



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

Processo n° 10580.725318/2012-19
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-004.690 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de junho de 2020
Matéria IRPJ
Recorrente CLUBE AUTO-MAIS - CLUBE DE ASSISTÊNCIA E BENEFÍCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

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

SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

As reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

NULIDADE. DESCABIMENTO.

Incabível a declaração de nulidade quando não se encontrarem presentes os motivos elencados no art. 59 do Decreto 70.235/72 que possibilitariam a sua decretação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Processo nº 10580.725318/2012-19
Acórdão n.º **1402-004.690**

S1-C4T2
Fl. 215

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente). Ausente momentaneamente o Conselheiro Murillo Lo Visco.

Relatório

Tratam-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional 001, de 03/05/2012 que excluiu a contribuinte retroativamente até a data de 01/01/2008 devido a constatação pela Fiscalização de prestação de serviço de cessão e locação de mão de obra, contrariando a norma prevista na alínea nos incisos XI e XII do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06. Instruem a representação os documentos de fls. 10/47 e o Termo de Representação Administrativo de fls. 02/09.

A fiscalização baseou-se no contrato de prestação de serviço e nas notas fiscais emitidas nas operações entre a Recorrente e a empresa SERCOSE.

Segundo o Termo de Representação Administrativo (fls. 2/9) que ao analisar os contratos (fls. 10/12 e 19/20) e notas fiscais de serviço, constatou que a receita obtida pela Recorrente era de serviço de cessão e locação de mão de obra para prestação de serviços de Secretaria e Expediente, apoio técnico operacional, administrativo, financeiro e telefonia, inclusive telemarketing, entendendo a fiscalização que a atividade exercida pela Recorrente é vedada pela Lei Complementar 123/06, excluindo-a do Simples.

Para complementar o histórico fático dos autos, utilizo o relatório do v. acórdão recorrido.

Trata-se de Manifestação de Inconformidade oposta pelo interessado acima qualificado contra o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SRD/SEFIS, nº 001, de 3 de Maio de 2012, através do qual foi excluído do Simples Nacional, pelo fato de ter sido identificada situação impeditiva de opção ao Simples Nacional durante a ação fiscal realizada na empresa, conforme Mandado de Procedimento Fiscal nº 05.1.01.00201100279.

2. O ADE foi motivado por Representação Fiscal emitida durante a fiscalização, onde foi identificada a situação impeditiva descrita no artigo 17, incisos XI e XII da LC 123 de 14/12/2006, como segue:

LC 123/2006

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

XII que realize cessão ou locação de mão de obra;

(...)

3. Assim, o interessado foi excluído do Simples Nacional a partir do dia 01/01/2008, data da sua opção.

4. O interessado traz as seguintes alegações, em síntese:

4.1. A tempestividade.

4.2. O crédito tributário deve ser suspenso enquanto não definitivamente julgado.

4.3. O processo nº 10580.725318/201219, que teve como resultado a emissão do Ato Declaratório 001, excluindo a Empresa do Simples Nacional desde janeiro de 2008, contém vícios.

4.3.1. A Empresa em nenhum momento foi intimada do conteúdo do processo 10580.725318/201219, desta forma, desconhece totalmente como foram obtidas as informações que serviram de base para os argumentos de exclusão apresentados no processo.

Ou seja, o processo aconteceu e foram obtidas informações sem o consentimento da Empresa.

4.3.2. O ADE foi emitido em razão da AUTO MAIS prestar serviços à SERCOSE, os quais estariam listados nos incisos XII e XI do artigo 17 da LC 123/2006, que tratam de serviços impeditivos à inclusão da empresa no Simples Nacional.

4.3.3. Segundo a interpretação do Chefe de Fiscalização, conforme o contrato entre empresas firmado em 31 de dezembro de 2007, a AUTO MAIS prestou serviços para a SERCOSE mediante cessão de mão de obra e serviços de apoio técnico, operacional, administrativo e financeiro, enquadrando os serviços como impeditivos, por se tratar de "serviços de secretaria e expediente e telefonia, inclusive telemarketing". Entretanto, o referido contrato não foi solicitado à Empresa no processo COMPROT 10580.725318/201219 (que exclui a empresa do Simples).

4.3.4. Não foram apresentadas e comprovadas as razões de fato e de direito suficientes à fundamentação da exclusão do Simples Nacional, ou seja, não foi demonstrado qual a específica cláusula do contrato que caracteriza trabalhos referentes a atividades de apoio técnico operacional e cessão de mão de obra. Também não especifica e evidencia a existência da prestação dos referidos serviços.

4.3.5. Assim, a declaração do direito pelo Fisco resta destituída de causa e motivação, requisitos essenciais à validade do lançamento, o que deve levar à declaração de sua nulidade e improcedência da exclusão do Simples Nacional.

MÉRITO

5. *Em relação ao conteúdo do ADE:*

5.1. *Do processo nº 10580.425318/201219 a empresa deveria ser intimada do seu conhecimento, o que não ocorreu.*

a) *Em relação aos serviços prestados pela AUTO MAIS, em síntese, observa que a empresa fez associação com empresas corretoras de seguro para que adquirentes de apólices de seguros de veículos fizessem adesão ao CLUBE AUTO MAIS a fim de gozar de descontos e/ou vantagens nos serviços prestados pelos seus parceiros. Não há que se falar em prestação de serviços de Secretaria e Expediente e telefonia, inclusive telemarketing, por cessão de mão de obra. Não identifica ou mesmo exemplifica, qual das cláusulas do contrato originou o convencimento sobre os serviços supostamente proibidos. Devem ser esclarecidos os indícios e provas que levaram a esse entendimento.*

b) *Em relação ao enquadramento dos serviços prestados, alega que o enquadramento com base no art. 118 da IN 971/2009 não deve prevalecer, pois a IN entrou em vigor em 17/11/2009, não devendo atingir atos anteriores à sua vigência. Assim, não alcança o período de exclusão pretendido, ou seja, janeiro de 2008. Por fim, o artigo 118 da IN 971/2009, trata de retenção de INSS, nada tendo a ver com a matéria de exclusão do Simples. Desta forma, tanto a vigência pretendida, quanto a alegação da caracterização dos serviços não procedem, tornado de imediato o referido Ato Declaratório como Nulo.*

5.2. *Do contrato mencionado no ADE*

5.2.1. *O contrato embarador do ADE não tem validade real. O Chefe do Serviço de Fiscalização não informa como e de quem obteve a cópia do contrato sobre o qual embasa seu convencimento, o que cerceia o direito de defesa da Empresa. Supõe-se que esta cópia foi obtida, em resposta ao Termo Inicial de Fiscalização (vide anexo II) de um processo de fiscalização do INSS. Nesta hipótese, observa a Empresa, que esta informação foi prestada por pessoa não autorizada pela EMPRESA, destituída de procuração, para representá-la, portanto, pessoa desprovida de conhecimento dos fatos e documentos relacionados às atividades operacionais da AUTO MAIS.*

5.2.2. *Requer, então, que seja desconsiderado o referido contrato como documento próprio para análise. Aduz que no Anexo III da Manifestação de Inconformidade disponibiliza cópia do contrato vigente no período fiscalizado, devidamente assinado em 31 de dezembro de 2007, com firma reconhecida em 13 de fevereiro de 2008, portanto, um mês antes da AUTO MAIS iniciar a contratação de empregados.*

5.2.3. *Esse documento não pode ser considerado como um contrato lato sensu, pois não produziu qualquer efeito, direito ou obrigações entre as partes, em razão do esgotamento de seu objeto.*

5.2.4. *O suposto contrato foi substituído por novo contrato (Anexo III) firmado em 31 de dezembro de 2007, assinado pelas partes e com firma reconhecida somente em 13 de Fevereiro de 2008, portanto, data que antecede em apenas 01 mês o início de contratação de mão de obra pela AUTO MAIS. Assim, o contrato que de fato fez surgir direitos e obrigações entre o CLUBE AUTO MAIS e a empresa SERCOSE está disponível para análise no ANEXO III da Manifestação de Inconformidade. Discorre sobre o assunto.*

5.2.5. *Conclui que, considerando a real natureza dos serviços prestados pela empresa, afasta-se a exclusão do sistema SIMPLES de arrecadação de impostos conforme instada no Ato Declaratório, sob a alegação de que a Empresa presta serviços de Secretaria e Expediente e telefonia, inclusive Telemarketing.*

5.2.6. *Todavia, a mera inclusão no suposto contrato (nulo e sem validade) de atividades ditas como impeditivas ao Simples, não significa necessariamente que esta o pratique. Esse documento também prevê a execução de serviços não impeditivos, os quais são efetivamente executados pela AUTO MAIS.*

5.2.7. *Remete-se à jurisprudência para guarita de seu entendimento. O DOU de 040699 publicou a Decisão nº 29, de 250299, da 6ª Região Fiscal dizendo que o fato de constar no contrato social atividade impeditiva de adesão ao SIMPLES não constitui motivo de vedação à opção e permanência da empresa no Sistema, desde que ela se abstenha de exercer a referida atividade e que no contrato social também existam atividades não impeditivas.*

5.2.8. *Ademais, por uma análise superficial da legislação e dos negócios da empresa, tal qual tem manifestado no Ato Declaratório, incorre-se em outro erro, o de acreditar que toda a prestação de serviços é executada com cessão de mão de obra. Não é esse o sentido da lei em comento. Discorre sobre o assunto.*

5.2.9. *Saliente-se que o contrato anexado à Manifestação de Inconformidade como ANEXO III foi objeto de distrato entre as partes em 31 de março de 2011, conforme documento apenso a essa Manifestação de Inconformidade (ANEXO IV).*

5.2.10. *Assim, não pode a exclusão da EMPRESA ser mantida em razão de dados colhidos entre documentos que não produziram efeitos jurídicos e tampouco foram apresentados por pessoa devidamente autorizada para esse fim, bem como por falta de legalidade apresentadas nesta manifestação. De qualquer forma, uma vez que se perdure tal entendimento, deve-se considerar os efeitos produzidos pelo documento de distrato (ANEXO IV), garantindo a manutenção da EMPRESA no Simples, no mínimo a partir de 1 de abril de 2011. Ou seja, na pior das hipóteses, a Empresa deve se manter no Simples de janeiro de 2008 a novembro de 2009 (em virtude da previsão legal IN, apresentada como base legal não produzir efeito*

retroativo, conforme manifestado acima) e a partir de abril de 2011, devido aos argumentos apresentados.

5.2.11. Requer, assim, a anulação da exclusão da empresa CLUBE AUTO MAIS do sistema SIMPLES de arrecadação de impostos.

6. Do princípio da ampla defesa e do contraditório 6.1. Discorre sobre o assunto e conclui que no presente caso os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório estão sendo feridos, já que o Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal do Brasil foi elaborado: i) sem a apresentação de legislação que o fundamenta de forma clara, ii) sem dar o direito a Empresa a conhecer o processo que resultou no Ato Declaratório, iii) sem demonstrar os meios que conseguiu documentos nulos ou inválidos (contrato) para justificar a exclusão; iv) sem a caracterização de forma clara e cristalina de qual cláusula do contrato caracteriza a possível irregularidade; v) sem analisar a real atividade da Empresa.

7. Do pedido

7.1. Requer o cancelamento do Ato Declaratório Executivo DRF/SRD/SEFIS, nº 0001, bem como das obrigações acessórias decorrentes do mesmo e a suspensão dos seus efeitos até a decisão final desta Manifestação de Inconformidade.

7.2. O interessado anexa à Manifestação de Inconformidade: Anexo I Contrato Social, Documentos de Identificação dos sócios e cartão CNPJ; Anexo II Protocolo de entrega de documentos solicitados no TIF; Anexo III Contrato Vigente e Anexo IV Distrato de Contrato de Prestação de Serviços.

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo a exclusão da empresa do simples, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2012

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

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

SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

As reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

NULIDADE. DESCABIMENTO.

Incabível a declaração de nulidade quando não se encontrarem presentes os motivos elencados no art. 59 do Decreto 70.235/72 que possibilitariam a sua decretação.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Incabível a declaração de existência de cerceamento de defesa eis que garantido ao sujeito passivo o exercício do contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos foram remetidos para as Turmas Ordinárias do E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivos pelos quais deve ser admitido.

Preliminares de nulidade em razão ao cerceamento ao direito de defesa:

Em relação a esta preliminar alegada pela Recorrente de que não foi aberto prazo para sua manifestação durante o procedimento de auditoria, entendo que não merece ser acolhida.

Pelo que consta nos autos, a Recorrente foi notificada a se manifestar e a entregar todos os documentos que entendesse serem necessários para comprovar que sua atividade era compatível com a opção do Regime do Simples Federal.

Após a entrega dos documentos e do término da auditoria fiscal, o Auditor Fiscal decidiu emitir o Ato Declaratório de Exclusão do Simples e lavrar o Auto de Infração.

Ou seja, foram respeitados todos os tramites necessários e foi aberto a Recorrente prazo para manifestação e praza para manifestação de inconformidade nos termos do Processo Administrativo Tributário Federal.

Desta forma, não verifico o alegado cerceamento ao direito de defesa e voto por rejeitar a preliminar alegada.

- Da nulidade relativa ao MPF:

O Mandado de Procedimento Fiscal deve acompanhar o lançamento de ofício que imputa infração a legislação tributária e exige tributo.

No presente caso, o processo trata de exclusão do Simples Federal, o qual a notificação para apresentar documentos e se manifestar supre a necessidade do Mandado de Procedimento Fiscal.

Para o caso em epígrafe, a Representação Fiscal é suficiente para formalizar a auditoria e o Ato de Exclusão.

Ademais, a jurisprudência desta Turma já se manifestou no sentido de que o MPF é um instrumento de controle da administração pública e questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não têm o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN.

A título exemplificativo, colaciono abaixo a ementa do v. acórdão proferido por esta C. Turma no processo 10508.720659/2013-51.

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA
IRPJ*

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES. INOCORRÊNCIA.

Não procede a tese de nulidade do auto lavrado quando constatada a improcedência das alegações apresentadas pelo contribuinte, que defendiam a nulidade do lançamento praticado, e quando verificada a sua regularidade (auto de infração lavrado por autoridade competente e quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária).

NULIDADE. QUEBRA DE SIGILO PROCESSUAL E BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA.

Improcedente a alegação de quebra de sigilo processual e bancário do contribuinte quando se verifica que o contribuinte foi regularmente intimado de todos os termos no curso do procedimento fiscal e a autuação lastreou-se em elementos fornecidos pelo próprio contribuinte e que não foram retirados de documentos fornecidos por instituições financeiras.

NULIDADE, FALTA DE INTIMAÇÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA, CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Improcedente a arguição de nulidade por cerceamento de defesa quando o contribuinte é regularmente representado por mandatário, o qual tem ciência de todos os termos do procedimento fiscal e quando o contribuinte apresenta sua impugnação também de forma regular, através de advogado, que exerce plenamente a sua defesa.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INSTRUMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo e eventual descompasso entre seu conteúdo e o lançamento não acarreta a nulidade deste.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ESPECÍFICA DA OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTS. 68 e 71 A 73 DA LEI Nº 4.502/64. NECESSIDADE DE NEXO CAUSAL E CORRELAÇÃO COM A INFRAÇÃO APURADA. AFASTAMENTO.

A simples afirmação no termo de verificação fiscal, genérica e abstrata, de que os fatos apurados se amoldam às hipóteses dos arts. 68 e 71 a 73 da Lei nº 4.502/64 não dá ensejo à qualificação da multa de ofício. Deve se proceder à demonstração específica de ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, estabelecendo o nexo causal entre a sua prática e as infrações tributárias apuradas ou mesmo de que tais posturas ilícitas permitiram a sua ocorrência (elemento sine qua non).

TRIBUTAÇÃO CONEXA. CSLL.

Aplica-se ao lançamento conexo o decidido sobre o lançamento que lhe deu origem, eis que possui os mesmos elementos de prova.

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIOS “LARANJAS”.
COMPROVAÇÃO DA GERÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO DA
EMPRESA PELOS SÓCIOS DE FATO.*

Verificada a existência de interpostas pessoas (“laranjas”) e comprovados os verdadeiros sócios administradores da empresa, deve ser mantida a estes a responsabilidade pelo crédito tributário constituído.

Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração devido a ausência de MPF para excluir a empresa do Simples Nacional.

- Passo a analisar o mérito relativo a exclusão do Simples Nacional devido a constatação pela fiscalização de utilização de cessão e locação de serviço de mão de obra.

A fiscalização baseou-se no contrato de prestação de serviço e nas notas fiscais emitidas nas operações entre a Recorrente e a empresa SERCOSE.

De acordo com os incisos XI e XII do art. 17º da Lei Complementar nº 123/06, não poderão aderir ao Simples Nacional a empresas que praticarem serviço de cessão ou locação de mão de obra. Vejamos o texto do dispositivo em comento.

LC 123/2006

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

XII que realize cessão ou locação de mão de obra;

Como a Fiscalização demonstrou de forma clara no Termo de Representação Administrativo (fls. 2/9) que ao analisar os contratos (fls. 10/12 e 19/20) e notas fiscais de serviço, constatou que a receita obtida pela Recorrente era de serviço de cessão e locação de mão de obra para prestação de serviços de Secretaria e Expediente, apoio técnico operacional, administrativo, financeiro e telefonia, inclusive telemarketing, entendo que a exclusão deve ser mantida.

Para melhor esclarecer a motivação da acusação fiscal transcrevo trecho pertinente do v. acórdão que tratou especificamente da constatação da prestação de cessão e locação de serviço de mão de obra.

13. Do conteúdo do Ato Declaratório Executivo

13.1. Do processo 10580.725318/201219

13.1.1 Ao contrário do que alega a empresa, a mesma foi devidamente intimada dos atos processuais em questão, conforme demonstrado acima.

13.1.2. Em relação às alegações da empresa a respeito dos serviços prestados pela Auto Mais, ao contrário do que alega, o referido ADE traz em seu bojo claramente quais foram as cláusulas do contrato de prestação de serviço que a empresa celebrou com a Sercose que originaram a motivação e o convencimento de que estaria exercendo atividades impeditivas de opção pelo Simples Nacional.

13.1.3. O contrato social da Clube Auto Mais traz em sua cláusula quinta o seu objeto, qual seja: “O objetivo da sociedade é a Prestação de Serviços de reparação, manutenção e funilaria automotiva, Serviços Automotivos, Assistência vinte quatro horas, criação e desenvolvimento de programas de adesão e benefícios.”. A cópia deste contrato foi anexada às fls. 10/12 do processo digital.

13.1.3. Entretanto, celebra com a Sercose um contrato de prestação de serviços que tem como objeto, constante de seu item 1, o seguinte: “O presente Contrato tem por objetivo a prestação de serviço de apoio técnico operacional, administrativo e financeiro.”

A cópia deste contrato foi anexada às fls. 19/20 do processo digital.

13.1.4. Além disso, em seu item 2 estão previstas as seguintes funções operacionais da contratada (Clube Auto Mais):

2 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

2.1 A CONTRATADA de conformidade com as demais cláusulas deste contrato se obriga a atender a CONTRATANTE, no atendimento operacional/administrativo sempre visando a satisfação dos seus clientes, atuando da seguinte forma:

2.2 Operacionalização da Central de Atendimento durante 24 horas ininterruptamente de Segunda a Domingo com pessoal treinado ou com equipamento eletrônico devidamente adaptado para tal fim.

2.3 Atendimento Pós Venda de Sinistro para Segurados com apólices com vigência garantida pelas companhias seguradoras, desde que o seguro esteja sob a responsabilidade da CONTRATANTE.

2.4 A CONTRATADA colocará pessoal capacitado para recebimento de valores referente a parcelas de seguro, ficando sobre sua responsabilidade o repasse dos referidos valores para a CONTRATANTE.

2.5 Operacionalização e Expedição das correspondências entre a CONTRATANTE e as companhias seguradoras.

2.6 Auxílio operacional nas áreas: Financeira e Contábil. (g.n.)

13.1.5. Portanto, restou evidenciado que a prestação de serviços real da empresa difere daquela constante do Contrato Social, conforme Contrato de Prestação de Serviços firmado em 31/12/2007, entre a Sercose e a Auto Mais.

13.1.6. Tal fato ficou bem claro no ADE, o qual demonstrou que o exercício de serviços de apoio técnico operacional, administrativo e financeiro com cessão de mão de obra enquadra-se nas duas situações de vedações ao ingresso no Simples Nacional, previstas no artigo 17, incisos XI e XII da Lei Complementar 123/2006:

13.1.7. Não se pode olvidar o fato de que o referido ADE originou-se de uma Representação Fiscal após a empresa ter sido fiscalizada, ou seja, o auditor fiscal compareceu à empresa e, munido de documentos e observações fáticas, formalizou a Representação Fiscal.

13.1.8. Já em relação ao enquadramento dos serviços prestados, cumpre ressaltar que a fundamentação legal do ADE deu-se pelo exercício de atividades impeditivas da inclusão no Simples Nacional previstas no artigo 17, incisos XI e XII da LC 123/2006:

Lei Complementar 123/2006

Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

XII que realize cessão ou locação de mão de obra;

(...)

13.1.9. O fato de ter sido mencionado o artigo 118 da IN RFB 971 de 13/11/2009, DOU de 17/11/2009, vigente à época da sua lavratura, não o invalida.

13.1.10. O que se observa é que a Auto Mais celebrou contrato de prestação de serviços com a Sercose, com cessão de mão de obra.

Pois bem, a legislação previdenciária anteriormente à IN RFB 971/2009, qual seja a IN MPS/SRP 03/2005, já fazia previsão sobre quais serviços prestados mediante cessão de mão de obra estariam sujeitos à retenção de 11%. Sendo assim, acompanhando o mandamento da LC 123/2006, não poderiam ser tributados na forma do Simples Nacional, mas na forma das empresas em geral.

13.1.11. Verifica-se que a IN MPS/SRP 03 de 14/07/2005, DOU 15/07/2005, já dispunha em seu artigo 146, incisos XXII e XXIV, que os serviços de secretaria e expediente, quando relacionados com o desempenho de rotinas administrativas, assim como os serviços de telefonia ou de telemarketing, que envolvam a operação de centrais de atendimento ou de aparelhos telefônicos ou de teleatendimento, estariam sujeitos à retenção de 11% quando contratados mediante cessão de mão de obra.

13.1.12. Assim, as alegações da empresa de que os serviços prestados mediante cessão de mão de obra pela Auto Mais à Sercose não teriam enquadramento na legislação não merecem prosperar, eis que à época do fato gerador a IN MPS/SRP 03/2005 encontrava-se plenamente válida e abarcava a hipótese encontrada pela fiscalização.

13.1.13. Assim, resta esclarecido que o ADE foi devidamente fundamentado.

13.2. Do contrato mencionado no ADE

13.2.1. O ADE em questão foi motivado através da constatação de situação impeditiva à inclusão no Simples Nacional, a qual foi verificada através da fiscalização realizada na empresa, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 05.1.01.00201100279, que teve início formal em 26.04.2011, com a lavratura e ciência pessoal do Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, demarcando o fim da espontaneidade da empresa.

13.2.2. A fiscalização resultou na lavratura de autos de infração pelo descumprimento de obrigação acessória e principal, assim como da Representação Fiscal ao serviço de fiscalização, que resultou no ADE. Verifica-se que a empresa tomou ciência pessoal do encerramento da fiscalização, das autuações, assim como do referido ADE em 04/05/2012, ou seja, ao finalizar o procedimento fiscalizatório, a auditora fiscal comunicou a empresa de sua exclusão do Simples e da lavratura das autuações.

13.2.3. Tal forma de proceder da autoridade fiscal está coberta pela legalidade, tal como consta da fundamentação legal dos respectivos documentos, sendo certo que a legislação fornece à autoridade administrativa prerrogativas fiscalizatórias de examinar documentos, assim como fiscalizar a própria atividade da empresa, in loco.

13.2.4. A fim de rebater os argumentos da empresa a respeito de suas alegações sobre o seu desconhecimento a respeito de quem a fiscalização obteve os documentos, inclusive o contrato de prestação de serviços em questão, cumpre observar que durante a fiscalização acima mencionada foram emitidos, pela autoridade fiscal, vários Termos de Intimação Fiscal – TIF's em que o próprio sócio, Sr. Marcelo Simões Mota Campos, obteve ciência pessoal a respeito, apondo sua assinatura nos mesmos. À exceção do TIF 01, cuja assinatura foi aposta pela Sra. Patrícia Alves dos Santos, contadora da empresa, de todos os TIF's o sócio da empresa Sr. Marcelo Simões Mota Campos obteve ciência pessoal. Observa-se que, segundo o contrato social da empresa, conforme sua cláusula sétima, o Sr. Marcelo detém poderes de administração da empresa.

13.2.5. Com relação à ciência pela contadora da empresa, cumpre esclarecer que em nenhum momento a legislação veda que o contador da empresa tenha ciência dos atos que se estão procedendo durante a fiscalização. Inclusive, é de fundamental importância que se designe uma pessoa para proceder ao atendimento à fiscalização que tenha

Desta forma, tendo em vista a constatação de que a receita da Recorrente é oriunda do serviço de cessão e locação de mão de obra, voto por manter sua exclusão do Simples Nacional.

Pelo exposto e por tudo que consta processo nos autos conheço do Recurso Voluntário e nego provimento para manter a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, conforme Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

(assinado digitalmente)
Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.