por parte da TAM, há de se anular o ato de exclusão.

2. Das atividades exercidas pela impugnante: serviços auxiliares de transporte aéreo e não cessão de mão de obra. Atividade permitida no Simples. [...]

Os serviços auxiliares de transporte aéreos eram, inicialmente, prestados exclusivamente pelas próprias transportadoras que mantiveram em suas estruturas setores cuja finalidade era prover todas as facilidades de apoio em terra para o atendimento das operações das aeronaves.

Ocorre que, especialmente em razão da competitividade do mercado, as empresas de transporte aéreo vêm concentrando suas forças no transporte de passageiros e cargas, preocupando-se, primordialmente, com suas aeronaves e pessoal técnico, o que fez surgir um novo ramo de atividades conhecido mundialmente por *ground handling services*, chamada em nosso País de Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo. [...]

A impugnante, desde sua constituição, em 1998, sempre exerceu atividades relacionadas ao transporte aéreo. Infere-se de seu contrato social que inicialmente exercia a atividade de "prestação de serviços de transportes de cargas aéreas, venda de passagens aéreas e representação comercial".

No ano seguinte - 1999 - a impugnante alterou seu objeto social, passando a exercer a atividade de serviços auxiliares de serviços aéreos, o que foi devidamente autorizado pelo Departamento de Aviação Civil, por meio da Portaria DAC n° 876/SOP, de 17 de dezembro de 1999 [...].

Desde então, a impugnante nunca exerceu outra atividade senão a prestação de serviços auxiliares de transporte aéreos.

Os documentos em anexo [...], dentre os quais se destacam ofícios encaminhados à administração do Aeroporto de Londrina/PR, e à Infraero, bem como relatórios de fiscalização realizada pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, corroboram o óbvio: a impugnante exerce apenas e tão-somente serviços auxiliares de transportes aéreos, atividade esta que não se confunde com a cessão de mão de obra!

Nesse contexto, vale ressaltar que a Resolução/ANAC n° 116, de 20 de outubro de 2009 expressamente veda que a empresa que preste serviço auxiliar de transporte aéreo exerça outro tipo de atividade, que não seja regulada pela ANAC, como é o caso da cessão de mão de obra [...].

Assim, considerando-se que a atividade exercida pela impugnante não é vedada pelo SIMPLES, é absolutamente injustificada e, sobretudo, ilegal sua exclusão!

3. Dos contratos celebrados com a TAM. Prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo e não de cessão de mão de obra.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Alega-se no ato declaratório de exclusão que a impugnante teria prestado serviço de "cessão de mão de obra" para a TAM LINHAS AÉREAS S/A. Todavia, a "motivação" da exclusão não condiz com a realidade.

Conforme exposto, é inegável a natureza dos serviços prestados pela impugnante: serviço auxiliar de transporte aéreo. Não obstante, se demonstrará, até de forma redundante, quais os serviços prestados à TAM.

De fato, a impugnante, entre 2002 e 2007, prestou serviços à TAM, sendo firmados vários contratos, anexos contratuais e aditivos, todos com o mesmo objeto: prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos. [...]

Ponto comum em todos os trechos acima mencionados é a clara definição da natureza do serviço prestado: prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo. Via de consequência, não há que se falar em cessão de mão de obra, como se alega no ato declaratório de exclusão.

Não obstante, cabe, nesse momento, analisar alguns aspectos que definitivamente comprovam que a impugnante não presta serviços de cessão de mão de obra [art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991]. [...]

Por sua vez, o § 2º do art. 219, do Decreto n° 3.048/92 (Regulamento da Previdência Social), ao arrolar as atividades prestadas mediante cessão de mão de obra, não menciona a prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo. Assim, não restam dúvidas: a impugnante não presta atividade de cessão de mão de obra, haja vista que os serviços auxiliares de transporte aéreo se encontram no rol previsto no regulamento citado pela Lei.

Finalmente, ainda que num esforço de interpretação, tente-se enquadrar o serviço prestado pela impugnante como cessão de mão de obra, chegar-se-á à conclusão definitiva de que os serviços prestados pela impugnante à TAM possuem natureza única e exclusiva de serviços auxiliares de transporte aéreo. [...]

Infere-se da decisão acima que o CARF, ao deliberar acerca da cessão de mão de obra, respondeu a determinadas questões, quais sejam: (i) há existência de subordinação entre os empregados "cedidos" e a contratante?; (ü) há continuidade do serviço prestado?; (iii) os pagamentos aos trabalhadores são realizados diretamente pela contratante?

Neste particular, os contratos firmados pela impugnante com a TAM deixam claro que o gerenciamento dos empregados era de inteira responsabilidade da impugnante, não havendo qualquer tipo de subordinação entre os empregados e a tomadora do serviço.

Nesse sentido, rezam as seguintes cláusulas do contrato firmado em 1º de setembro de 2005, cujos termos são repetidos nos demais:

"OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA (...)

d) contratar, por sua conta e risco, e após rigorosa seleção, funcionários devidamente habilitados para o desempenho das atividades pactuadas, os quais deverão ser devidamente registrados pela própria CONTRATADA, no ato de suas respectivas admissões (...)

f) a CONTRATADA é a única responsável pelas obrigações trabalhistas, fundiárias, previdenciárias e securitárias, relativamente aos seus funcionários e demais trabalhadores envolvidos nos serviços contratados vinculados, direta ou

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

indiretamente à CONTRATADA, devendo concluir os trabalhos de acordo com as normas técnicas e as de segurança de trabalho, higiene e medicina (...)

j) disponibilizar, exigir e fiscalizar a correta utilização por seus funcionários de todos os equipamentos de proteção individual - EPI's -necessários ao desempenho dos serviços contratados conforme disposições legais aplicáveis;

k) disponibilizar, exigir e fiscalizar a correta utilização por seus funcionários de todos os uniformes de vestuário, calçados e crachás de identificação necessários ao desempenho dos serviços contratados ("Uniformes"), (...)

l) disponibilizar, exigir e fiscalizar a correta utilização no Aeroporto por seus funcionários dos materiais necessários à prestação dos serviços contratados ("Materiais"), de acordo com as especificações contidas no manual da TAM, tais como: tapetes vermelhos, pedestais, cordas, guarda-chuvas, carrinhos de bebê, cadeira de rodas e totens de auto-atendimento."

Os trechos acima demonstram que a impugnante é responsável pela contratação, pagamento e fiscalização de seus empregados, não havendo qualquer participação da TAM nesse aspecto, o que afasta a hipótese de cessão de mão de obra.

Portanto, não é outra a conclusão senão a de que a impugnante não exerce atividade de cessão de mão de obra, razão pela qual é manifestadamente ilegal sua exclusão do Simples.

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 referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Diante de todo o exposto, requer-se:

a) a realização de diligências junto à TAM LINHAS AÉREAS S/A, a fim de que esta seja intimada a apresentar, nos autos do processo administrativo fiscal, Informações acerca da natureza dos serviços contratados junto à Impugnante;

b) a realização de diligências, mediante oitiva de prepostos da impugnante, a fim de que seja devidamente comprovada a natureza do serviço prestada pela impugnante à TAM;

c) a realização de diligência com o fim de serem colhidas informações do contador Daneu Rossoni (CRC n° PR-015566/0-1), com escritório profissional na cidade de Londrina, Paraná, sito à Rua Senador Souza Naves, 289, 4 o andar, sala 43/44, Ed. Euclides da Cunha, acerca das atividades prestadas pela impugnante;

d) sejam recebidos e conhecidos eventuais documentos apresentados posteriormente, haja vista que a impugnante, diante da antiguidade dos fatos tratados na presente, não conseguiu levantar em tempo hábil toda a documentação;

e) finalmente, seja dada procedência à presente manifestação, para o fim de anular o ato de exclusão da impugnante do Simples, bem como todos os autos de infração lavrados em decorrência de sua ilegal exclusão do Simples, [...]

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Está registrado como ementa do Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/CTA/PR nº 06-29.892, de 14.01.2011, fls. 293-303:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 01/10/2002

ADE. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

CERCEAMENTO DO DIREITO À DEFESA.

Descabe a reclamação se a empresa foi excluída do Simples Federal e do Simples Nacional, mediante Atos Declaratórios Executivos emitidos por autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdiciona o contribuinte, discriminando a legislação que determinou o motivo da exclusão e tendo sido assegurado o contraditório e a ampla defesa à interessada.

PERÍCIA PRESCINDÍVEL.

Indefere-se os pedidos de perícia consideradas prescindíveis.

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

Data do fato gerador: 01/10/2002

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DISPONIBILIZAÇÃO DE TRABALHADORES. SERVIÇOS CONTÍNUOS. SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA.

A cessão de mão-de-obra caracteriza-se pela disponibilização de trabalhadores nas dependências do contratante, ou de terceiros, para a realização de serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/08/2007

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DISPONIBILIZAÇÃO DE TRABALHADORES. SERVIÇOS CONTÍNUOS. SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA.

A cessão de mão-de-obra caracteriza-se pela disponibilização de trabalhadores nas dependências do contratante, ou de terceiros, para a realização de serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Notificada em 20.10.2011, fl. 306, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 07.11.2011, fls. 307-326 e 329-330, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

CÓPIA

Acrescenta que:

> A recorrente é pessoa jurídica de direito privado que tem por objeto prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos nos aeroportos de acordo com a legislação do comando da aeronáutica.", conforme se infere da consolidação de seu contrato social.
>
> Não obstante, a Receita Federal do Brasil expediu os atos declaratórios n° V036 e 039, excluindo, de ofício, a contribuinte do SIMPLES, alegando que a recorrente praticara com a empresa TAM LINHA AÉREAS atividade de prestação de serviços "cessão de mão de obra", a qual é completamente estranha ao seu objeto social..
>
> Nota-se, portanto, que a autoridade administrativa desconsiderou as atividades exercidas pela recorrente (serviços auxiliares de transportes aéreos), alegando que esta exerceu atividade de cessão de mão de obra, cuja prática é vedada às optantes pelo Simples.
>
> Por não se conformar com referida exclusão, a recorrente apresentou manifestações de inconformidade em face dos atos declaratórios. As manifestações foram julgadas em conjunto no bojo dos autos do Processo Administrativo Fiscal n° 16366.000105/2009-04, [...].
>
> Conforme se passará a demonstrar, a decisão não merece prosperar, razão pela qual se interpõe o presente recurso voluntário.
>
> Do Direito
>
> 1. Da nulidade da decisão. Indeferimento das Diligências Requeridas. Cerceamento de Defesa
>
> Primeiramente, há de ser anulada a decisão proferida em Primeira Instância, haja vista o indeferimento das diligências requeridas pela Recorrente. Infere-se da decisão recorrida:
>
> "A litigante requereu diligencia junto à TAM, para oitiva de prepostos da impugnante, junto ao seu contador, junto à ANAC, junto ao Aeroporto de Londrina e junto ao Departamento Nacional de Aviação - DNAC, para que apresentem informações sobre a natureza dos serviços da interessada.
>
> Contudo, há no processo elementos suficientes que caracterizam as atividades desempenhadas, que são os contratos firmados contra a contratante TAM Linhas Aéreas S/A, bem como as instruções, normas e regulamento que regem a atividade, além dos registros da Receita Federal.
>
> Dessa forma, a teor do art. 18 do Decreto n° 70.235, de 1972, cabe indeferir os pedidos de diligência, por considerá-los prescindíveis."
>
> Ocorre que, não obstante afirma-se que os documentos acostados seriam suficientes, tem-se que, de fato, a recorrente requereu meios de provas diversos da prova documental a f im de demonstrar que efetivamente não presta serviços de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

cessão de mão de obra. Todavia, as diligências requeridas foram sumariamente indeferidas, em decisão que, à toda evidencia, ceifa da recorrente o direito à ampla defesa. [...]

Ora, a empresa TAM firma um contrato com a recorrente. Todavia, a Receita Federal do Brasil, sem ouvir as partes interessadas, desconsidera o objeto do contrato e imputa à recorrente um serviço que jamais foi prestado.

Nota-se que a defesa da recorrente foi inegavelmente prejudicada pelo indeferimento das diligências, razão pela qual se requer seja anulada a decisão recorrida ou caso não se entenda pelo indeferimento, seja determinada a realização das diligências requeridas em Primeira Instância.

Da nulidade da exclusão. Ausência de Motivação da Desconsideração das Atividades Exercidas pela Recorrente

Acerca das nulidades suscitadas pela Recorrente, a Delegacia de Julgamento entendeu que os atos de exclusão não contêm qualquer nulidade, haja vista o fato de terem sidos praticados por pessoa competente. Para tanto, utiliza-se como fundamento previsão contida no Decreto n° 70.235/72. Todavia, o simples fato de ter sido proferido por autoridade competente para tanto, não confere ao ato a motivação exigida por Lei e que fora contestada pela recorrente em suas manifestações de inconformidade.

Desde já, é importante ressaltar que são vários os requisitos de validade do ato administrativo. A competência do agente que pratica o ato é um requisito formal de validade do ato. Neste particular, em momento algum tal requisito foi questionado pela recorrente.

In casu, o que se questiona é a ausência de motivação do ato, que, por sua vez, é outro requisito de validade cuja ausência igualmente macula o ato e o torna nulo. Nesse sentido, dispõe o art. 50, da Lei n° 9.784/99 [...].

Nos termos dos Atos Declaratórios, a recorrente foi excluída do SIMPLES por exercer atividade de cessão de mão de obra. Todavia, nos termos do contrato social, a atividade exercida pela impugnante é a de "prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos". Nota-se, portanto, que houve descaracterização do serviço da empresa.

Neste particular, os atos de exclusão limitam-se a afirmar que a recorrente foi excluída do SIMPLES por exercer atividade de cessão de mão de obra, sem contudo explicitar os motivos pelos quais a sua real atividade – prestação de serviços auxiliares de transporte – restou descaracterizada

À toda evidência, trata-se de nulidade insanável e que causa prejuízos à recorrente, especialmente no que concerne ao seu direito de defesa, na medida em que não foram expostos os motivos pelos quais sua atividade foi descaracterizada [...].

De fato, atribuiu-se à recorrente o exercício de atividade estranha ao seu objeto social, sem, ao menos, serem explicados os motivos e indicadas as provas que levaram à descaracterização. É inegável o prejuízo à defesa.

Ao mesmo tempo em que se confere à recorrente o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar manifestação de inconformidade face ao ato de exclusão, não se expõem os motivos e as provas que justificam o referido ato, o que impossibilita a

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

contribuinte de impugnar plenamente o ato, apresentando elementos e provas que afastem efetivamente o ato de exclusão.

Ademais, há de se ressaltar que a descaracterização da natureza jurídica do negócio celebrado entre a TAM e a impugnante foi realizada sem que sequer a TAM fosse intimada a prestar esclarecimentos, o que igualmente tornam nulos os atos declaratórios.

CÓPIA

Neste particular, para a legalidade da descaracterização do negócio jurídico, seria imprescindível a intimação da TAM a fim serem devidamente esclarecidos os objetos dos contratos celebrados entre as empresas. Somente ouvindo ambas as partes que se pode afirmar que a natureza do negócio é diversa da constante no contrato. Todavia, neste caso o negócio realizado pela TAM foi descaracterizado sem que sequer esta tenha sido intimada apresentar informações, o que, evidentemente, tornam nulos os Atos de Exclusão.

Portanto, face à inexistência de motivação e à ausência de provas, bem como ao prejuízo ao exercício de defesa e pela ausência de esclarecimentos por parte da TAM, há de se anular o ato de exclusão.

3. Das atividades exercidas pela impugnante: serviços auxiliares de transporte aéreo e não cessão de mão de obra. Atividade permitida no Simples.

Infere-se da decisão recorrida que a Delegacia de Julgamento teria vislumbrado os seguintes fatos, os quais seriam suficientes para caracterizar que a Recorrente prestou serviços de cessão de mão de obra à TAM: (i) os serviços prestados pela recorrente estariam presentes no rol previsto no art. 219, do Decreto n° 3.048, de 6 de maio de 1999; (ii) os funcionários da recorrente ficariam à disposição da TAM, seguindo suas ordens e orientações; (iii) a execução dos serviços seria em local indicado pela TAM; (iv) o pagamento em função da mão de obra oferecida. [...]

Os serviços auxiliares de transporte aéreos eram, inicialmente, prestados exclusivamente pelas próprias transportadoras que mantiveram em suas estruturas setores cuja finalidade era prover todas as facilidades de apoio em terra para o atendimento das operações das aeronaves.

Ocorre que, especialmente em razão da competitividade do mercado, as empresas de transporte aéreo vêm concentrando suas forças no transporte de passageiros e cargas, preocupando-se, primordialmente, com suas aeronaves e pessoal técnico, o que fez surgir um novo ramo de atividades conhecido mundialmente por *ground handling services*, chamada em nosso País de Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo. [...]

A Recorrente, desde sua constituição, em 1998, sempre exerceu atividades relacionadas ao transporte aéreo. Infere-se de seu contrato social que inicialmente exercia a atividade de "prestação de serviços de transportes de cargas aéreas, venda de passagens aéreas e representação comercial".

No ano seguinte - 1999 - a impugnante alterou seu objeto social, passando a exercer a atividade de serviços auxiliares de serviços aéreos, o que foi devidamente autorizado pelo Departamento de Aviação Civil, por meio da Portaria DAC n° 876/SOP, de 17 de dezembro de 1999 [...].

Desde então, a impugnante nunca exerceu outra atividade senão a prestação de serviços auxiliares de transporte aéreos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Os documentos em anexo [...], dentre os quais se destacam ofícios encaminhados à administração do Aeroporto de Londrina/PR, e à Infraero, bem como relatórios de fiscalização realizada pela Agencia Nacional de Aviação Civil - ANAC, corroboram o óbvio: a Recorrente exerce apenas e tão somente serviços auxiliares de transportes aéreos, atividade esta que não se confunde com a cessão de mão de obra!

Nesse contexto, vale ressaltar que a Resolução/ANAC n° 116, de 20 de outubro de 2009 expressamente veda que a empresa que preste serviço auxiliar de transporte aéreo exerça outro tipo de atividade, que não seja regulada pela ANAC, como é o caso da cessão de mão de obra :

Art. 2° Os serviços auxiliares ao transporte aéreo são prestados:

I - diretamente pelo operador de aeródromo;

II - diretamente pelo proprietário ou operador de aeronave, nos sítios onde opera, para o apoio das próprias aeronaves e das de terceiros, quando operando vôos compartilhados autorizados; ou

III - por sociedade empresária contratada, regulada por esta Resolução.

Parágrafo único. A sociedade empresária referida no inciso III deve ter como objeto a execução dos serviços auxiliares que pretende prestar, com especificação das respectivas naturezas e modalidades, vedado o exercício de atividade não regulamentada pela ANAC, com exceção do abastecimento de combustível e do serviço médico especializado e admitindo-se a participação no capital de outras sociedades."

Assim, considerando-se que a atividade exercida pela Recorrente não é vedada pelo Simples, é absolutamente injustificada e, sobretudo, ilegal sua exclusão, razão pela qual há que ser reformada a decisão recorrida.

4. Da Decisão Recorrida e Dos contratos celebrados com a TAM. Prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo e não de cessão de mão de obra.

Conforme restou demonstrado, a Delegacia de Julgamento teria vislumbrado os seguintes fatos, os quais seriam suficientes para caracterizar que a Recorrente prestou serviços de cessão de mão de obra à TAM: (i) os serviços prestados pela recorrente estariam presentes no rol previsto no art. 219, do Decreto n° 3.048, de 6 de maio de 1999; (ii) os funcionários da recorrente ficariam à disposição da TAM, seguindo suas ordens e orientações; (üi) a execução dos serviços seria em local indicado pela TAM; (iv) o pagamento em função da mão de obra oferecida.

Conforme exposto, é inegável a natureza dos serviços prestados pela impugnante: serviço auxiliar de transporte aéreo. Não obstante, se demonstrará, até de forma redundante, quais os serviços prestados à TAM.

De fato, a impugnante, entre 2002 e 2007, prestou serviços à TAM, sendo firmados vários contratos, anexos contratuais e aditivos, todos com o mesmo objeto: prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos. [...]

Ponto comum em todos os trechos acima mencionados é a clara definição da natureza do serviço prestado: prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo. Via de consequência, não há que se falar em cessão de mão de obra, como se alega no ato declaratório de exclusão.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não obstante, cabe, nesse momento, analisar alguns aspectos que definitivamente comprovam que a impugnante não presta serviços de cessão de mão de obra e que afastam por completo as premissas fixadas na decisão recorrida [art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991]. [...]

Por sua vez, o § 2º do art. 219, do Decreto n° 3048/992 (Regulamento da Previdência Social), ao arrolar as atividades prestadas mediante cessão de mão de obra, não menciona a prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo. Assim, não restam dúvidas: a impugnante não presta atividade de cessão de mão de obra, haja vista que os serviços auxiliares de transporte aéreo se encontram no rol previsto no regulamento citado pela Lei!

Acerca do rol de atividades constantes no § 2º , do art. 219, do Decreto n° 3.048/99, verifica-se o primeiro equívoco da decisão recorrida: alega-se que, da leitura dos contratos, seria possível verificar que a recorrente praticaria atividades de limpeza, vigilância, empreitada e contratação de trabalho temporário. [...]

O que se verifica, na verdade, é que a Delegacia de Julgamento, talvez na tentativa de enquadrar os serviços da recorrente em alguma das atividades previstas no Regulamento da Previdência Social, "dividiu" o serviço prestado pela Recorrente e, a partir dessa "divisão", imputou alguns serviços que se encontram presentes no rol do art. 219, do Regulamento. Todavia, é totalmente descabida a tentativa de enquadrar o serviço da recorrente como cessão de mão de obra.

Finalmente, ainda que num esforço de interpretação, como o realizado pela decisão recorrida, tente-se enquadrar o serviço prestado pela recorrente como cessão de mão de obra, chegar-se-á à conclusão definitiva de que os serviços prestados pela recorrente à TAM possuem natureza única e exclusiva de serviços auxiliares de transporte aéreo. [...]

Infere-se da decisão acima que o CARF, ao deliberar acerca da cessão de mão de obra, respondeu a determinadas questões, quais sejam: (i) há existência de subordinação entre os empregados "cedidos" e a contratante?; (ü) há continuidade do serviço prestado?; (iii) os pagamentos aos trabalhadores são realizados diretamente pela contratante?

Neste particular, os contratos firmados pela impugnante com a TAM deixam claro que o gerenciamento dos empregados era de inteira responsabilidade da impugnante, não havendo qualquer tipo de subordinação entre os empregados e a tomadora do serviço.

Nesse sentido, rezam as seguintes cláusulas do contrato firmado em 1º de setembro de 2005, cujos termos são repetidos nos demais:

"OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA (...)

d) contratar, por sua conta e risco, e após rigorosa seleção, funcionários devidamente habilitados para o desempenho das atividades pactuadas, os quais deverão ser devidamente registrados pela própria CONTRATADA, no ato de suas respectivas admissões (...)

f) a CONTRATADA é a única responsável pelas obrigações trabalhistas, fundiárias, previdenciárias e securitárias, relativamente aos seus funcionários e demais trabalhadores envolvidos nos serviços contratados vinculados, direta ou indiretamente à CONTRATADA, devendo concluir os trabalhos de acordo com as normas técnicas e as de segurança de trabalho, higiene e medicina (...)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

j) disponibilizar, exigir e fiscalizar a correta utilização por seus funcionários de todos os equipamentos de proteção individual - EPI's -necessários ao desempenho dos serviços contratados conforme disposições legais aplicáveis;

k) disponibilizar, exigir e fiscalizar a correta utilização por seus funcionários de todos os uniformes de vestuário, calçados e crachás de identificação necessários ao desempenho dos serviços contratados ("Uniformes"), (...)

l) disponibilizar, exigir e fiscalizar a correta utilização no Aeroporto por seus funcionários dos materiais necessários à prestação dos serviços contratados ("Materiais"), de acordo com as especificações contidas no manual da TAM, tais como: tapetes vermelhos, pedestais, cordas, guarda-chuvas, carrinhos de bebê, cadeira de rodas e totens de auto-atendimento."

Os trechos acima demonstram que a impugnante é responsável pela contratação, pagamento e fiscalização de seus empregados, não havendo qualquer participação da TAM nesse aspecto, o que afasta a hipótese de cessão de mão de obra.

Portanto, não é outra a conclusão senão a de que a impugnante não exerce atividade de cessão de mão de obra, razão pela qual é manifestadamente ilegal sua exclusão do Simples, devendo ser reformada a decisão recorrida.

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 referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Diante de todo o exposto, requer-se:

a) Seja anulada a decisão de Primeira Instância, pelas razões expostas no item II, 01, da presente;

b) Seja deferida a realização de diligências junto à TAM LINHAS AÉREAS S/A, a fim de que esta seja intimada a apresentar, nos autos do processo administrativo fiscal, informações acerca da natureza dos serviços contratados junto à recorrente;

c) a realização de diligências, mediante oitiva de prepostos da impugnante, a fim de que seja devidamente comprovada a natureza do serviço prestado pela recorrente à TAM;

d) a realização de diligência com o fim de serem colhidas informações do contador Daneu Rossoni (CRC n° PR- 015566/0-1), com escritório profissional na cidade de Londrina, Paraná, sito à Rua Senador Souza Naves, 289, 4o andar, sala 43/44, Ed. Euclides da Cunha, acerca das atividades prestadas pela recorrente;

e) sejam recebidos e conhecidos eventuais documentos apresentados posteriormente, haja vista que a Recorrente, diante da antiguidade dos fatos tratados na presente, não conseguiu levantar em tempo hábil toda a documentação;

f) seja deferida a intimação pessoal da recorrente, na pessoa de seu representante legal, por ocasião da inclusão na pauta de julgamento do Recurso Voluntário, a fim de que seja possibilitado à recorrente a realização de sustentação oral;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

g) finalmente, seja dada procedência à presente manifestação, para o fim de anular os atos de exclusão da recorrente do SIMPLES, bem como todos os autos de infração lavrados em decorrência de sua ilegal exclusão do SIMPLES, quais sejam: 37.280.967-7; 37.280.966-9; 37.280.965-0; 37.269.937-5; 37.280.955-3; 37.280.956-1.

A Recorrente apresenta a peça de fls. 329-330 em argumenta:

> Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada em face de ato declaratório de exclusão do SIMPLES. Afirma a autoridade fiscal que a recorrente presta serviço de mão-de-obra, o que justificaria sua exclusão do regime de tributação simplificada.
>
> Serve a presente petição para demonstrar que, em situações semelhantes [...], nas quais a recorrente prova que o objeto do serviço prestado é diverso de cessão de mão-de-obra, este Conselho tem julgado como indevidas as exclusões do SIMPLES. [...]
>
> Requer-se, portanto, sejam juntados os autos as decisões em anexo, as quais corroboram o recurso voluntário, o qual deve ser julgado procedente, pelas razões de fato e de direito lá expostas.

Esse documento foi recebido como memoriais, nos termos do Despacho nº 027/2014 — 1º Seção/CARF, de 15.01.2014, fls. 351-352.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Requerente requer que seja deferida a sustentação oral.

Tendo como fundamento os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes há previsão de julgamento em segunda instância no CARF dos recursos que versem sobre aplicação da legislação referentes a tributos administrados pela RFB[1]. Em conformidade com as normas processuais, Na sessão, o julgamento de cada recuso é facultado à Recorrente ou ao seu representante legal fazer sustentação oral por quinze minutos, prorrogáveis por igual período. A pretensão aduzida pela defendente tem possibilidade jurídica, desde que observadas as formalidades legais.

[1] Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de maço de 1972, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e art. 55 e art. 58 do Regimento Interno do CARF.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A Recorrente pleiteia a intimação da Pauta de Julgamento.

O Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, determina:

> *Art. 55. A pauta da reunião indicará:*
>
> *I - dia, hora e local de cada sessão de julgamento;*
>
> *II - para cada processo:*
>
> *a) o nome do relator;*
>
> *b) o número do processo; e*
>
> *c) os nomes do interessado, do recorrente e do recorrido; e*
>
> *III - nota explicativa de que os julgamentos adiados serão realizados independentemente de nova publicação.*
>
> *Parágrafo único. A pauta será publicada no Diário Oficial da União com 10 (dez) dias de antecedência e divulgada no sítio do CARF na Internet.*

Nesse sentido o pedido da Recorrente não pode ser deferido por falta de previsão legal.

A Requerente solicita que seja intimada por meio do seu representante legal.

Tendo como fundamento os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes há previsão de julgamento em segunda instância no CARF dos recursos que versem sobre aplicação da legislação referente a tributos administrados pela RFB[2]. O pressuposto é de que a intimação por via postal válida é feita, com prova de recebimento, no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo. Por esta razão é que a Recorrente deve ser notificada dos atos no seu domicílio fiscal. A pretensão aduzida pela defendente não tem possibilidade jurídica por não estar contemplada nas formalidades legais.

No que se refere às alegações pertinentes aos Autos de Infração, tem-se que consta no Termo de Desapensação – Aviso nº 10163, fl. 59:

> Em 15/10/2010 faço desapensar do processo n° 16366.000105/2009-04 o(s) processo(s) de n°(s) 011634001059201065, 011634001060201090,011634001061201034, 011634001056201021, 011634001054201032, 011634001053201098, 011634001102201092 que passam a tramitar em separado.

Nesse sentido, as razões da Recorrente devem ser analisados nos autos pertinentes. Por essa razão não tem cabimento examinar esses argumentos no presente processo.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

[2] Fundamento legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de maço de 1972 e art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Cabe ao autoridade fiscal da RFB que jurisdiciona a Recorrente, no exercício da competência da RFB, proceder à exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples e do Simples Nacional no caso de verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória. Esta atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Nos casos em que dispuser de elementos suficientes à exclusão do Simples e do Simples Nacional podem ser lavrados os atos administrativos pertinentes que não prescindem da intimação válida para que se instaure o processo, vigorando na sua totalidade os direitos, deveres e ônus advindos da relação processual de modo a privilegiar as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes3.

As manifestações unilaterais da RFB foram formalizadas por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, 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. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais4.

Os Atos Declaratórios de Exclusão foram lavrados pela autoridade fiscal da RFB que jurisdiciona a Recorrente, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, em conformidade com o §3º do art. 15 da Lei nº 9317, de 05 de dezembro de 1996 e §5º do art. 29, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Na Representação Fiscal, fls. 02-05, está registrado:

> O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício de suas funções em relação à análise do processo administrativo n° 10930.002328/2008-89 (Restituição - Assuntos Previdenciários), tendo verificado documentos que, em tese, configuram hipótese de vedação ou exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), prevista nos incisos XII, alínea "f", do artigo 9º da Lei n° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, formaliza a presente Representação, que se faz acompanhar dos respectivos elementos de convicção.
>
> Dos Fatos
>
> O artigo 9º da Lei 9.317 de 05/12/96 determina na alínea "f" do seu inciso XII que não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que se dedique à locação de mão-de-obra.
>
> No processo constam cópias de notas fiscais indicadas a seguir (são relacionados os números e datas de emissão), emitidas em competências do período

[3] Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

[4] Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

de 01/04 a 02/07, para o estabelecimento de CNPJ 02.012.862/0056-33, localizado na R. Tenente João Mauricio de Medeiros 300, Aeroporto, Londrina, PR, do contratante TAM Linhas Aéreas S/A, de CNPJ 02.012.862/0001-60. Estas notas discriminam a prestação de serviços de: atendimento de rampa, atendimento ao passageiro, serviços de rampa, serviços de cargas (embarque e desembarque), serviços na sala vip, e serviços de rampa e manuseio no solo. [...]

Cópias de folhas de pagamento dos meses de 01/04 a 05/04, 07/04 a 10/04, 07/05, 09/05 a 12/05, 01/06 a 03/06, 05/06, 09/06 a 12/06, 01/07, e 03/07, foram anexadas no processo. A folha de pagamento de 01/06, escolhida como exemplo, relaciona empregados nas seguintes funções: motorista, despachante de vôo/carga, auxiliar de serviços, atendente *check-in*, agente sala vip, auxiliar de limpeza, supervisor de carga, supervisor de aeroporto, agente de bagagem, e operador *push back*.

A 5ª alteração do contrato social da Romero, de 11/06/04, que consolidou o mesmo, indica como objeto social a prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos nos aeroportos de acordo com a legislação de comando da aeronáutica.

O código de CNAE - Classificação Nacional de Atividades Econômicas da empresa, indicado no cadastro do seu CNPJ, é o 5240-1-99, referente às atividades auxiliares dos transportes aéreos, exceto operação dos aeroportos e campos de aterrissagem.

Também constam no processo cópias dos contratos de prestação de serviços de 01/09/02 e 01/09/05, e do anexo contratual de 01/09/02, efetuados entre a Romero e a TAM.

O contrato de 01/09/002 foi efetuado visando a prestação de serviços técnicos discriminados no item 1.2.1, e subitens, da NOSER (Norma de Serviço), IAC 2301-0899, que regulamentou a aplicação da Portaria 467/GM5, de 03/06/93. Esta IAC-Instrução de Aviação Civil é intitulada de "execução de serviços auxiliares de transporte aéreo" (este é o tema tratado na Portatia 467).

A cláusula 5ª deste contrato trata das obrigações da contratada, que incluem :

- b : "cumprir e fazer cumprir, rigorosamente e de forma precisa e imediata as normas de serviço emanadas e elaboradas " pela contratante, sob a forma de "manuais, circulares, comunicados e outros documentos internos, bem como as tabelas de tarifas e horários, e demais instruções expedidas pela administração" da contratante;

- d : contratar funcionários, mantendo "obrigatoriamente, uma equipe mínima que atenda às necessidades operacionais";

- "manter a área onde os serviços serão prestados sempre em perfeitas condições de ordem, estética, higiene e segurança";

- atender aos vôos da rede postal noturna;

- guardar quantias recebidas da contratante para pagamentos de responsabilidade da contratante "tais como hotéis, transporte de tripulantes, etc";

- franquear aos funcionários da contratante, o acesso à loja ou balcão do aeroporto;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- "manter um quadro de funcionários a postos para a prestação dos serviços ora pactuados 90 minutos antes dos horários previstos para a partida ou chegada das aeronaves" da contratante, "permanecendo no local após a decolagem das mesmas, até que essas aeronaves tenham plenas condições de pouso na próxima escala";

- "comunicar-se com a base da escala seguinte a cada vôo" da contratante, informando diversos dados sobre a aeronave que decolou, nos termos dos manuais da contratante, no máximo em 5 minutos após a decolagem;

- "comunicar-se com a coordenação de vôos" da contratante, em São Paulo, no máximo em 10 minutos após a decolagem, informando os dados sobre a aeronave, cumprindo as determinações dos manuais;

A cláusula 6ª relaciona as obrigações da contratante, como por exemplo: fornecer à contratada, gratuitamente, seus "impressos, formulários e demais papéis administrativos internos, em modelos próprios"; e fornecer à contratada, para uso de seus funcionários "uniformes padrão da empresa".

A cláusula 7 ª intitulada "Do acompanhamento dos serviços", especifica no item 7.1 que a contratante pode a qualquer tempo designar "fiscais, inspetores ou auditores" para "acompanhar, examinar, fiscalizar, inspecionar ou auditar" os trabalhos da contratada, e no item 7.1, §1°, determina que a contratada deve sar qualquer irregularidade "de pronto".

O contrato de 01/09/05 é análogo ao contrato de 01/09/02, indicando como objeto os serviços no aeroporto de Londrina, mediante a formalização de anexos de serviços : não constam cópias destes anexos no processo. Na cláusula 1.1.1 deste contrato é afirmado que a contratada tem conhecimento de que as empresas de transporte aéreo constituem elos do Sistema de Aviação Civil, e as normas da TAM devem ser integralmente cumpridas pela contratada. [...]

Na cláusula 3, dentre as obrigações da TAM, é indicado o fornecimento de uniformes, materiais, formulários e impressos padronizados.

Constam também neste contrato as cláusulas 10.1 e 10.2, análogas às cláusulas 7.1 e 7.1, §1°, do contrato anterior. E na cláusula 14.1 é afirmado que a contratada poderá usar o nome comercial e as marcas da TAM.

Estes documentos mostram claramente que existe a locação de mão-de-obra de funcionários da Romero para a TAM, com a colocação de trabalhadores à disposição permanente da contratante, em atividade contínua, no estabelecimento desta ou de terceiros.

Portanto, é necessário verificar se a empresa deveria ter permanecido como optante do Simples desde 15/01/98, quando foi cadastrada, até a implantação do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006.

Para determinar o momento inicial de ocorrência da situação excludente devem ser analisados outros documentos relativos ao período de atividade da empresa antes de 05/01/04.

A autoridade tributária tem o direito de examinar a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados e a pessoa jurídica tem o dever de exibi-los e conservá-los até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

operações a que se refiram, bem como de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos5.

As Autoridade 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. 6

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Ainda, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formou livremente sua convicção, em conformidade do princípio da persuasão racional7. Assim, os Atos Declaratórios de Exclusão, fls. 52-53 e o Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/CTA/PR nº 06-29.892, de 14.01.2011, fls. 293-303, contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos no processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal. 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. A tese protetora exposta ela defendente, assim sendo, não está demonstrada.

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 estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses 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[8].

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 desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

---

[5] Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

[6] Fundamentação legal: 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.

[7] Fundamentação legal: art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

[8] Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, 05 de dezembro de 1996, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, fixa:

> *Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:[...]*
>
> *XII - que realize operações relativas a: [...]*
>
> *f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;*

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, prevê:

> *Art.17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: [...]*
>
> *XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;*

Para elucidar, cabe mencionar excertos da Lei nº 8.212, de 1991, que dispõe:

> *Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5° do art. 33 desta Lei. [...]*
>
> *§ 3ª Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.*
>
> *§ 4º Enquadram-se, na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:*
>
> *I - limpeza, conservação e zeladoria;*
>
> *II - vigilância e segurança;*
>
> *III - empreitada de mão-de-obra;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974.*

Atinente à realização de operações relativas à locação de mão-de-obra, o seu pressuposto básico é a utilização do trabalho alheio. A empresa fornecedora pode se limitar ao fornecimento da mão de obra e assumir a obrigação de contratar os trabalhadores, sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. Dessa forma, torna-se a responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação dos serviços, muito embora os trabalhadores sejam colocados à disposição da contratante, que detém o comando das tarefas, fornece os equipamentos, bem como fiscaliza a execução e o andamento dos serviços.

Há ainda as operações nas quais o objeto contratado identifica-se com a apresentação de um resultado. A empresa contratada associa-se com a finalidade de apresentar um resultado específico, obra ou serviço. Ela obriga-se a fazer alguma coisa para uso ou proveito da contratante, fica responsável pelo fornecimento da mão-de-obra necessária à produção desta coisa, objeto da contratação, assume o ônus relativo à fiscalização, orientação e planejamento dos trabalhos, e também a gestão do risco de apresentação do resultado, que pode ser uma obra completa ou a prestação de um serviço, ambos perfeitamente identificados como produto final. Se o recurso fornecido pela contratada é exclusivamente a mão-de-obra, esta modalidade de contratação também é impeditiva da inscrição nos sistemáticas.

Outra possibilidade reúne a colocação da mão-de-obra à disposição da contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, para a realização de serviços em condições de continuidade e habitualidade.

Tem cabimento a aplicação subsidiaria da Consolidação das Leis do Trabalho que determina:

> *Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.*

Neste sentido, os sujeitos do contrato de trabalho são:

- o empregador que assume o risco da atividade econômica, ou seja, não pode transferir os custos decorrentes do empreendimento, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, bem como detém o poder de direção, organização, fiscalização, regulação, controle e disciplina advindos da relação jurídica com seus empregados;

- o empregado é a pessoa física que realiza pessoalmente a operação relativa à prestação de serviços, com habitualidade, subordinação e mediante contraprestação.

Assim, pode-se inferir que a pessoa jurídica que não assume o risco da atividade econômica, ou seja, transfere os custos decorrentes do empreendimento realiza operação relativa à locação de mão-de-obra.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Consta no Contrato Social, fls. 06-11: "exploração no ramo de prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos nos aeroportos de acordo com a legislação do Comando da Aeronáutica".

O código de CNAE - Classificação Nacional de Atividades Econômicas de nº 5240-1-99, refere-se a atividades auxiliares dos transportes aéreos, exceto operação dos aeroportos e campos de aterrissagem.

Nos Contratos de Prestação de Serviços, fls. 12-37, avençados com a TAM Linhas Aéreas S/A/Contratante, em que a Recorrente/Contratada, está assinalado:

> Cláusula 1ª - Do Objeto
>
> 1.1 - Constitui objeto do presente instrumento a prestação dos serviços técnicos operacionais discriminados no item 1.2.1, e respectivos sub itens, da NOSER, IAC 2301 - 0899, que regulamentou a aplicação da Portaria 467/GM5, datada de 03 de junho de 1993, pela CONTRATADA à CONTRATANTE e suas coligadas ou afiliadas que com ela transacionem ou venham a transacionar, no Aeroporto de Londrina/PR. [...]
>
> Cláusula 5ª - Das obrigações e responsabilidades do CONTRATADA.
>
> 5 - Constituem, dentre outras, obrigações e responsabilidades da CONTRATADA:
>
> a) atender aos requisitos técnicos estabelecidos pelo Departamento de Aviação Civil - DAC, no que concerne a equipamentos, treinamento de pessoal e procedimentos, devendo ter capacitação técnica que garanta o perfeito cumprimento dos serviços ora avençados, nos termos da legislação pertinente.
>
> b) cumprir e fazer cumprir, rigorosamente e de forma precisa e imediata as normas de serviço emanadas e elaboradas pela CONTRATANTE, sob forma de manuais, circulares, comunicados e outros documentos internos, bem como as tabelas de tarifas e horários, e demais instruções expedidas pela administração da CONTRATANTE;
>
> c) cumprir e fazer cumprir, rigorosamente e de forma precisa e imediata as determinações dos órgãos governamentais competentes, relativas à aviação,civil.;
>
> d) contratar, por sua conta e risco, e após rigorosa seleção, funcionários devidamente habilitados para o desempenho das atividades ora pactuadas, os quais deverão ser legalmente registrados pela própria CONTRATADA, no ato das respectivas admissões, mantendo, obrigatoriamente, uma equipe mínima que atenda às necessidades operacionais, observando que o exercício de cargos técnicos deve ser efetuado, exclusivamente, por pessoal competente, com experiência comprovada, não sendo tolerados erros por negligência, imperícia ou imprudência. Caso a CONTRATADA venha a constatar que o funcionário não está apto a exercer a função da qual está'investido, deve imediatamente providenciar sua substituição.
>
> e) responsabilizar-se por todo e qualquer dano ou prejuízo que seus funcionários ou terceiros, agindo sob sua supervisão e/ou responsabilidade, causem à CONTRATANTE ou a terceiros.
>
> f) responsabilizar-se integralmente pelo cumprimento da legislação trabalhista, previdenciária, fiscal e social de seus funcionários, efetuando os

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

respectivos recolhimentos nas datas e formas determinadas pelas autoridades competentes;

g) manter indene a CONTRATANTE com relação a qualquer reclamação trabalhista movida por seus funcionários contra a CONTRATANTE, seja esta julgada procedente ou não, bem assim com relação a qualquer reclamação de terceiros, relativas às suas atividades, arcando, em qualquer caso, com todos os ônus e custas do processo e de eventual condenação, mesmo que em nome da CONTRATANTE.

h) manter a área onde os serviços serão prestados sempre em perfeitas condições de ordem, estética, higiene e segurança.

i) remeter ao Controle de Receita da CONTRATANTE, toda a documentação contábil pertinente, a qual será recebida mediante protocolo, para conferência e pagamento da remuneração respectiva.

j) responsabilizar-se pelo pagamento de todas as despesas de pessoal, locação ou manutenção de equipamentos, limpeza e conservação, tarifas de dados, sistema automatizado arrendamento de lojas no aeroporto, manutenção predial, manutenção da boa aparência visual do material de rampa públicas de água, esgoto, luz, gás, telex, telefone, terminais de reservas, materiais de escritório, cópias, correios, treinamentos, despesas de viagens, propaganda, seguros, impostos, serviços de proteção ao crédito, serviço local de contabilidade e, ainda, todas e quaisquer despesas inerentes ao funcionamento e manutenção dos serviços ora contratados.

k) requisitar da CONTRATANTE os valores apurados para as despesas discriminadas no item " j " acima, com a antecedência devida, ressaltando que tendo em vista que tais despesas são de responsabilidade da CONTRATADA, a CONTRATANTE procederá ao desconto das mesmas, do valor da remuneração devida no mesmo mês.

i) especificar, em correspondência dirigida à CONTRATANTE, todas as despesas relativas ao desgaste por uso normal de materiais e equipamentos utilizados para a prestação dos serviços avençados,, solicitando o respectivo reembolso, caso fique constatado que tais despesas deverão ser suportadas pela CONTRATANTE.

m) atender aos vôos da Rede Postal Noturna, quando solicitado pela CONTRATANTE, nas condições que forem estabelecidas em termo aditivo a este instrumento, que deverá ser assinado e rubricado.pelas partes.

n) remeter nos prazos, estabelecidos, ao Departamento de Controle de Receita da CONTRATANTE, todos os comprovantes das despesas efetuadas, desde que tais despesas sejam previamente autorizadas e aceitas pela CONTRATANTE.

o) guardar as quantias recebidas da CONTRATANTE para efetivação dos pagamentos correspondentes, de responsabilidade direta da CONTRATANTE (tais como hotéis, transporte de tripulantes, etc), no dia do vencimento dos mesmos, enviando os respectivos comprovante devidamente quitados, à tesouraria da CONTRATANTE, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após esses pagamentos, impreterivelmente.

p) franquear aos funcionários da CONTRATANTE, especialmente designados, o acesso à loja ou balcão do aeroporto, bem como a utilização dos equipamentos ou facilidades existentes, inclusive aqueles do Comando da Aeronáutica ou do gestor do(s) aeroporto(s) situado(s) na área de atuação da

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CONTRATADA que, eventualmente, guarneçam as instalações aeroportuárias ocupadas pela CONTRATADA.

q) manter um quadro de funcionários a postos para a prestação dos serviços ora pactuados 90 (noventa) minutos antes dos horários previstos para a partida ou chegada das aeronaves da CONTRATANTE e de suas coligadas ou afiliadas, que com ela transacionem ou venham a transacionar, permanecendo no local após a decolagem das mesmas, até que essas aeronaves tenham plenas condições de pouso na próxima escala ou destino, devendo, outrossim, lá permanecer no mínimo 30 (trinta) minutos após a decolagem.

r) comunicar-se com a base da escala seguinte a cada vôo da CONTRATANTE e de suas coligadas'e afiliadas; ou de suas "congêneres," que:'com pia transacionem ou venham a transacionar, até 05 (cinco) minutos, no máximo, após a respectiva decolagem, informando o número de passageiros a bordo e respectivos destinos, bem como o peso total da bagagem, da carga e da localização das mesmas nos porões da aeronave e demais ocorrências relativas àquela operação, nos termos dos manuais da CONTRATANTE, que a CONTRATADA declara conhecer e aceitar.

s) comunicar-se com a Coordenação de Vôos da CONTRATANTE, em São Paulo, até 10 (dez) minutos, np,máximo, após a decolagem de cada vôo, informando o horário do pouso e da decolagem daquele vôo, o movimento de desembarque, embarque e trânsito de passageiros, bem como, os motivos de eventuais atrasos! e demais ocorrências relativas àquela operação, cumprindo as determinações dos manuais correspondentes, que a CONTRATADA declara conhecer e aceitar. [...]

Cláusula 9ª - Das conseqüências do término ou da, rescisão do contrato.

9.1 - Ao término ou na rescisão do presente contrato, a CONTRATADA se obriga, no momento e,no prazo determinado pela CONTRATANTE, a desocupar o imóvel ou o local onde até então exerceu suas atividades como prestador de serviços da CONTRATANTE, restituindo-o em perfeito estado de conservação e funcionamento e responsabilizando-se, ainda, por todos e quaisquer danos que venham a ser Constatados no mesmo. Obriga-se também, a restituir à CONTRATANTE todas as instalações, móveis, utensílios, aparelhos de telecomunicações :e outros, de propriedade da CONTRATANTE, do Comando da Aeronáutica ou do gestor do(s) aeroporto(s) situado(s) na área de atuação da CONTRATADA, que até então vinha utilizando, e em nome da CONTRATANTE, em perfeitas condições.de uso, conservação e funcionamento, respondendo, ainda, por todas as despesas que:se fizerem necessárias para eventuais reparos ou reposições dos mesmos.

§ 1º - No.caso de término ou rescisão deste instrumento, a CONTRATADA se obriga, ainda, a proceder à entrega dos documentos de identificação (crachás), uniformes, cartões de visita, impressos de qualquer origem, bem como, as vias de arquivo dos. documentos de interesse responsabilidade da CONTRATANTE, ainda que de emissão do CONTRATADA.

§ 2º - Qualquer que seja o motivo da rescisão deste contrato, não cabe a CONTRATADA direito algum de retenção, seja a que título for, sobre o imóvel, bens, utensílios e,equipamentos sob sua guarda, ficando expressamente ajustado que, na hipótese de não devolução dos mesmos, a CONTRATANTE ingressará com a competente ação de reintegração de posse. [...]

Cláusula 11 - Condições gerais [...]

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

d) A CONTRATADA é nomeado, neste ato, "fiel depositário" dos bens e equipamentos da CONTRATANTE e daqueles do Ministério da Aeronáutica ou do gestor do aeroporto situado na zona de prestação de serviços da CONTRATADA, e dós quais o mesmo faça uso.

Ainda nos Contratos de Prestação de Serviços, fls. 135-163 e 243-266, pactuados com a TAM Linhas Aéreas S/A/Contratante, em que a Recorrente/Contratada, está fixado:

IV - COMODATO E CESSÃO

4.1. A TAM poderá fornecer à CONTRATADA, em regime de comodato, parte ou a totalidade dos equipamentos, móveis, veículos, materiais e Kits de Sistemas necessários ao cumprimento dos serviços ora pactuados, ficando a CONTRATADA, neste caso, nomeada fiel depositária dos mesmos, respondendo pela sua guarda, conservação e utilização até efetiva devolução, nos termos das leis ^aplicáveis, não podendo cedê-los a terceiros ou utilizá-los para a prestação de serviços que não estiverem especificados nos Anexos.

4.2. Ao término ou na rescisão do presente contrato, por qualquer motivo, a CONTRATADA deverá devolver todos os bens fornecidos pela TAM, sendo que os mesmos deverão estar em'perfeito estado de limpeza e conservação. Caso isto não ocorra, a TAM poderá recuperar os bens e abater os gastos e custos com a recuperação de eventuais créditos da CONTRATADA.

V. PROGRAMAS DE COMPUTADOR E SISTEMAS

5.1. Pelo presente instrumento, a TAM concede a CONTRATADA uma licença, gratuita e não exclusiva, de uso dos programas de computador ("softwares") e sistemas de propriedade ou para os quais a TAM possui licença de uso, para compor um sistema operacional ("Sistemas"), para um número ilimitado de usuários.

5.2. O licenciamento de uso concedido neste acordo confere a CONTRATADA o direito de uso •intransferível e não exclusivo dos Sistemas pelo prazo de vigência do Contrato. A CONTRATADA poderá utilizar os Sistemas tão somente para a realização das atividades inerentes ao presente Contrato.

5.3. Para o uso dos Sistemas, o funcionário da CONTRATADA receberá da TAM uma senha pessoal e intransferível, a qual permitirá identificá-lo a qualquer tempo, em qualquer ação praticada ou negócios concluídos por meio dos Sistemas (a "Senha"). A CONTRATADA não permitirá a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, utilizar os Sistemas, seja em serviço de tempo compartilhado, serviço remoto ou outro arranjo de múltiplos usuários.

5.4 A CONTRATADA será a única responsável pelo uso dos Sistemas com a aposição de sua Senha, responsabilizando-se perante a TAM e perante terceiros por todos os danos e prejuízos a que der causa, mediante a utilização dos Sistemas, devendo indenizar a parte prejudicada pelas perdas e danos decorrentes do uso indevido ou impróprio dos Sistemas por si, seus empregados e prepostos

5.5 A CONTRATADA identificará a propriedade dá TAM em todas cópias dos Sistemas e deverá mantém um registro preciso da localização de cada uma dessas cópias. A CONTRATADA não poderá copiar, traduzir, modificar, adaptar, descompilar, desmontar ou usar engenharia reversa nos Sistemas. Em nenhuma circunstância a CONTRATADA poderá desativar os códigos de segurança relacionados.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

5.6 A TAM não será responsável por eventuais prejuízos, diretos ou indiretos, incidentais ou acidentais, perda de receitas, lucros cessantes, juros de mora, multas de qualquer espécie, incorreção de dados ou resultados, oriundos do uso indevido dos Sistemas pela CONTRATADA, seus empregados ou prepostos.

VI. ADMINISTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO

6.1. Executivo da CONTRATADA: Durante o prazo deste Contrato, a Contratada irá designar uma pessoa que será responsável prioritariamente pela administração do relacionamento da CONTRATADA com a TAM (o "Executivo da CONTRATADA"). O Executivo da CONTRATADA será (a) um profissional que seja aceitável para a TAM, (b) será o principal contato para a TAM com referência a todos os assuntos pertinentes a este Contrato, (c) terá responsabilidade integral por administrar e coordenar as atividades desenvolvidas, (d) irá reunir-se regularmente com o Contato TAM, e (e) terá poder e autoridade para decidir sobre as ações a serem tomadas pela CONTRATADA no curso ordinário da administração da rotina do relacionamento das Partes, de acordo com este Contrato. A CONTRATADA, mediante solicitação por escrito da TAM, deverá substituir o Executivo da CONTRATADA por um outro profissional que seja aceitável para a TAM. O Executivo da CONTRATADA poderá designar por escrito um número razoável de auxiliares, sob a sua direção, para serem os Interlocutores da CONTRATADA com referência a assuntos de competência específica relacionados com este Contrato e cada um dos Anexos.

6.2 Contato TAM: Durante o prazo deste Contrato, a TAM irá manter uma pessoa autorizada a atuar como o principal contato da TAM para a CONTRATADA e que terá poder e autoridade para decidir sobre as ações a serem tomadas pela TAM, com referência a todos os assuntos pertinentes a este Contrato (o "Contato TAM"). A TAM poderá designar por escrito um número razoável de auxiliares, sob a sua direção, para serem os interlocutores da TAM com referência a assuntos de competência específica relacionados com este Contrato e cada um dos Anexos.

Assim, os funcionários da Contratada devem participar de programas de treinamentos e usar uniformes nos termos das normas e manual da Contratante, utilizar materiais e equipamentos deve ser de acordo com manuais também da Contratada, que fornece os equipamentos das estações de trabalho.

Nas Notas Fiscais de Prestação de Serviços, fls. 38-47, consta: "atendimento de rampa e manuseio no solo", "serviços de atendimento a passageiro", "serviços prestados de cargas" e "serviços prestados na sala *vip*".

Os documentos constantes nos autos evidenciam que a Recorrente realiza operação relativa à locação de mão de obra, uma vez que não assume o risco e não se responsabiliza pela atividade econômica, ou seja, transfere os custos decorrentes do empreendimento com utilização dos equipamentos da Contratante.

Ademais, a alínea "*f"* do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e o inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, vedam expressamente a opção para o Simples e para o Simples Nacional, respectivamente, da pessoa jurídica que realiza operação de locação de mão de obra. Esse regramento específico deve prevalecer para fins tributários, tendo em vista o art. 2º do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não há que se falar em descaracterização do negócio jurídico, mas sim, a constatação da realidade dos fatos provenientes do Contratos de Prestação de Serviços. De forma diversa do entendimento da Recorrente, o objeto desses pactos está expressa de forma clara precisa e congruente. Na prestação de serviços auxiliares de transportes aéreos que a Recorrente realiza compreende unicamente a locação de mão de obra. O fato de a atividade econômica ser regulamentada especificamente por órgão governamental não lhe retira a natureza jurídica de locação de mão de obra. A sua responsabilidade restringe-se à mão de obra para realização da operação pactuada com a Contratante.

Restou caracterizada, de forma inequívoca, a situação excludente descrita expressamente nos atos declaratórios, ou seja, que a Recorrente realiza operação de locação de mão-de-obra. A dedução esclarecida pela defendente, então, não está evidenciada.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso[9]. Além disso, os atos normativos que não estejam abrangidos pela legislação tributária podem ser adotados subsidiariamente, tendo prevalência a observância da lei especial fiscal, nos termos do art. 2º da Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A alegação relatada pela defendente, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade[10].

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

Em face do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

[9] Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.
[10] Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 04/10/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA