



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

Processo n° 10880.004555/2003-77
Recurso n° 156.190 Voluntário
Acórdão n° **1802-00.792 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 22 de fevereiro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente MIAJE ARTEFATOS PLASTICOS LTDA
Recorrida 1ª. Turma/DRJ/SÃO PAULO/SPOI

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

Ano-calendário: 2002

NORMAS PROCESSUAIS. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO - PRELIMINARES: MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF), PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE e CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - Em vista do disposto no art. 16, III, c/c o art. 17, ambos do Decreto nº 70.235/72, respeitando-se o princípio processual da dupla jurisdição, consideram-se preclusas, não se tomando conhecimento, as matérias não submetidas ao julgamento de primeira instância, apresentadas somente na fase recursal.

OPÇÃO PELO SIMPLES. COMPROVAÇÃO DO IMPEDIMENTO LEGAL ALEGADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. Havendo nos autos prova de que a pessoa jurídica tenha exercido a atividade impeditiva de locação de mão de obra torna-se cabível a sua exclusão do SIMPLES por restar configurado o impedimento legal de que trata o inciso XII, alínea "f" do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

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.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins De Sousa – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José De Oliveira Ferraz Corrêa, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior, Nelso Kichel, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Gilberto Baptista.

Relatório

(fl.70):

Por bem descrever a lide transcrevo a seguir o Relatório da decisão recorrida

Trata o presente processo, formalizado em 03/07/2003 pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo, de exclusão da contribuinte do Simples.

2. Observa-se que o processo teve origem na Representação Administrativa do Instituto Nacional do Seguro Social, de 25/02/2003, tendo em vista que em análise de processo relacionado à empresa Henry Leon & Cia Ltda (CNPJ 60.534.070/0001-51) constatou-se que a interessada presta serviços de locação de mão-de-obra, sendo esta atividade vedada à sistemática simplificada com fulcro no art. 9º, inciso XII, alínea f, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 (fls. 2 a 21).

3. A Derat/SP emitiu o Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO nº 026/2008, em 18/11/2008, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 (fl. 27).

4. A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, inciso XII, alínea f, 12, 13, inciso II, alínea a, 15, inciso II e § 3º, e 16, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; artigos 20, inciso XII, 21, 23, 24, inciso II, e 25, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006.

5. Cientificada do retrocitado ADE em 05/12/2008 (fl. 30), a interessada apresentou contraditório em 18/12/2008 (razões à fl. 32 e anexos às fls. 33 a 54). Alega, em síntese, que:

5.1. A contribuinte exerce suas atividades somente dentro de sua sede social, que consistem em indústria e comércio de produtos plásticos, injeção de produtos plásticos, confecção (fabricação) de moldes e prestação de serviços de manutenção, ferramentaria, corte, recorte, montagem e/ou acabamento em objetos e peças, conforme especificado no Contrato Social e Alteração posterior anexada aos autos.

5.2. A empresa está registrada no CNAE-Fiscal 2229-3-99 (Fabricação de artefatos de material plástico para outros usos não especificados anteriormente), não tendo sido atribuído CNAE à atividade de prestação de serviço tendo em vista que esta atividade não é explorada pela empresa, que atua somente na área produtiva.

5.3. Na área de moldes tanto a fabricação como a prestação de serviço são realizados sempre na sede social da empresa, nunca externamente, por não fazer parte do objeto da empresa.

5.4. O profissional ferramenteiro não necessita de habilitação profissional regulamentada para exercer essa função.

A 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ/São Paulo/SPOI), decidiu pelo indeferimento da solicitação do Contribuinte mediante o Acórdão nº 16-21.286, de 07/05/2009 (fls.69/72), assim ementado:

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA.

As empresas que prestam serviços de locação de mão-de-obra estão impedidas de optar pelo regime simplificado, por vedação taxativa na Lei que rege o Simples.

A empresa foi cientificada da decisão acima, conforme o Aviso de Recebimento (AR), de 21/01/2010, fl.76-v, e, interpôs o recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em 18/02/2010, fls.80/119.

A recorrente argúi questões preliminares às fls.94/105 e, no mérito às fls.106/119, contesta as argumentações que serviram de base para sua exclusão do Simples.

Preliminarmente, a recorrente alega prescrição no procedimento do Fisco, pois, entende que conforme constam dos autos, os fatos e provas agrupadas que aludem à exclusão do Contribuinte do Simples datam do ano de 1998, cujo processo iniciado em 2003, sendo o contribuinte cientificado do presente processo somente em 05/12/2008, ou seja após mais de 10 (dez)anos dos fato. Nessa moldura, no que tange ao prazo prescricional das ações e direitos envolvendo entes públicos, a Recorrente alega que “*ainda vige o Decreto nº 20.910/32, que declara em seu artigo inaugural que: as dívidas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual e Municipal seja qual for sua natureza prescrevem, em cinco anos*”. Sobre o tema “Da Prescrição” a recorrente discorre às fls.85/94.

Também alega que não há Mandado de Procedimento Fiscal que permita aos auditores fiscais a instauração do procedimento fiscal, em consonância com a Portaria da RFB nº4.066/07. Sobre o assunto a recorrente discorre às fls.94/100.

Sob o título de Cerceamento de Defesa, a recorrente alega que o processo foi formalizado em 03/07/2003 pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo, tendo sua origem na Representação Administrativa do Instituto Nacional do Seguro Nacional, de 25/02/2003, que em análise de processo relacionado a HENRY LEON CIA LTDA (CNPJ 60.534.070/0001-51), constatou que a Recorrente prestava serviço, de LOCAÇÃO de Mão de obra, sendo esta atividade vedada à sistemática simplificada com fulcro no artigo 9º inciso XII alínea “F”, da Lei nº, 9.137 de 05/12/1996. Entretanto, em momento algum, foi cientificada do processo administrativo, que transitava no Instituto Nacional do Seguro, Nacional, sendo certo que foi, impossibilitada de apresentar qualquer esclarecimento ou provas, sendo-lhe vedado o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, a recorrente argumenta, essencialmente que, tem como objeto social, dentre outros, a industrialização, comércio, injeção de produtos de plásticos, confecção de moldes, prestação de serviços de manutenção, ferramentaria, corte e recorte, montagem e/ou acabamento em objetos e peças, consoante se vê de cópia do Contrato Social e sua última alteração; e que, nunca realizou a LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA, atividade vedada pelo artigo 9º, inciso XII, da lei 9.137/96, portanto, as alegações da Autoridade Fiscal não

camminham dentro da legalidade, utilizando erroneamente a simples prestação de serviço de mão de obra como causa excludente do SIMPLES.

A recorrente explica que realiza como uma de suas atividades a industrialização de produtos, ou seja, recebe como matéria prima produtos a serem industrializados, realizando portando a prestação de serviço de industrialização, mas não a locação de mão de obra conforme busca colocar o fisco.

Sobre as notas fiscais trazidas pela autoridade administrativa como prova da atividade de mão de obra, a recorrente diz o seguinte (fl.109):

Cumprre esclarecer, que as notas fiscais apresentadas na Representação fiscal do INSS tratam -se de notas fiscais de serviços prestados na industrialização dos materiais de insumo, não podendo ser confundida como locação de mão de obra.

Ao analisar as provas apresentadas nos autos, verifica-se claramente a NF 000005 em sua discriminação "serviços prestados ao mês de julho de 1999, discriminando ainda montagem e furações de ganchos e travas e usinagem de tacos, descrevendo claramente que os serviços prestados se resumem em beneficiamento de material utilizado na remessa para industrialização.

Ademais, foram apresentadas 11 (onze) notas fiscais, sendo que em 10 (dez) discrimina a prestação de serviço como usinagem, gancho de mola, montagem, restando apenas 01 (uma) como serviço prestado fora da empresa, e que conforme já dito refere-se de manutenção e reparo de , serviço de ferramentaria, mas nunca o de LOCAÇÃO de mão de obra.

Sobre o contrato firmado com a empresa HENRY LEON CIA LTDA, afirma que a real atividade exercida pela Recorrente é PRESTAÇÃO DE SERVIÇO e não LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

No tocante ao desenvolvimento da atividade, a recorrente assim se manifesta à fl.111:

Cabe informar, que, conforme constam no contrato social da empresa, autorização de funcionamento e demais alvarás concedidos pelos órgãos competentes, a empresa Recorrente realiza a confecção de moldes, prestação de serviços de manutenção, ferramentaria, corte e recorte, montagem e/Ou acabamento em objetos realizados no interior de sua empresa, não se utilizando da atividade de LOCAÇÃO mão de obra.

Assim, no exercício de sua atividade a Recorrente ao confeccionar um molde, utilizará todo os equipamentos necessários para a realização do Serviço (torno, prensa, usinagem) no interior de seu estabelecimento, contudo em alguns casos sua montagem tem que ser realizada no local aonde o maquinário estiver localizado, em razão da logística e custo benefício no deslocamento do equipamento a ser instalado.

Em linhas mais clara para simplificar o entendimento da operação da prestação de serviço, utilizaremos como exemplo a

criação, de um molde para injeção de peças plásticas, encaminhada para o manutenção e reparo.

Sabe-se que, a usinagem de molde utilizado em injetoras de plásticos, é realizado de forma técnica em uma oficina, utilizando um torno e demais equipamentos de ferramentaria, assim tal serviço será cobrado através de nota fiscal de serviços (manutenção e mão de obra) e nota de venda para as peças utilizadas no reparo.

Desta forma; temos que, mesmo, que o reparo seja efetuado na oficina da Recorrente, parte deste serviço ocorre no local fixo da máquina injetora, devendo ser realizado o serviço de mão de obra de desmontagem e montagem na injetora.

Observa-se que alguns reparos são realizados no local fixo do equipamento, ou seja, no estabelecimento aonde se encontram os maquinários, denominadas de manutenções ou revisões, sendo apresentado notas fiscais periódicas das realizações de serviços.

Neste íterim, ao analisar as notas fiscais apresentada na Representação Administrativa, verifica-se a regularidade nas operações, visto a atipicidade de conduta praticada pela Recorrente em emitir notas fiscais discriminando o serviço prestado, seja ele em sua empresa ou não...

(...)

Contudo, cabe esclarecer que a vedação expressa na lei do SIMPLES esta vinculada a LOCAÇÃO de mão de obra, e não a serviços prestados de mão de obra.

Finalmente requer a reforma do Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO nº 26/2008, face a ausência de intimação do Recorrente no procedimento fiscal iniciado pelo INSS, pelo que acarretou o cerceamento de defesa e violação ao princípio do contraditório, ensejando um processo viciado, afrontando ainda o princípio constitucional do devido processo legal. Contudo, caso seja suprida a afronta aos princípios constitucionais existentes no caso em tela, que seja declarado nulo o procedimento fiscal tendo em vista a prescrição intercorrente, entre o fato e a ciência da Recorrente. No entanto, caso não seja este o entendimento deste Conselho pelo acolhimentos das preliminares apontadas, que seja apreciado o mérito, reformando o Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO n 26/2008, por estar provado que as condutas praticadas pela Recorrente não são vetadas pela legislação do SIMPLES, sendo atípica a prática de prestação de serviço não podendo ser confundida pela LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA, sendo demonstrado com todos os elementos necessários à sua identificação, e não tendo sido comprovado qualquer intuito doloso ou má-fé por parte do Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Ester Marques Lins De Sousa

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, dele conheço.

De início deve ser esclarecido que matérias não impugnadas ou não questionadas em sede de primeira instância delas não se toma conhecimento na fase recursal.

O assunto encontra-se regido pelos artigos 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, que assim prescrevem:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta;

(...)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

A recorrente na peça recursal antes de adentrar ao mérito suscita questões preliminares quais sejam: falta de Mandado de Procedimento Fiscal, cerceamento ao direito de defesa e do contraditório em face da ausência de intimação do Recorrente no procedimento fiscal iniciado pelo INSS, e prescrição intercorrente entre o fato e a ciência da Recorrente em relação ao Ato Declaratório.

Constata-se não haver a empresa se manifestado sobre tais matérias em sede de primeira instância, o fazendo apenas na fase recursal. Assim, respeitando-se o princípio processual da dupla jurisdição, tem-se como precluso o direito de o contribuinte apresentar, somente em fase recursal, matéria não contestada na impugnação, em vista do disposto no art. 16, inciso III, c/c o art. 17, ambos do Decreto nº 70.235/72.

Dessarte, e, para que não se alegue supressão de instância na fase recursal, NÃO SE CONHECE das mencionadas matérias por não terem sido expressamente contestadas na impugnação (fl.32) apresentada em sede de primeira instância.

Passemos, pois, a análise do mérito em que a Recorrente requer seja reformada a decisão no tocante ao Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO n 26/2008, por entender provado que as condutas praticadas pela Recorrente não são vetadas pela legislação do SIMPLES, ou seja que não exerceu a LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA, então vedada pela Lei nº 9.317/1996.

Sobre o assunto a Lei nº 9.317/1996 em seu art. 9º, inciso XII, alínea “F”, assim dispõe:

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; (Destaquei)

Sabe-se que o termo **mão de obra** tradicionalmente designa o trabalho manual empregado na fabricação de um bem ou na realização de um serviço. Já a **locação** resulta de um contrato pelo qual o locador obriga-se a ceder o uso e o gozo da coisa locada ao locatário.

A questão cinge-se em saber se a recorrente (parte contratada) efetua locação de mão de obra, para atividades da parte contratante (*empresa Henry Leon & Cia Ltda*) considerando que o art.9º da Lei nº 9.317/96, XII, "f" exclui do SIMPLES empresas de **locação** de **mão-de-obra**.

Compulsando os autos, verifica-se que a recorrente, informa ter sido excluída do SIMPLES pela Receita Federal, por praticar locação de mão-de-obra. Alega que no exercício de sua atividade a Recorrente ao confeccionar um molde, utilizará todo os equipamentos necessários para a realização do Serviço(torno, prensa, usinagem) no interior de seu estabelecimento, contudo em alguns casos sua montagem tem que ser realizada no local aonde o maquinário estiver localizado, em razão da logística e custo benefício no deslocamento do equipamento a ser instalado.

Com a Representação Administrativa (fl.02) formulada pelo INSS à Receita Federal, foi juntada cópia do Contrato de Prestação de Serviços celebrado entre a recorrente (então denominada JMA Prestação de Serviços S/C Ltda) e a empresa Henry Leon & Cia Ltda.

A recorrente não contesta o mencionado Contrato de Prestação de Serviços (fls.09/10) do qual se transcreve as seguintes cláusulas:

(...)

*3- Os serviços de mão de obra objeto deste contrato poderão ser executados na sede da firma JMA ou na sede da **CLIENTE**, conforme o que for mais conveniente em cada ocasião.*

*4- **Quando**, por conveniência mútua, os serviços de mão de obra, forem prestados no estabelecimento da **CLIENTE**, JMA compromete-se a zelar pela boa conservação e manutenção de todas as máquinas, equipamentos, estampos, dispositivos e instalações.*

*5- Na hipótese de serem prestados serviços de mão de obra no estabelecimento da **CLIENTE**, e quando, a critério da JMA, possa haver necessidade para tanto de **manter no estabelecimento da CLIENTE qualquer funcionário, trabalhador ou operário**, os mesmos deverão estar regularmente contratados pela firma JMA.*

*a)- **Se qualquer funcionário, trabalhador ou operário designado pela JMA para prestar serviços no estabelecimento da CLIENTE não estiver regularmente contratado pela JMA, a JMA responderá e ressarcirá à CLIENTE por qualquer penalidade que tal infração às leis trabalhistas ou previdenciárias possa acarretar.***

*b)- **Os pagamentos que a CLIENTE deverá fazer para JMA em remuneração dos serviços de mão de obra prestada,***

somente serão feitos mediante o recebimento das cópias das guias de recolhimento relativas aos pagamentos das obrigações trabalhistas e previdenciárias, e do recolhimento do Imposto sobre Serviços ou outros que venham a incidir.

6- Os serviços prestados por JMA serão remunerados conforme tabela de preços elaborada de comum acordo, para cada item individualmente. Mensalmente JMA emitirá uma relação discriminada dos serviços prestados, e sua Nota Fiscal de Serviços correspondente.

7- JMA não poderá executar nenhum serviço para qualquer outro cliente dentro do estabelecimento da CLIENTE, sem o prévio consentimento da mesma.

a)- Quando os serviços forem prestados na sede da JMA, nenhum, estampo, dispositivo ou máquina de propriedade da CLIENTE, poderão ser utilizados para fornecer para outros clientes, produtos da linha da CLIENTE.

b)- JMA compromete-se a manter em sigilo todo e qualquer detalhe ou segredo de fabricação de que venha a tomar conhecimento em função das prestações de serviços que fará para a CLIENTE.(Destaquei)

As Notas Fiscais juntadas aos autos, fls. 11/21 emitidas no período de fevereiro/1999 a outubro/2001, registram, no campo "Natureza da Operação", que se trata de prestação de serviços, e no campo "Prestação de Serviços", que os mesmos consistem em prestação de serviços de mão-de-obra, e na discriminação "Serviços Prestados" o período a que se referir tal atividade.

Conclui-se assim, que a recorrente teve como objetivo social a prestação de qualquer dos serviços (de manutenção, ferramentaria, corte, recorte, montagem e/ou acabamento em objetos e peças), conforme especificado no contrato social e alteração posterior em anexo, fl. 04 e, conforme se extrai do referenciado contrato de prestação de serviços e notas fiscais, realizou atividade de prestação de serviços mediante a cessão ou locação de mão de obra, portanto, não reúne condições para adesão ao sistema tributário SIMPLES.

A documentação acima mencionada deixa comprovado que a recorrente exerceu a atividade de prestação de serviços mediante a cessão ou locação de mão de obra o que é vedado conforme inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

De fato, o citado dispositivo legal citado exclui do referido SIMPLES a atividade de locação de mão de obra (Lei nº 9.317/96, artigo 9º, XII, f).

A Derat/SP emitiu o Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO nº 026/2008, de exclusão do SIMPLES em 18/11/2008, com efeitos retroativos a partir de 01/01/2002 (fl. 27) cientificado ao interessado em 05/12/2008 (fl. 30).

Assim, havendo nos autos prova de que a pessoa jurídica tenha exercido de 1999 a 2001, atividade impeditiva de LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA torna-se cabível a exclusão do SIMPLES por restar configurado o alegado impedimento legal de que trata o inciso XII, alínea "f" do artigo 9º da Lei nº 9317/96, com efeito a partir de 01/01/2002, nos termos da Súmula CARF nº 56 (Portaria CARF nº 49 de 01/12/2010), *verbis*:

Súmula CARF nº 56: No caso de contribuintes que fizeram a opção pelo SIMPLES Federal até 27 de julho de 2001, constatada uma das hipóteses de que tratam os incisos III a XIV, XVII e XVIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins De Sousa