



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

R.F.J. 9

Processo nº	10680.008904/2006-29
Recurso nº	502.441 Voluntário
Acórdão nº	1803-00.417 – 3ª Turma Especial
Sessão de	20 de maio de 2010
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente	ATENDLABOR LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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

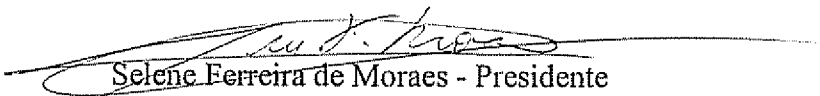
Exercício: 2003

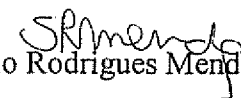
EXCLUSÃO. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE VEDADA.

Correta a exclusão do Simples quando restar caracterizada a realização de atividade vedada, tipificada como locação de mão-de-obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Selene Ferreira de Moraes - Presidente


Sérgio Rodrigues Mendes - Relator

EDITADO EM: 20/05/2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Selene Ferreira de Moraes, Benedicto Celso Benício Júnior, Walter Adolfo Maresch, Luciano Inocência dos Santos, Sérgio Rodrigues Mendes e Diniz Raposo e Silva.

Relatório

Por bem retratar os acontecimentos do presente processo, adoto o Relatório do acórdão recorrido (fls. 144-verso a 145-verso):

A empresa acima qualificada, optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES - foi excluída deste Sistema por força do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/BHE nº 2, de 11 de janeiro de 2008 (fls. 117), como segue:

O Delegado da Receita Federal em Belo Horizonte [...] declara:

Art. 1º Excluída [...] a empresa Atendlabor Ltda., CNPJ 05.346.071/0001-64, por se dedicar à locação de mão de obra;

[...]

Tal exclusão teve origem na Representação Fiscal de fls. 3 a 5, oferecida por Auditor-Fiscal da Previdência Social, que assim finalizava:

Conclui-se, mediante os fatos apresentados, que a empresa ATENDLABOR LTDA. está impedida de optar pelo SIMPLES por ser vedada a opção nas circunstâncias abaixo descritas.

A) a empresa ATENDLABOR LTDA. é resultante do desmembramento de parte do INSTITUTO DE PATOLOGIA CLÍNICA HERMES PARDINI LTDA. - CNPJ 19.378.769/0001-76, pois houve transferência dos funcionários que trabalham no setor de informática do Instituto para a referida empresa;

B) a empresa ATENDLABOR LTDA foi constituída com o objetivo único e exclusivo de fornecer mão-de-obra na área de atendimento ao INSTITUTO DE PATOLOGIA CLÍNICA HERMES PARDINI LTDA., pois todos seus funcionários desenvolvem atividades nas dependências do Instituto;

Integram os autos cópias dos seguintes instrumentos: (a) do contrato social da interessada (fls. 6 a 11) e de sua alteração (fls. 13 a 18); (b) do contrato de prestação de serviços firmado pela interessada e pelo INSTITUTO DE PATOLOGIA CLÍNICA HERMES PARDINI (fls. 19 a 22); (c) do termo aditivo ao mesmo (fls. 23 a 25); e (d) de contrato de cessão de espaço (fls. 76 e 77).

O referido contrato social tem o seguinte preâmbulo:

RICARDO DUPIN LUSTOSA [...] CPF 837.145.536-49 [...]; JOSÉ RIBAMAR SILVA VILELA [...] CPF 176.213.806-91 [...]; e CARLOS OLNEY SOARES, [...] CPF 099.197.246-53, [...] constituem uma sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada, que se regerá pelo disposto na legislação comercial e pelas cláusulas e condições seguintes [...].

JAM

A seu turno, o contrato de prestação de serviços tem o seguinte teor:

Pelo presente instrumento particular de Prestação de Serviços, de um lado, ATENDLABOR LTDA. [...], doravante denominada CONTRATADA, e, de outro lado, Instituto de Patologia Clínica Hermes Pardini Ltda. [...], neste ato representada por seu Sócio-Diretor, Sr. CARLOS OLNEY SOARES, [...] CPF [...] nº. 099.197.246-53, doravante denominada de CONTRATANTE, têm entre si, como justo e contratado o seguinte:

Cláusula Primeira. Do Objeto do Presente Contrato

Este presente instrumento particular de contrato, tem por objeto a prestação de serviços por parte da CONTRATADA, com concurso de seus empregados, no tocante a operação de atendimento a clientes, através de conferência de guias, encaminhamentos para exames e fornecimento de resultados aos mesmos, inclusive serviços congêneres.

Cláusula Segunda. Da Prestação de Serviços

Todos os serviços enumerados serão executados e prestados com concurso do pessoal devidamente habilitado da CONTRATADA, a qual tem a exclusiva responsabilidade pelo pagamento do trabalho desempenhado, bem como pelo cumprimento de todas as obrigações legais de qualquer natureza para com os mesmos, notadamente os encargos trabalhistas e previdenciários, ficando dessa forma, expressamente, excluída a responsabilidade da CONTRATANTE sobre tal matéria, não existindo desta maneira nenhum tipo de vínculo empregatício sob qualquer hipótese.

Parágrafo único. As despesas com vale-transporte, vale-refeição, atestados médicos admissionais, demissionais, periódicas, bem como as despesas decorrentes com a manutenção de Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA e outras despesas, serão de responsabilidade e correrão às expensas da CONTRATANTE.

[...].

Cláusula Quarta. Do Valor Pago

A remuneração, do presente contrato será paga pela CONTRATANTE à CONTRATADA no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis subsequentes ao mês do serviço prestado, o valor de 100% (cem por cento) da folha de pagamento líquida efetivamente paga aos funcionários, mais os encargos sociais (INSS e FGTS) e mais 10% (dez por cento) do valor da folha de pagamento líquida referente à taxa de administração mediante apresentação de fatura, acompanhada das cópias das guias de recolhimento do INSS e FGTS dos prestadores de serviços da CONTRATADA que prestem serviços à CONTRATANTE.

Por fim, examinando-se o Contrato de Cessão de Espaço, lê-se:

SRM



Pelo presente contrato particular de cessão de espaço, de um lado, EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS VISTA ALEGRE LTDA., [...], neste ato representado por seu diretor Dr. Hermes Pardini, brasileiro, casado, médico, [...] e, de outro lado, ATENDLABOR LTDA., [...] têm entre si como justo e contratado o seguinte:

[...].

Diligência realizada pela DRF de origem ratificou as informações constantes da Representação já mencionada, juntando-se cópias do livro Diário da interessada, com a seguinte observação (fls. 110):

Os livros fiscais [...] somente possuem lançamentos relativos à folha de pagamento. Não há qualquer registro contábil.

Ciente em 18 de janeiro de 2008 (fls. 114-v) e inconformada, a excluda externou seu inconformismo por meio da solicitação de fls. 118 a 124, apresentada em 14 de fevereiro de 2008, e a seguir resumida.

Principia por negar o exercício da locação de mão-de-obra, com base no teor de seu pacto constitutivo, afirmando:

Assim resta claro que se trata de prestadora de serviço, pois a Atendlabor disponibilizava seus empregados à contratante sob a subordinação de seus prepostos, e ainda mais, em número que entendia restar suficiente a realização do objeto do contrato, com total autonomia, de forma a restar totalmente equivocado o relatório da equipe de auditoria externa.

Afirma também não resultar de desmembramento, acentuando que

[...] o Instituto Hermes Pardini e a Atendlabor são pessoas jurídicas totalmente distintas com atividades diferenciadas nos moldes dos ditames legais.

Nessa esteira, é mister elucidar que inexiste no direito pátrio a figura de desmembramento de pessoa jurídica, já que as transformações societárias devidamente reconhecidas pelo direito comercial, se redundam em cisão, fusão e incorporação, sendo que não houve *in casu* qualquer de tais hipóteses.

Nega que sua escrita contábil se restrinja a lançamentos relativos à sua folha de pagamento.

Manifesta-se em contrário com aquilo que considera a retroatividade dos efeitos de sua exclusão, ao argumento de que

[...] a própria Secretaria da Receita Federal ANUIU à opção feita pelo contribuinte, ao receber, por todos esses anos, as contribuições devidas em tal formato, certeza e segurança do tratamento diferenciado para pagamento dos impostos e contribuições federais.

SRM

4

Ora, a Receita Federal não pode agora, por força de hipóteses de incidência de exclusão em tese aplicáveis à Contribuinte, penalizar a *Atendlabor* através da cobrança retroativa de tributos, ferindo o Princípio da Irretroatividade das Leis, cuja exceção, no âmbito do direito tributário, é apenas para aplicação da lei nova mais benéfica ao contribuinte.

Diz ter agido de boa-fé e entende que o ADE em comento teria a natureza de ato normativo expedido por Autoridade Administrativa nos termos do artigo 100 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN) e, como tal, só entraria em vigor na data de sua publicação, como determina o inciso I do art. 103 do mesmo Código.

Requer que todas as intimações referentes ao presente julgamento sejam feitas em nome de seu advogado.

Menciona e transcreve doutrina e jurisprudência.

A decisão da instância a quo foi assim ementada (fls. 144):

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

Exercício: 2003

VEDAÇÕES À OPÇÃO

Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que realize operações relativas à prestação de serviço de locação de mão-de-obra.

Solicitação Indeferida

Cientificada da referida decisão em 20/04/2009 (A.R. de fls. 148-verso), a tempo, em 21/05/2009 (21/04/2009 foi feriado nacional), apresenta a interessada recurso de fls. 150 a 159, instruído com os documentos de fls. 160 a 177, nele argumentando, em síntese:

- a) que tem como objeto social, "a prestação de serviços de atendimento a clientes, através de conferência de guias, encaminhamento para exames e fornecimento de resultados aos mesmos, inclusive congêneres", conforme disposto na cláusula terceira do seu Contrato Social;
- b) que, sendo assim, não é possível a conclusão de que se submete a uma prestação de dar;
- c) que disponibilizava seus empregados à contratante, sob a subordinação de seus prepostos, e ainda mais, em número que entendia restar suficiente à realização do objeto do contrato, com total autonomia;
- d) que, quanto à alegação de que era remunerada não pelo desempenho de uma tarefa, mas em função do simples transcurso do tempo, dispensável se faz o aprofundamento nesse mérito, uma vez que não há impedimento legal que obste sua inclusão no sistema Simples sob tal fundamento;



- e) que, em observância aos princípios constitucionais inerentes à legislação tributária, o mês em que ocorreu a situação excludente não pode ser outro, senão aquele em que recebeu a notificação do Ato Declaratório Executivo; e
- f) que, mesmo que se opere a referida exclusão, esta deve se dar a partir da notificação, e não retroagir.

Em mesa para julgamento.

Voto

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Relator

Atendidos os pressupostos formais e materiais, tomo conhecimento do recurso.

Exclusão do Simples

A questão a ser dirimida neste tópico prende-se à identificação da atividade exercida pela recorrente, se locação de mão-de-obra - atividade vedada pela sistemática do Simples - ou não.

Tenho para mim que uma boa forma de se apurar se se está diante de um contrato de locação de mão-de-obra é verificar a forma de pagamento adrede ajustada entre as partes contratantes.

Na hipótese de **locação de mão-de-obra**, em que os empregados da contratada são postos à disposição da contratante, no estabelecimento desta, a cobrança se dá - na generalidade dos casos - **pelo tempo durante o qual os empregados daquela (contratada) estão cedidos a esta (contratante)**, ou seja, em função do simples transcurso do tempo, e não do desempenho de uma determinada tarefa.

No presente caso, constam do contrato de prestação de serviços, de fls. 19 a 22, as seguintes cláusulas (grifou-se):

Cláusula Quarta. Do Valor Pago

A remuneração do presente contrato será paga pela CONTRATANTE à CONTRATADA, no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis subsequentes ao mês do serviço prestado, o valor de 100 % (cem por cento) da folha de pagamento líquida efetivamente paga aos funcionários, mais os encargos sociais (INSS e FGTS) e mais 10 % (dez por cento) do valor da folha de pagamento líquida referente à taxa de administração, mediante apresentação de fatura, acompanhada das cópias das guias de recolhimento do INSS e FGTS dos prestadores de serviços da CONTRATADA que prestem serviços à CONTRATANTE.

[...]

Cláusula Quinta. Do Prazo de Vigência

O prazo do presente contrato será por tempo indeterminado, podendo ser rescindido sem direito a indenização, por qualquer das partes contratantes, desde que a parte interessada dê ciência à outra com 30 (trinta) dias de antecedência, através de notificação.

Observa-se que o pagamento feito à recorrente, pela sua única contratante, tem em vista o **período mensal de prestação de serviços** de seus empregados, acrescido do percentual de dez por cento a título de taxa de administração, sem qualquer vinculação, pois, ao progresso na execução do serviço. Adite-se, ainda, que o prazo do referido contrato é **por tempo indeterminado**.

De outro lado, exsurge claro estar-se diante de um **desmembramento** da recorrente com relação à pessoa jurídica Instituto de Patologia Clínica Hermes Pardini Ltda., CNPJ nº 19.378.769/0001-76 – situação também vedada pela sistemática do Simples (art. 9º, inciso XVII, da Lei nº 9.317, de 1996).

Consta de despacho elaborado pela fiscalização, de fls. 109 a 111, após ter procedido a diversas diligências, o seguinte:

2. Vários funcionários do Instituto de Patologia Clínica Hermes Pardini LTDA, como recepcionistas e agentes administrativos (quando contratados antes de janeiro de 2003), foram transferidos para a empresa Atendlabor no início de suas atividades operacionais (cópias de livro fiscal de fls 78 a 82), conforme anotações nas fichas de registro de empregados de fls. 71 a 75, sendo, em tese, uma terceirização de serviços.

3. Em atendimento ao item 05 do termo de intimação fiscal, onde foi solicitada a apresentação do contrato de locação ou comprovantes de propriedade do imóvel, onde exerce suas atividades, situado à Rua dos Aimorés-33, no Bairro Funcionários, em Belo Horizonte; a Atendlabor apresentou um contrato de cessão de espaço, doc. de fls. 76 a 77, em caráter de comodato, em que figura do outro lado a empresa Empreendimentos Imobiliários Vista Alegre LTDA, que tem como sócio-Diretor o Sr. Hermes Pardini;

4. A empresa Atendlabor LTDA possui o mesmo endereço de uma das filiais do Instituto de Patologia Clínica Hermes Pardini, CNPJ 19.378.769/0001-76, na Rua dos Aimorés nº 33, Bairro dos Funcionários, nesta capital, fato constatado no ato da entrega do termo de intimação e diligência que teve ciência pessoal.

5. Os livros fiscais, de fls 78 a 106, somente possuem lançamentos relativos à folha de pagamento, não há qualquer registro contábil da compra de móveis, equipamentos (por exemplo, computadores) e material de consumo necessários à atividade da empresa.

SPM

✓

À lista acima, poderia ser acrescentado que, do cadastro da recorrente existente na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), consta como seu endereço eletrônico o seguinte (fls. 113):

secontabil@labhpardini.com.br

Por fim, do próprio contrato de prestação de serviços, de fls. 19 a 22, supostamente feito pela recorrente com o Instituto de Patologia Clínica Hermes Pardini Ltda., como contratada e contratante, respectivamente, fica patente estar-se tratando de uma só empresa, apenas formalmente desmembrada em duas. Veja-se:

Cláusula Oitava. Da Alterabilidade Contratual

As alterações contratuais serão decididas pela maioria do capital social

Efeitos da exclusão do Simples

Dispõe o art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, com a redação vigente à época da edição do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples (11/01/2008 - fls. 117):

Art. 15 A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

[...];

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Pelo que se observa, o art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317, de 1996, com a redação da Lei nº 11.196, de 2005, é claro ao estabelecer que os efeitos da exclusão se iniciam **no mês subsequente ao em que for incorrida a situação excludente**. No caso, a situação excludente se deu no **mês de outubro de 2002** (mês de sua abertura – fls. 112), motivo pelo qual **correta** a exclusão efetuada a partir do dia **01/11/2002**.

Assevera a recorrente que, em observância aos princípios constitucionais inerentes à legislação tributária, o mês em que ocorreu a situação excludente não pode ser outro, senão aquele em que recebeu a notificação do Ato Declaratório Executivo.

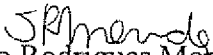
Acerca dessa argumentação, e em face do expressamente contido na Lei nº 9.317, de 1996, art. 15, inciso II, anteriormente transcrito, aplica-se a Súmula Carf nº 2, de seguinte dicção:

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

Conclusão

Em face do exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto
no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.


Sérgio Rodrigues Mendes

