



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

Processo nº 10665.000917/2006-48

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº **1001-000.784 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**

Sessão de 12 de setembro de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Recorrente DTS ESCOLTA LTDA

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO 2002

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que incorre em uma ou mais das vedações à opção estabelecidas em lei..

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e José Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário contra o acórdão, número 02-17.431 da 4ª Turma da DRJ/BHE, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra Ato Declaratório Executivo DRFDIV- MG nº 20, que exclui a empresa desse sistema a partir de 01/01/2002, em razão da prestação de serviços de locação de mão-de-obra, atividade vedada ao

sistema, nos termos da alínea f do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.310, de 5 de dezembro de 1996. Segue o breve relatório:

Cientificada da exclusão, conforme Edital nº 26/2007, afixado em 13 de novembro de 2007 (doe. de fls. 75), a contribuinte apresentou, em 27/12/2007, manifestação de inconformidade (fls. 80/83), com as alegações a seguir sintetizadas.

Esclarece que suas atividades estão relacionadas à locação de equipamentos e a prestação de serviços de escolta siderúrgica, além do transporte de cargas em geral, conforme consta em seus atos constitutivos.

Acrescenta que:

A seu turno, a excludente legal é restrita à locação de mão-de-obra, não havendo, pois, como se estender a todo o âmbito das atividades desenvolvidas pela impugnante, as quais, envolvendo locação de equipamento, são, por óbvio, preponderantes do ponto de vista econômico-empresarial.

Qualquer atuação administrativa que venha a vislumbrar situação diversa, a exemplo da aqui objeto de questionamento, obviamente, haverá de ter sua ilegalidade suscitada, pois, implicará em necessário desvirtuamento de preceito normativo expresso, a comprometer, enfim, o próprio Ordenamento Jurídico atinente, em manifesto prejuízo do contribuinte. Reflexamente, comprometida, também, estará a própria Constituição Federal, à vista de textual afronta aos princípios da segurança e confiança jurídicas.

Para defender seus argumentos, transcreve e comenta trechos doutrinários.

Entende, portanto, ser perfeitamente viável seu enquadramento no Simples, desde que atendidos os demais requisitos, os quais encontram-se evidenciados, inclusive no que diz respeito “à não repetição de sócios em relação a outras sociedades”.

Pede que seja reconhecida a insubsistência do ato declaratório, com a consequente reforma da decisão impugnada, visto que a empresa não se encontra subsumida a restrição prevista no art. 9º, XII, § da Lei nº 9.317/96.

Requer, ainda, poder provar suas alegações por todos os meios de prova admitidos, especialmente a prova documental.

Por fim, solicita que todas as notificações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço indicado no doc. de fls. 83.

Para acompanhar a manifestação de inconformidade, a empresa fez juntar cópia da alteração contratual datada de 1º de julho de 2007, sem registro na Jucemg (fls. 84/86); cópia das alterações contratuais registradas na Juccmg em 25/01/2006 e 07/01/2005 (fls. 87/94); cópia do contrato social e da alteração contratual da empresa DTS - Duarte Transportes e Serviço, CNPJ 71.366.496/0001-60, registrados na Jucemg respectivamente em 08/11/2003 e em 16/03/2004 (fls. 95/101); além da procuração de fls. 102.

Cientificada em 02/10/2008, a recorrente apresentou o recurso em 30/10/2008.

É o relatório

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário tempestivo e que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

A recorrente alega, em seu recurso, basicamente, que:

- as atividades econômicas da recorrente relacionam-se sim à locação de equipamentos e à prestação de serviços de escolta siderúrgica, além do transporte de cargas em geral;
- qualquer ação fiscal que venha a vislumbrar situação diversa, a exemplo desta aqui objeto de questionamento, obviamente, haverá de ter sua ilegalidade suscitada, pois, implicará em necessário desvirtuamento de preceito normativo expresso, a comprometer, enfim, o próprio Ordenamento Jurídico pátrio, em manifesto prejuízo do contribuinte. Reflexamente, verificar-se-á, ainda, afronta em relação à própria Constituição Federal, à vista de expressa contrariedade aos princípios da segurança e confiança jurídicas.;
- em específico quanto à preservação dos referidos princípios constitucionais também no âmbito do procedimento administrativo, a exemplo da hipótese versada, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar, dentre inúmeros outros, no julgamento do MS n. 24.268, asseverando, a propósito, que: (omiti);
- em específico quanto à questão ora controvérida, ao analisar tema relacionado à preponderância da atividade econômica, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, no julgamento do REsp. 884.186, da relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, muito embora cuidando de moldura fática diversa - aplicação da Lei n. 10.304/2000 em favor de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental - pôde decidir, favoravelmente, à ora recorrente, em hipótese que, mutatis mutandis, se aplica à espécie;
- portanto, de rigor será, redobradas vêrias a reforma da r. decisão colegiada ora combatida, de modo a se reconhecer a insubsistência do ATO DECLARATÓRIO excludente da condição da recorrente de empresa com tratamento legal diferenciado, tendo em conta que esta parte não se encontra subsumida à vedação prevista no art. 9º, XII, jfl da Lei n. 9.317/96, sendo perfeitamente viável seu enquadramento no SIMPLES, desde que atendidos os demais requisitos para tanto;
- e, no caso em tela, os demais requisitos já foram atendidos a contento, tendo em conta a inexistência de sócios, no empreendimento, que participem de outros empreendimentos com mais de 10% (dez pontos

percentuais), sendo certo, de outro lado, que toda a discussão relativa a eventual crédito tributário decorrente da referida exclusão já se encontra contemplada em seara própria, em impugnação específica ofertada pela ora recorrente,

- por último, pede que seja reformada a decisão da DRJ.

As situações descritas foram analisadas pela DRJ e todas rebatidas, a contento, na visão deste conselheiro. Portanto, peço a devida vénia para reproduzir o voto, principalmente, para fins de economia processual:

Do exame do contrato social, verifica-se que o objeto social da empresa é a “prestação de serviços de escolta de veículos de carga rodoviária. Na alteração contratual de 2005, foi acrescentada a atividade de “transportes rodoviários de cargas e transportes internos de cargas em pátios siderúrgicas”.

A legislação impõe que, para ser optante pelo regime de tributação do Simples, a empresa deve preencher necessariamente uma série de requisitos, dentre os quais a comprovação de que não aufera receita originária de nenhuma das atividades impeditivas.

As vedações legais ao exercício da opção pelo Simples estão previstas no Capítulo V da Lei nº 9.317, de 1996. A alínea f do inciso XII do art. 9º assim prescreve:

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 (o destaque não é do original).

Por meio do Parecer nº 69, de 10 de novembro de 1999, a Coordenação-Geral de Tributação - Cosit, da Secretaria da Receita Federal, esclareceu em que casos a prestação de serviços é caracterizada como locação de mão-de-obra, cessão de mão-de-obra e empreitada de mão-de-obra, para fins de exclusão do Simples. A seguir são transcritos alguns trechos do referido Parecer:

“3. Em se tratando de 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.

5. A legislação aplicável ao SIMPLES, relativamente ao aspecto discutido, estabelece a vedação para as pessoas jurídicas que tenham como atividade a locação

de mão-de-obra. Assim, onde a atividade referida for o objeto da pessoa jurídica, estará caracterizada a vedação a sua opção pela sistemática de pagamento de que trata o SIMPLES.

Empreitada de mão-de-obra

6. A empreitada, tanto na lei civil (CC art.1.23 7 e segs), quanto na Lei comercial (CCom, art. 226 e segs), é admitida como modalidade do contrato de locação (locação de obra, contrato de obra). É admissível a existência das seguintes espécies de empreitada: de materiais e mão-de-obra: exclusivamente de mão-de-obra (lavor) e por administração. Sua principal característica é o trabalho autônomo. Possuindo utilização corrente na construção civil e no meio rural. A distinção entre os diferentes tipos de empreitadas far-se-á pela natureza da prestação de trabalho. Fundamental para caracterizar-se a empreitada é que o empreiteiro assuma o risco de realizar a obra contratada, por si ou seus prepostos, segundo as especificações estabelecidas de tempo e preço. O empreiteiro é responsável pela organização dos meios necessários e a gestão do próprio risco, além da obrigação de executar a obra ou o serviço para o qual foi contratado. Como regra geral, todos os contratos de empreita pressupõem a assunção, por parte do contratado, do ônus relativo à fiscalização, orientação e planejamento do bem objeto da contratação.

7. A diferenciação básica existente entre a empreitada e a locação de mão-de-obra, portanto, é obtida pelo modo de encarar a obrigação de fazer. Se o que é ajustado limita-se ao fornecimento da mão-de-obra, sob controle e supervisão do locatário, temos a locação de mão-de-obra. Se o que é ajustado restringe-se à apresentação de um resultado, defrontamos com a empreitada. No caso da empreitada exclusivamente de mão-de-obra. O resultado é a própria execução do serviço, estabelecendo-se, assim, sua similitude com a locação de mão-de-obra.

8. Por conseguinte, dedicando-se a empresa à execução de empreitada exclusivamente de mão-de-obra, não poderá optar pelo SIMPLES. Assim também, a empreitada por administração, relacionada ao trabalho intelectual e administrativo de organizar os serviços e fiscalizar o andamento da execução do objeto da empreita, não poderá, também, optar pelo SIMPLES, devido ao fato de prestar serviços inerentes ao engenheiro e arquiteto.

Cessão de mão-de-obra

12. O conceito de cessão de mão-de-obra não tem utilização corrente no direito do trabalho, assim também no direito civil, sendo comum, todavia, sua utilização na área de atuação da previdência e assistência social. Encontra-se definido no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, conforme segue:

Art 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal, ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

(...)

§ 3 "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.

§ 4"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;

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

13. A partir da definição expressa na Lei nº 9.711, de 1998, nota-se a similaridade entre os conceitos de locação de mão-de-obra e cessão de mão-de-obra, fato este que não ensejará, então, dúvidas na aplicação da vedação ao SIMPLES. "

14. De todo o exposto, conclui-se que estão impedidos de optar pelo SIMPLES, as pessoas jurídicas que:

a) têm como atividade a locação de mão-de-obra;

b) firmam contratos de prestação de serviços relativos à empreitada exclusivamente de mão-de-obra;

c) contratam serviços mediante cessão de mão-de-obra;

e) estabelecem contratos de prestação de serviços relativos à empreitada e subempreitada de mão-de-obra, aplicados à construção civil, independentemente do fornecimento de material (Lei nº 9.528/97, art. 4?

Acatada a proposta da SRP, a impugnante foi excluída do Simples, com base no entendimento, emitido por meio do Parecer da Cosit acima transcrito, de que locação de mão-de-obra, cessão de mão-de-obra e empreitada de mão-de-obra se equivalem (apesar de suas sutis diferenças), e a prática de qualquer delas é suficiente para excluir a empresa praticante do Simples.

O que se observa é que, para ser caracterizada a situação de vedação ao Simples, é necessária a presença de dois requisitos, quais sejam, a colocação de funcionários à disposição da contratante e a prestação de serviços contínuos.

Examinando o contrato de prestação de serviços anexado (fls. 16 a 29), verifica-se que seu objeto é a prestação de serviços de escolta de carretas transportando gusa líquido.

Para tanto, a contratada precisa contribuir com pessoal, equipamentos e materiais próprios.

Na cláusula 4 do referido contrato (fl 16), mais especificamente nos itens 4.2.7 e 4.6.2, fica clara a prestação de serviços contínuos e evidenciada a subordinação dos empregados da contratada a prepostos ou gestores da contratante.

...

Da leitura dos itens contratuais transcritos, ficou evidenciado que, para exercer os serviços de escolta de carretas transportando gusa líquido, a interessada coloca funcionários à disposição da contratante e que a prestação de serviços se dá de forma contínua, situação que caracteriza a locação de mão-de-obra.

Nas notas fiscais juntadas ao processo (fls. 30/67), está consignada a prestação de serviços de escolta, executados para a Companhia Siderúrgica Pains, nos termos do contrato de fls. 16/28, e para a Gerdau S.A.

O fato de a contribuinte obter receita decorrente da prestação de serviço de locação de mão-de-obra, atividade vedada à opção pelo Simples, nos termos da alínea f do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, é suficiente para configurar a situação impeditiva, independentemente de qual seja a proporção da receita proveniente dessa atividade em relação ao total da receita auferida.

No presente caso, a pessoa jurídica incorreu em situação excludente e, por essa razão, foi efetuada a exclusão de ofício pelo Delegado da Receita Federal em Divinópolis, no estrito cumprimento do dever legal.¹

Cabe esclarecer que não serão aqui examinadas as questões relativas à participação dos sócios em outras empresas, pelo fato de não ter sido esse o motivo da exclusão do Simples tratado no presente processo.

No que se refere à doutrina trazida pela impugnante, vale ressaltar que a autoridade administrativa não pode se furtar ao cumprimento das determinações da legislação tributária, sob pena de responsabilidade funcional, conforme disposições do art. 3º e parágrafo único do art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN). Assim, foram adotadas as orientações estabelecidas na legislação tributária de regência da matéria.

Quanto à discussão sobre a constitucionalidade ou a legalidade dos diplomas legais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico pátrio, cabe lembrar que a instância administrativa não é o foro adequado, por absoluta falta de competência para essa função, que é reservada pela Constituição Federal em caráter exclusivo aos juizes e tribunais.

É inócuo, portanto, suscitar tais alegações no âmbito administrativo, pois a autoridade fiscal deve cumprir as determinações legais e normativas de forma plenamente vinculada. A esse servidor cumpre, tão-somente, verificar a harmonia entre o enquadramento legal apontado no ato de exclusão e a situação fática que se apresenta.

...

Por fim, conclui:

Em face do exposto, voto por rejeitar as preliminares de inconstitucionalidade e ilegalidade e o pedido de alteração de endereço para fins de notificação e, no mérito, indeferir o pleito da interessada, mantendo sua exclusão do Simples a partir de 01/01/2002.

É de acrescentar-se que a recorrente apresentou decisões no âmbito do STJ e, também, do STF, decisões essas que não têm o caráter *erga omnes* e, portanto, não obriga a este conselho a segui-las.

Consequentemente, nego provimento ao presente Recurso Voluntário, sem crédito tributário em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva