



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

Processo nº 10380.015431/2001-96
Recurso nº 137.139 Voluntário
Acórdão nº 3201-001.145 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2012
Matéria SIMPLES/EXCLUSÃO
Recorrente TS COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.RECURSO. COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO.

A competência para julgamento de recurso em processo administrativo que trata de exclusão referente ao SIMPLES é da primeira Seção. Competência que se declina a Primeira Seção deste CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, declinar competência para a Primeira Seção de Julgamento do CARF.

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Nogueira, Paulo Sérgio Celani, Daniel Mariz Gudiño e Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relatório

A empresa acima identificada recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE.

Por bem descrever os fatos, adoto integralmente o relatório componente da decisão recorrida, até então, que transcrevo, a seguir:

“Contra a contribuinte identificada nos autos foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/FOR nº 40, em 09 de agosto de 2004 (fls. 58), excluindo-a do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, a partir de 01/01/2002, motivado pelo exercício de atividade impeditiva à opção pelo SIMPLES, cuja descrição da atividade econômica vedada é, locação de mão de obra.

2. Enquadramento Legal: Arts. 9º, inciso XII, “f” 12, 14, inciso I, e 15, inciso II, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; Art. 73 da Medida Provisória nº 2.158-34 de 27/07/2001; Arts. 20, inciso XI, “e” 21, 23, inciso I, 24, inciso II, c/c parágrafo único, da Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003.

3. Insatisfeita com o Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES, a interessada apresenta manifestação de inconformidade em 27/12/2004, mediante os argumentos de defesa resumidos a seguir:

3.1. a classificação do código informado para a Receita no momento da inscrição : “Os serviços de entrega rápida de mercadorias do comércio varejista e de serviços de alimentação no endereço do cliente” é perfeitamente compatível com as atividades realizadas por este, diferindo da definida para a locação de mão-de-obra: “O fornecimento, a terceiros, por tempo determinado, de pessoal recrutado e remunerado por agências de trabalho temporário, nas condições da legislação trabalhista”;

3.2. não se trata de uma empresa de fornecimento de mão-de-obra a terceiros, mas de prestação de serviços de entrega, conforme classificação oficial adotada pela Receita Federal. O levantado contra a impugnante não está de acordo com o executado por esta, basta entender que os contratos aludidos nos documentos fiscais relatam simplesmente o serviço a ser executado: 1) receber um chamado abrindo a ordem de serviço; 2) destacar qualquer motoqueiro disponível, inclusive os que estiverem em trânsito em outro serviço; 3) pegar a mercadoria e entregar no local solicitado;

3.3. os contratos firmados tem como vantagem a redução do preço dos serviços acordados e não de exclusividade, como expresso no contrato com a COELCE nos itens 6.11 e 7.1.2 (fls. 21/22), avaliados pelos servidores federais, que cita às fls. 71. Dessa forma, entende a requerente, que não há cessão de mão-de-obra e sim prestação de serviços, já que não cede nenhum funcionário específico, exclusivo e recrutado para aquela tarefa, nem em seu estabelecimento e muito menos no estabelecimento da contratante;

3.4. enfatiza que o fato da empresa ser optante do SIMPLES, necessariamente, não é sinônimo de redução do valor da contribuição. A exclusão da maneira como está sendo procedida, visa claramente prejudicá-

la. Pois, embora o Ato Declaratório Executivo, que proferiu a exclusão, tenha sido recebido em 25 de novembro de 2004, seus efeitos retroagem à data da ocorrência da situação de exclusão, ou seja 01/03/2001, resguardando os efeitos da exclusão para 01/01/2002. Portanto, esta forma não é a mais justa para a requerente, no seu modo de avaliar;

3.5. levando em consideração que o motivo que ensejou a exclusão ocorreu em 2000, no momento da inclusão no simples, o justo seria aplicar, para os efeitos da exclusão, a legislação em vigor à época em que ocorreu o fato impeditivo, por ser mais benéfica. Tal regra é de uso comum em direito penal, embasada no princípio da irretroatividade da lei (art. 5º XL da CF). Segundo a qual, a lei posterior, mais severa não retroagirá e a lei anterior, mais benéfica, embasada no princípio ultra-atividade vigorará enquanto o fato ocorrido durante a sua vigência não for julgado;

3.6. assim, segundo a impugnante aplica-se ao caso o disposto no art. 3º da lei 9.732/98, que havia dado nova redação ao inciso II daquele artigo 15, que cita às fls. 72. Desta forma, a exclusão surtirá efeito a partir do mês seguinte ao da publicação do ato declaratório executivo. Em reforço a esse argumento cita o art. 106 do Código Tributário Nacional (fls.73), afirmando que a aplicação da lei em vigor à época do fato impeditivo causará consequências menos gravosas a contribuinte, portanto, esta deverá ser aplicada.

3.7. Face ao exposto, pede o cancelamento do Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES.”

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do Acórdão DRJ/FOR nº 8.971, de 24/08/2006, proferido pelos membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE, às fls. 109/114, cuja ementa dispõe, *verbis*:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

Ementa: Serviço de Entrega - Locação de Mão de Obra

Comprovado nos autos, que juntamente com os serviços de entregas rápidas a empresa faz locação de mão de obra, dessa forma, fica a interessada impedida de permanecer na sistemática do SIMPLES.

Solicitação Indeferida.”

Inconformado o interessado apresenta recurso voluntário, tempestivamente, às fls. 120/125 e documentos às fls.126/128 onde repisa basicamente os termos da impugnação.

Através da Resolução de nº 302-1449, às fls. 131/134, os autos retornaram à repartição de origem para que se constatasse e analisasse a real atividade da empresa e seu enquadramento nos termos do Parecer Cosit nº 69/99 sobre locação de mão-de-obra para fins de exclusão no SIMPLES.

Tendo em vista, informação do AFRFB, à fl. 138:

“Dessa análise, constatamos que citados contratos têm por objeto o serviço de entrega com utilização de veículos e empregados da contratada. A maioria desses contratos têm cláusula de preço variável em função da quilometragem realizada pelo veículo utilizado. Por essa cláusula, não está caracterizada a cessão de mão-de-obra. Todavia, os contratos de fls. 09/10 e de fls. 16/17 têm cláusulas de preço fixo mensal pelo serviço prestado, o que, em nosso entendimento, nesse caso, poderá ser enquadrada como cessão de mão-de-obra.

Em razão de existência dos dois últimos contratos, com cláusulas a preço fixo mensal, e à luz do citado parecer, entendemos salvo melhor juízo, que o contribuinte exerceu sim atividade excludente do SIMPLES.”

Como a informação fiscal não trouxe qualquer elemento novo nos autos, ou seja, não foi realizada a diligência conforme solicitado, pois a informação fiscal refere-se apenas aos contratos que já constavam nos autos e que a remuneração por preço fixo não descaracteriza a prestação de serviço de transporte.

Pois, o fato dos- três contratos de prestação de serviço de transporte, dentre muitos outros, não pode, de forma alguma, ser motivo para a sua exclusão, daí a motivação do pedido de diligência.

Tem-se que sobre a atividade de locação de mão-de-obra, o Parecer Cosit nº 69, de 10/11/99, esclarece o seguinte:

“3. Em se tratando da locação da mão-de-obra, pressupõe-se que será utilizado trabalho alheio, ou seja, alguém cederá a outrem a atividade laborativa em virtude de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou do acréscimo extraordinário de tarefas.

*4. A **locação de mão-de-obra** pode também ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como **contrato de prestação de serviços**, a **locadora** assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos **sob sua exclusiva responsabilidade** do ponto de vista jurídico. A locadora é **responsável pelo vínculo empregatício** e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados **ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.** (grifei)*

Desta forma, foi CONVERTIDO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA (Resolução nº 3102-00.064), à repartição de origem para que se constatasse e analisasse a real atividade da empresa e seu enquadramento nos termos do Parecer Cosit nº 69/99 sobre locação de mão-de-obra para fins de exclusão no SIMPLES, em sessão de junho de 2009.

O processo digitalizado foi redistribuído a esta Conselheira.

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

O presente processo discute a exclusão referente ao SIMPLES.

Em assim sendo, o recurso em exame refere-se a exclusão no SIMPLES, matéria esta que não se encontra na competência deste Colegiado, mas da Primeira Seção deste CARF, na forma do artigo 2º, inc.V, Anexo II do seu Regimento Interno (Portaria nº 256, de 22/06/2009), *verbis*:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

V -exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

Assim, VOTO por não conhecer do recurso e declinar a competência para seu julgamento a uma das Câmaras da Primeira Seção deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator