



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10630.001416/00-83  
SESSÃO DE : 11 de novembro de 2004  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508  
RECURSO Nº : 128.285  
RECORRENTE : GABRIEL GARDEN LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/JUIZ DE FORA/MG

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E  
CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE  
PEQUENO PORTE – SIMPLES  
INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de  
inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em  
vigor, salvo nos casos especificados (art. 22-A do Regimento Interno dos  
Conselhos de Contribuintes, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/2002).

EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA

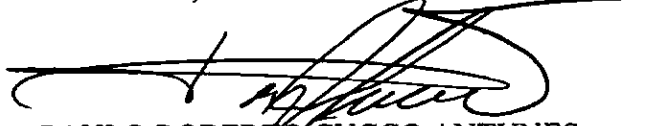
Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que presta serviços de locação de  
mão-de-obra (art. art. 9º, inciso XII, alínea “F”, da Lei nº 9.317/96).

NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho  
de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma  
do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 11 de novembro de 2004



PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES  
Presidente em Exercício



MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Relatora

20 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH  
EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, WALBER  
JOSÉ DA SILVA, SIMONE CRISTINA BISSOTO e PAULO AFFONSECA DE  
BARROS FARIA JÚNIOR. Ausente o Conselheiro HENRIQUE PRADO MEGDA.  
Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional ALEXEY FABIANI VIEIRA  
MAIA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.285  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508  
RECORRENTE : GABRIEL GARDEN LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/JUIZ DE FORA/MG  
RELATOR(A) : MARIA HELENA COTTA CARDOZO

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora/MG.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A interessada, após operação de fiscalização promovida pelo INSS (fls. 01 a 13), foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, sob a alegação de que a atividade por ela desenvolvida – locação de mão de obra – obstaría a opção, conforme Ato Declaratório nº 55, de 19/12/2000 (fls. 14).

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada da exclusão por meio de correspondência postada em 11/01/2001 (fls. 19), a interessada apresentou, em 12/02/2001, tempestivamente, a impugnação de fls. 20 a 24, acompanhada dos documentos de fls. 25 a 33, alegando, em síntese:

- o objeto principal da empresa é o comércio de plantas e flores, conforme cláusula terceira do contrato social;

- a exploração do ramo mercantil obriga a empresa, por força de lei, a se inscrever no Cadastro de Contribuintes do Estado, o que foi feito em 08/08/96;

- quanto à prestação de serviços de jardinagem, esta consiste nos trabalhos de formação de jardins, com a utilização, na maioria das vezes, de mercadorias comercializada pela empresa e seu pessoal especializado, devidamente registrado no Livro de Registro de Empregados, portanto é uma prestação de serviços vinculada à venda de bens;

- a única diferença entre esse e outros ramos de prestação de serviços está no fato de que o serviço é prestado no endereço do cliente;

- o pessoal alocado à atividade trabalha sob a subordinação, orientação e supervisão da impugnante, sujeitando-se às normas desta; *yl*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.285  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508

- não se trata de locação de mão-de-obra, já que a contratante não exerce nenhuma ingerência sobre o pessoal alocado na execução dos serviços, não tendo com ele nenhum vínculo;

- a atividade de locação de mão-de-obra é regulamentada pela Lei nº 6.019, de 03/01/74, que instituiu as chamadas “empresas de trabalho temporário”, cuja finalidade é disponibilizar às outras empresas, temporariamente, trabalhadores qualificados, por elas remunerados e assistidos;

- no trabalho temporário, a tomadora dos serviços, para atender a uma necessidade transitória de substituição de seu pessoal permanente, recorre às “empresas de trabalho temporário” que, mediante contrato escrito, locam mão-de-obra por prazo determinado, assegurando-se ao trabalhador temporário remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria, da empresa tomadora;

- além disso, a empresa de trabalho temporário transfere, durante a vigência do contrato, o poder de direção sobre os assalariados à empresa tomadora, e não é esse o caso da impugnante;

- ainda que fosse o caso, se a empresa preenche os demais requisitos para opção pelo regime favorecido, é de se questionar a constitucionalidade das vedações contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96, que atentam contra o princípio da isonomia (cita doutrina de Geraldo Ataliba);

- importante salientar a situação irreal criada pelo confronto entre o regime tributário da Lei nº 9.317/96 e a Lei nº 8.864/94, que estabelece normas para as microempresas e empresas de pequeno porte, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial, previsto no art. 179 da Constituição Federal.

Ao final, a interessada requer o cancelamento do Ato Declaratório nº 55/2000, que a excluiu do Simples.

#### DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 05/02/2002, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora/MG exarou o Acórdão DRJ/JFA nº 711 (fls. 35 a 38), indeferindo a solicitação, com base nos seguintes fundamentos:

- ao julgador administrativo não cabe questionar a legalidade ou constitucionalidade do comando legal, sendo que a análise de teses contra a constitucionalidade de leis é privativa do Poder Judiciário;

- a locação de mão-de-obra enquadra-se na vedação expressa no inciso XII, alínea “f”, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96;

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.285  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508

- o Parecer Cosit nº 69, de 10/11/99, por sua vez, define a atividade de locação de mão-de-obra;

- o Termo Aditivo do contrato celebrado entre a interessada e a Fundação Percival FARQUHAR exemplifica como são prestados os serviços, evidenciando que a atividade desenvolvida trata-se efetivamente de locação de mão-de-obra, subsumindo-se o fato à hipótese descrita na lei.

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada do acórdão de primeira instância em 22/02/2002 (fls. 40), a interessada apresentou, em 25/03/2002, tempestivamente, o recurso de fls. 46 a 53, em que reprisa as razões contidas na impugnação, enfatizando os argumentos acerca da inconstitucionalidade das vedações à opção pelo Simples.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 58 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório. *gel*

RECURSO Nº : 128.285  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508

### VOTO

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de exclusão de empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – Simples, com base no art. 9º, inciso XII, alínea “f”, da Lei nº 9.317/96, tendo em vista a atividade por ela desenvolvida.

Preliminarmente, a interessada arguiu a inconstitucionalidade das vedações contidas na Lei nº 9.317/96, matéria esta corretamente tratada pelo acórdão recorrido.

Assim, cabe a este Colegiado frisar, mais uma vez, que a discussão sobre a inconstitucionalidade/ilegalidade dos atos que deram suporte à exclusão do Simples está reservada ao Poder Judiciário, conforme disposição da própria Constituição Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea “a”, que trata do controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do controle difuso, que pode ser exercido por qualquer juiz.


Nesse passo, convém trazer à colação o art. 5º da Portaria MF nº 103/2002, que inseriu o art. 22-A no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 55/98 - Anexo II):

“Art. 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação directa, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário: 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.285  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."

No caso em questão, não constam dos autos elementos que logrem atender a qualquer das hipóteses acima. Ao contrário, a constitucionalidade das vedações ao Simples vem sendo reconhecida pelo Excelso Pretório, como ocorreu na ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-1/DF, de 05/12/2002 (DJ de 14/03/2003), que tratava da vedação das atividades de profissionais liberais:

**“ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços. 2. Legitimidade ativa da Confederação. O Decreto de 27/05/54 reconhece-a como entidade sindical de grau superior, coordenadora dos interesses das profissões liberais em todo o território nacional. Precedente. 3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela “simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas” (CF, artigo 179). 4. Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. “(grifei)**

Destarte, REJEITA-SE A PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE, ARGÜIDA PELA RECORRENTE.

No mérito, o acórdão recorrido é irretocável, razão pela qual adoto a fundamentação do voto vencedor, a seguir transcrita:

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.285  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508

“A locação de mão-de-obra enquadra-se na vedação expressa no inciso XII, alínea “f”, do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, abaixo transcrito:

‘Art. 9º - Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII - que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;’

Sobre o entendimento do art. 9º, XII, ‘f’, da Lei nº 9.317/96, o Parecer Cosit nº 69, de 10/11/99, esclareceu 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.’ (Negritos não originais)

Na espécie, a cláusula 03 do Instrumento de Contrato Social (fl. 7) da contribuinte estabelece que ‘o objetivo da sociedade será o comércio de plantas e flores, bem como a prestação de serviços de jardinagem’. O Termo Aditivo (fls. 10/11) do contrato celebrado entre a defendente (contratada) e a Fundação Percival FARQUHAR (contratante) exemplifica como esses serviços são prestados. Para elucidar a questão, vale destacar os seguintes trechos (grifos não originais):

*pel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.285  
ACÓRDÃO Nº : 302-36.508

- a) 'O objeto do presente contrato é a prestação de serviços, sem vínculo empregatício, por tempo indeterminado, na área de manutenção de jardins e podas de árvores existentes no gramado e serviços equivalentes em geral, localizado no Campus II da UNIVALE, ...';
- b) 'A Contratada se compromete a prestar o serviço colocando à disposição da contratante a quantidade de pessoal solicitado, ...';
- c) 'Para prestação dos serviços, objeto deste contrato, é de responsabilidade da Contratante, na pessoa de seu titular ou seu representante legal, o acompanhamento de toda execução das atividades';
- d) 'É de inteira responsabilidade da Contratada a mão de obra para execução dos serviços, ou seja, registro do Ministério do Trabalho, pagamento de salários, recolhimento de Encargos Trabalhistas, ...';
- e) 'Responder por reclamações trabalhistas em qualquer juízo...' (responsabilidade da contratada).

As características extraídas do contrato, retro transcritas, evidenciam a locação de mão-de-obra, nos termos já explicitados. Houve, portanto, a subsunção do fato à hipótese descrita no art. 9º, XII, "f", da Lei nº 9.317/96."

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004

  
MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Relatora