



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10730.730665/2013-83
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.136 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de novembro de 2020
Recorrente MONTE CRISTO COMERCIO E SERVICOS TECNICOS - EIRELI - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. PREVISÃO EM CONTRATO SOCIAL. POSSIBILIDADE. ADE MANTIDO.

Diferentemente do Simples Federal, as Resoluções do CGSN apontam no sentido de que basta a previsão de atividade vedada no contrato social, para que se justifique a exclusão do contribuinte do Simples Nacional.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Constatado o exercício de atividade vedada, por meio de contrato de prestação de serviços, deve o contribuinte ser excluído do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **por unanimidade de votos**, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do SIMPLES FEDERAL.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iágaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1402-005.136 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10730.730665/2013-83

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário (fls. **120-128** e docs. anexos) interposto em face de Acórdão da DRJ/FOR (fls. **107-116**), por meio do qual o referido órgão julgou parcialmente procedente a Manifestação de Inconformidade (fls. **63-70** e docs. anexos) do Contribuinte, de forma a manter a exclusão do Simples Nacional, mas a partir de **01/11/2010**.

I. Representação, Ato Declaratório Executivo (ADE) e Despacho Decisório

2. Em virtude de representação fiscal (fl. **2**), foi o Contribuinte intimado para apresentar contrato social e alterações (fl. **16**) de forma a verificar se haveria conformidade com a LC 123/06 (Simples Nacional), uma vez que havia possível infração contra o art. 17, XII de referida Lei Complementar. Após análise por parte da Autoridade Administrativa, foi lavrado Despacho Decisório (DD), às fls. 46-50, o qual apontou os fatos e fundamentos que justificariam a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional.

3. Com base no DD foi emitido ADE (fl. **51**), que declarou a exclusão do Contribuinte em virtude de infração do art. 17, inciso XII da LC 123/06, em virtude da “atividade econômica de cessão ou locação de mão de obra”, como se constata na transcrição de parte do ADE abaixo.

Art. 1º - Fica excluída da sistemática do Simples Nacional a empresa MONTE CRISTO COMERCIO E SERVIÇOS TECNICOS EIRELI ME inscrita no CNPJ sob o nº 12.779.375/0001-80, tendo em vista a atividade econômica de cessão ou locação de mão de obra, atividade vedada ao ingresso no Simples Nacional, na forma do artigo 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, com as alterações posteriores, conforme documentação acostada aos autos do processo administrativo nº 10730.730665/2013-83.

Art. 2º - A exclusão do Simples surtirá os efeitos a partir de 28 de outubro de 2010, em virtude do disposto no artigo 76, inciso III, alínea “a” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011.

II. Manifestação de Inconformidade e decisão da DRJ

4. Contra a emissão de ADE, a Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, na qual alegou, em síntese o seguinte, conforme transcrição do Acórdão da DRJ:

a) A aferição e a análise de uma Empresa como preenchedora dos requisitos para enquadramento junto ao Regime do Simples Nacional, deve se dar em razão das atividades efetivamente desenvolvidas pela Empresa, pelo que a mera leitura das atividades que compõem o objetivo social da Empresa em seus atos constitutivos não pode servir de parâmetro ou fundamento para a sua exclusão do Simples Nacional.

- b) As atividades objeto do instrumento contratual celebrado entre a impugnante e a Receita Federal do Brasil não estão entre àquelas relacionadas nos Anexos I e II da Resolução CGSN n.º 06/2007.
- c) O artigo 18, §5º-B, inciso IX, da LC n.º 123/2006 enquadra os serviços de reparos e manutenção em geral como integrantes do Simples Nacional.
- d) Na hipótese de manutenção da exclusão do Simples Nacional, requer o acolhimento da presente peça impugnatória, modificando-se a decisão para que a exclusão se faça a partir de 30/12/2014, ou seja, a partir da data em que proferida a decisão.
- e) Também em nome do princípio da eventualidade, requer ainda que, na hipótese de não acolhimento dos argumentos anteriormente lançados, a decisão ora impugnada seja reformada para que os seus efeitos se operem a partir do momento em que foi celebrado o contrato de prestação de serviços entre a Impugnante e a Receita Federal do Brasil, ou seja, a partir de 28/03/2013.
- f) Novamente também na hipótese de não acolhimento das considerações anteriores, requer a Impugnante, em nome do princípio da eventualidade, a modificação da decisão impugnada para que seus efeitos se operem a partir de 01/01/2012. Isto se deve ao fato de que, a Resolução CGSN n.º 94/2011, que lastreia e fundamenta a presente decisão, em seu artigo 140 é taxativa e expressa no sentido de que: “Art. 140. Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2012”. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 2º, inciso I e §6º). Em face do Princípio da Irretroatividade das Leis, não há como se estabelecer a exclusão da Impugnante do regime do Simples Nacional, em momento anterior ao de vigência da norma que fundamenta tal exclusão.
- g) Requer esta Empresa seja isentada do pagamento de multas, encargos moratórios, juros e demais obrigações acessórias, decorrentes de sua exclusão do regime do Simples Nacional.
- h) Requer também a Impugnante o acolhimento de seu pedido, para que seja suspensa a exigibilidade do pagamento das multas decorrentes da entrega extemporânea e intempestiva da DCTF, SPED Contribuição e SPED Contábil.
- i) Requer por fim, o deferimento de seu pedido para que a Impugnante possa realizar a compensação do saldo remanescente do Simples Nacional com o pagamento das Guias da GFIP/GPS.

5. A DRJ julgou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Manifestação de Inconformidade, nos seguintes termos da transcrição da ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

EXCLUSÃO. CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. REQUISITOS. EFEITOS. ATOS DE EXCLUSÃO ANTERIORES A 01/01/2012.

A disponibilização de profissionais de manutenção predial nos edifícios do contratante, em suas dependências e de forma contínua, caracteriza cessão ou locação de mão de obra, devendo a pessoa jurídica locadora ser excluída do Simples Nacional. Para atos de exclusão com ciência do administrado anterior a 01/01/2012, a produção de efeitos deve ocorrer a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Sem Crédito em Litígio

6. Em síntese o órgão julgador entendeu que o contrato realizado entre o Contribuinte e a DRF de Niterói (fls. 86-106) caracteriza e comprova a cessão ou locação de mão-de-obra, prevista no art. 17, XII da LC 123/06, não devendo ser aplicado ao caso o art. 18, § 5º-B, inciso IX da referida Lei Complementar. Quanto à atividade, a mera constatação no contrato social já fundamenta a exclusão. Sobre a data de exclusão, deve o Contribuinte ser excluído a partir de 01/11/2010, tendo em vista o art. 31, II da LC 123/06. Sobre as demais questões levantadas na manifestação de inconformidade, haveria falta de competência da DRJ para apreciação delas.

III. Recurso voluntário

7. Da decisão da DRJ, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário no qual basicamente se limita a ratificar seus argumentos da Manifestação de Inconformidade. **a)** requer o efeito suspensivo recursal; **b)** não existe nenhuma previsão que estabeleça que a análise da atividade deva ser feita com base nos atos constitutivos; **c)** a atividade desenvolvida pelo Recorrente não se caracteriza como locação ou cessão de mão-de-obra; **d)** não houve má-fé; **e)** requer alteração da exclusão para **30/12/2014**, ou, subsidiariamente a partir de **28/03/2013** (assinatura do contrato) ou **01/01/2012** (data da entrada em vigor da Resolução CGSN n.º 94/11); **f)** requer seja isenta de pagamento de multas, encargos moratórios, juros e demais obrigações acessórias, decorrentes de sua exclusão do Simples Nacional.

8. Não foram apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional.
9. É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

IV. Tempestividade e admissibilidade

10. Quanto à tempestividade do Recurso Voluntário, com base no art. 33 do Decreto 70.235/72, e na constatação da data de intimação da decisão da DRJ (fls. **119** - em **15/09/16**) bem como do protocolo do Recurso Voluntário (fls. **120** - em **14/10/16**), conclui-se que este é tempestivo.

11. O Recurso Voluntário reúne ainda os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual o conheço e, no mérito, passo a apreciá-lo.

V. Efeito suspensivo do ADE

12. O Recorrente requereu a suspensão dos efeitos do ADE, com a consequente suspensão de sua exclusão do Simples Nacional. Tal efeito é aplicado mediatamente quando a apresentação de defesa administrativa fiscal, portanto, vigente até o trânsito em julgado deste processo. A fundamentação normativa para tal constatação pode ser encontrada nos arts. 39 e seguintes da LC 123/06, no art. 151, III do CTN e no Dec. 70.235/72.

VI. Atos constitutivos e exclusão

13. O Contribuinte alega em seu recurso que não haveria nenhuma previsão que a análise da atividade deva ser feita com base nos atos constitutivos. Não procede tal afirmação, pois ao analisar a Resolução CGSN n.º 4, de 30 de maio de 2007, em seu art. 9º, há a seguinte previsão:

Art. 9º Serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se as ME e as EPP atendem aos requisitos pertinentes.

14. Este artigo é o que estava em vigor quando do ingresso do Contribuinte no Simples Nacional em 28/10/2010 (fl. 46), e foi sucedido pelo art. 8º da Resolução CGSN n.º 94/11, que revogou o anterior, mas manteve a mesma redação.

15. Apesar deste artigo não mencionar especificamente o contrato social do optante, ele demonstra que, diferente do Simples Federal, revogado pelo Simples Nacional, este não requer a comprovação do exercício da atividade mencionada no contrato social (âmbito material), bastando, assim, a mera indicação ou existência de atividade vedada nos atos constitutivos para que haja a impossibilidade de opção ou exclusão do regime simplificado (âmbito formal).

16. Neste sentido já se pronunciou esta turma:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. CONTRATO SOCIAL. A previsão de atividade vedada no objeto social, constante do contrato social da pessoa jurídica, é condição suficiente para exclusão do Simples Nacional. [...] (Acórdão N.º 1402-005.006, Sessão: 17/09/2020, Relatoria da Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio)

17. Assim, constatado no Contrato Social do Contribuinte (fl. 29) que uma de suas atividades era o de “Locação de Mão de Obra Efetiva para serviços gerais especializados”, então é de assumir que há infração ao art. 17, XII da LC 123/06.

VII. Natureza dos serviços prestados

18. O Contribuinte alega em seu recurso que a atividade desenvolvida pelo Recorrente não se caracterizaria como locação ou cessão de mão-de-obra. Sobre esta afirmação foi enfática a análise da DRJ, identificando que a atividade contratada pela DRF de Niterói e prestada pelo Contribuinte se caracterizou como locação ou cessão de mão-de-obra. Para tanto, transcreve-se a construção conceitual que fundamentou a decisão da DRJ.

7. Já a Lei n.º 8.212/1991, na redação dada pela Lei n.º 9.711/1998, conceitua, como segue, a cessão de mão de obra:

Art. 31. [...]

§ 3º 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. (original sem destaque)

8. Esse conceito também é apresentado pela Instrução Normativa SRP n.º 03/2005, que explicita, com maior detalhamento, os elementos objetivos dessa definição, verbis:

Art. 143. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 1974. (Revogado pela Instrução Normativa n.º 971, de 13 de novembro de 2009)

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

9. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a expressão “colocar à disposição” significa deixar o trabalhador sob o comando da tomadora do serviço:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282 do STF.

2. Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros.

3. Não há, assim, cessão de mão-de-obra ao Município na atividade de limpeza e coleta de lixo em via pública, realizada pela própria empresa contratada, que, inclusive, fornece os equipamentos para tanto necessários.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp nº 488.027 / SC)

10. A conceituação acima reproduzida estipula que ocorre cessão de mão de obra quando a sociedade contratada cede trabalhadores, colocando-os à disposição da empresa contratante, para realizar serviços contínuos, em suas dependências ou na de terceiros. Três seriam, assim, os requisitos cumulativos para que a prestação de serviço seja considerada cessão de mão de obra:

- os trabalhadores devem ser colocados à disposição do tomador do serviço;
- os serviços prestados devem ser contínuos;
- a prestação de serviços deve se dar nas dependências da tomadora ou na de terceiros.

19. Com base nesta conceituação e sua comparação com as cláusulas contratuais de fls. 86-106, especialmente a primeira, a quinta, a sétima e a oitava no seu parágrafo segundo, constata-se que o contrato tem como objeto principal a locação ou cessão de mão-de-obra, com o eventual fornecimento de material para prestação do serviço de conservação e manutenção do imóvel.

VIII. Má-fé e alteração da data de exclusão

20. Quanto à alegação de que não houve má-fé, cumpre citar o art. 136 do CTN, o qual prevê a responsabilidade objetiva, nos seguintes termos.

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

21. Sobre a data de exclusão, deve-se observar o art. 31, II da LC 123/06, sendo ela procedida a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, portanto, em 01/11/2010.

IX. Isenção de multas, encargos, juros e demais da exclusão

22. No que diz respeito ao requerimento de isenção de pagamento de multas, encargos moratórios, juros e demais obrigações acessórias, eventualmente decorrentes da exclusão do Requerente do Simples Nacional, tem-se que tais objetos são alheios à delimitação desta demanda, que visa exclusivamente tratar da exclusão do Contribuinte, dos motivos e do enquadramento legal que a justificaram, não comportando análise antecipada de efeitos desta.

X. Conclusão

23. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, de maneira a manter a decisão da DRJ pelos fundamentos expostos.

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart