



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10920.000848/2001-08
SESSÃO DE : 18 de março de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994
RECURSO Nº : 127.551
RECORRENTE : POMAR TÊXTIL LTDA.
RECORRIDA : DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPEDIMENTO À OPÇÃO.

Está legalmente impedida de optar pelo Simples a pessoa jurídica dedicada à cessão de mão-de-obra para trabalhar em estabelecimento de terceiro. Esta atividade não se confunde com a industrialização por encomenda, realizada no estabelecimento da contratada, que é permitida o ingresso e permanência no Simples.
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 18 de março de 2004


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício


WALBER JOSÉ DA SILVA
Relator

21 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, MARIA HELENA COTTA CARDOZO e SIMONE CRISTINA BISSOTO. Ausente o Conselheiro HENRIQUE PRADO MEGDA. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994
RECORRENTE : POMAR TÊXTIL LTDA.
RECORRIDA : DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC
RELATOR(A) : WALBER JOSÉ DA SILVA

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria, adoto o relatório da decisão de primeiro grau, que transcrevo:

Por meio do Ato Declaratório Executivo n.º 63, de 8 de agosto de 2001, foi a requerente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), "[...] por exercer atividades de locação de mão-de-obra, vedadas pelo Simples, conforme o disposto na alínea "f" do inciso XII do art. 9.º da Lei n.º 9.317/96, na Representação Fiscal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – e demais informações contidas no processo administrativo n.º 10920.000848/2001-08."

A citada Representação Fiscal do INSS (fls. 2 a 4, e anexos), relata as seguintes constatações feitas em ação fiscal daquela autarquia, como se sintetiza:

1. No endereço declarado como sendo a sede da requerente (Rua Esthéria Lenzi Friedrich 117, sala 3, Jaraguá do Sul – SC) existe apenas o escritório de projetos de arquitetura e engenharia civil da sócia Arquiteta Raquel Marchi, que não desempenha nenhuma função gerencial na fiscalizada;
2. A requerente não possui em seu nome nenhum imóvel em Jaraguá do Sul ou Corupá – SC. Por outro lado, nos Livros Caixa apresentados e trazidos à colação, não consta o pagamento de qualquer importância a título de aluguel.
3. O quadro funcional da requerente (Auxiliar Administrativa, Zeladora e Costureiras, cujos Registros de Empregados são juntados aos autos) trabalham para e nas instalações de outra empresa do mesmo grupo familiar, Marchitex Malharia e Confecções Ltda., inscrita no CNPJ sob o n.º 83.441.733/0001-99, usando os maquinários desta e "[...] submetendo-se à jornada de trabalho e ao controle de produção impostos pela mesma, o que configura uma inequívoca relação contratual de locação de mão-de-obra entre as



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

empresas citadas, inclusive porque, conforme foi colocado no item 2 acima, a documentação apresentada à fiscalização previdenciária pela primeira indica que esta não aluga da segunda (nem de terceiros) as instalações e o equipamento em que os seus funcionários laboram e produzem para aquela, afastando de pronto qualquer possibilidade de interpretar-se o trabalho por eles realizado como serviço feito à base de empreitada, como fazem sugerir as notas fiscais de serviço passadas pela POMAR TÊXTIL LTDA. (cópia em anexo) à MARCHITEX MALHARIA E CONFECÇÕES LTDA. [...] terá a oportunidade, por exemplo, de encontrar trabalhando no ambiente de entrada do prédio, prestando serviços de recepcionista e telefonista para esta empresa, a trabalhadora SUELEM CRISTINA FUGEL, registrada como auxiliar administrativa pela empresa fiscalizada POMAR TÊXTIL LTDA." (fl. 3).

Inconformada, a requerente interpôs a manifestação de inconformidade (fls. 126 a 138, e procuração, fl. 139); também anexou cópias das NF n.º 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24, 27, 29, 31, 39, 40, 41 e 42 (fls. 140 a 154); Contrato de Locação (fl. 155), e extrato de página da Internet (fl. 156).

Em sua defesa, afirma não praticar a atividade de locação de mão-de-obra, mas apenas a de prestação de serviço de facção. A seguir, caracteriza, a partir de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, as especificidades de cada um desses institutos. Transcreve excerto doutrinário relativo à terceirização (fls. 130/131). Destaca no relacionamento da requerente com as empresas que contrataram seus serviços:

- a) a firmatária sempre assumiu os riscos da sua atividade;
- b) sempre foi remunerada pelos resultados de sua atividade (produção) e,
- c) seus empregados jamais estiveram subordinados às empresas para as quais a mesma prestou serviços de facção.

Em relação às Notas Fiscais, afirma que, se de locação de mão-de-obra se tratasse, essas deveriam versar sobre "serviços de locação de mão-de-obra", documento que não se confunde com "nota fiscal de prestação de serviços de beneficiamento têxtil." (fl. 132)

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

Sobre o fato de os empregados da requerente estarem de fato trabalhando no estabelecimento da empresa Marchitex Ltda., alega que tais instalações físicas foram alugadas à peticionária, conforme o contrato de locação que anexa.

Continua, desenvolvendo raciocínio baseado na liberdade constitucional de contratar negócios lícitos, e volta a afirmar que serviço de facção não se inclui nas vedações à opção pelo Simples. Se tal fosse o caso, a própria SRF já teria recusado sua opção.

Afirma que a representação fiscal do INSS decorreu de errônea interpretação da norma legal, visto que não há vedação explícita específica para os serviços de facção, e invoca os dispositivos de hermenêutica contidos no Código Tributário Nacional, para afirmar que a interpretação analógica não pode resultar em exigência de tributo.

A seguir, reputa inconstitucional, por não isonômica, a Lei 9.317, de 1996, que estabeleceu vedações por atividade, quando deveria considerar apenas o porte de cada empresa, não havendo nela justificativa para que empresas de medicina, advocacia, engenharia, construtoras de imóveis residenciais e outras não possam optar pelo Simples.

Aduz julgado de primeira instância da Justiça Federal, em São Paulo, que beneficia empresas associadas à Federação de Serviços do Estado de São Paulo (Fesesp). Conforme extrato de página da Internet (Consultor Jurídico) (fl. 156),

De acordo com a Fesesp, optando pelo Simples, as empresas de prestação de serviço, passarão a recolher apenas entre 1,5% a 4% para o INSS quando deveriam recolher 15%. E de cada R\$ 10, a Previdência passará a receber apenas R\$ 1 considerando apenas os recolhimentos de microempresas.

Requer a anulação do ato de exclusão e a permanência da empresa no Simples. Requer, também, a suspensão dos efeitos da exclusão até julgamento final do feito e, se necessária a produção de outras provas, tais como testemunhal e pericial.

A Quarta Turma de Julgamento da DRJ de Florianópolis - SC indeferiu a solicitação da Recorrente, nos termos do Acórdão DRJ/FNS nº 1.983, de 12/12/2002, cuja Ementa abaixo transcrevo.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - **Simples**

Ano-calendário: 1998

Ementa: CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPEDIMENTO À OPÇÃO - Está legalmente impedida de optar pelo Simples a pessoa jurídica dedicada à cessão de mão-de-obra para beneficiamento têxtil (facção), em estabelecimento de terceiro.

Solicitação Indeferida

Dentre outros, o ilustre Relator do Acórdão fundamenta seu voto com os seguintes argumentos:

A requerente não tem sede (no endereço citado no Contrato Social funciona um escritório profissional de engenharia/arquitetura de sócia sem funções na empresa), nenhum imóvel há registrado em seu nome; alega que as máquinas e equipamentos, bem como o imóvel em que instalados são alugados à encomendante/destinatária da maioria de seus serviços. Esta, por sua vez, utiliza segurados da Previdência Social registrados como empregados da requerente, não apenas nos seus setores ligados à produção industrial (produção, costura), como ainda em atividades meramente administrativas (receptionista, telefonista, zeladora). Onde se observa que as empresas Pomar e Marchitex formam um sistema binário, em que uma (Marchitex) comparece com o Imobilizado e a outra (Pomar) com os recursos humanos. Sobressai, também, de tal arranjo, a redução dos valores a recolher a título de contribuição previdenciária da requerente, enquanto estivesse na situação de optante pelo Simples, o que o justifica, do ponto de vista de planejamento tributário, dando-lhes uma vantagem comparativa ante a acirrada concorrência dessa indústria.

Contrato de Locação (fl. 155) – Ao contrário das cópias de Notas Fiscais, este elemento de prova não passou, quando de sua feitura, por público notário para qualquer providência que permitisse comprovar a efetiva data de sua lavratura, como seria, por exemplo, o reconhecimento das firmas dos contratantes ou seu registro em Títulos e Documentos, o que condiciona negativamente seu valor probante. Além disso, no tocante à cessão dos "EQUIPAMENTOS E MÁQUINAS QUE SE ENCONTRAM NO IMÓVEL", não há relação nem descrição pormenorizada dos mesmos, mesmo tendo-se

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

em conta que – a depender de sua situação de atualização tecnológica, reparo e conservação -, podem valer muito mais do que o simples "galpão industrial"

Nenhum pagamento de aluguel foi feito no período abrangido entre 1.º de janeiro de 1999 e 29 de setembro de 2000, conforme prova o Livro Caixa às fls. 20 a 41.

Conforme se depreende do exame do mesmo Livro Caixa, não foram pagas as despesas referentes à cláusula 3.ª do Contrato de Locação, à fl. 155:

As Notas Fiscais de "Beneficiamento Têxtil" começaram a ser emitidas em 30/6/1998 (fl. 89), mas o Contrato de Locação traz apenas a data de 1.º de janeiro de 1999. A Opção pelo Simples foi feita a partir de 4 de maio de 1998.

Não há qualquer menção à documentação fiscal correspondente às remessas para industrialização, que deveriam acompanhar as peças ou insumos, nem aos respectivos retornos de industrialização. Isto, em relação às duas alegadas contratantes dos serviços.

As circunstâncias de locação do estabelecimento (imóvel e equipamentos) da principal contratante dos serviços (Marchitex Malharia e Confecções Ltda.), torna-a, de fato, empresa virtual, sem estabelecimento em uso, da mesma forma que a aqui requerente é empresa sem sede nem qualquer outro estabelecimento.

Para cada carregamento deveria ser emitida uma nota fiscal autônoma; como se vê nas cópias trazidas aos autos, o transporte das quantidades abrangidas em cada uma das Notas Fiscais é impraticável, sendo superior até a 25 toneladas de malhas.

Não há conhecimentos de frete, nem prova de transporte em veículo(s) da(s) própria(s) empresa(s).

A Intimação para ciência da Decisão DRJ foi encaminhada para o endereço da Recorrente, constante do CNPJ, e retornou ao remetente por ser desconhecido o destinatário naquele endereço, conforme prova o documento de fls. 175.

A unidade da SRF encaminhou, então, a Intimação de ciência da decisão da DRJ para o endereço do sócio Paulo Roberto Marchi (fls. 176), que a recebeu no dia 04/02/2003, conforme AR de fls. 177.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

No dia 05/03/2003 a interessada ingressou com o Recurso Voluntário junto a este Colegiado (fls. 178 a 189), onde reprisa os argumentos da inicial e ainda:

1. que foi desconsiderado, no julgamento, que no contrato social não há qualquer previsão de exploração de locação de mão-de-obra;
2. que no acórdão foram olvidados vários de seus argumentos, que leio em sessão - fls. 182 (in fine) e 183.
3. que não há qualquer óbice que seja emitida apenas uma única nota para cada mês, posto que assim fora contratado entre as partes;
e
4. que foi completamente ignorada suas justificativas quanto a existência de funcionários seus nas instalações pertencentes à empresa Machitex Ltda. Trata-se de uma situação **natural e compreensível**, posto que as instalações foram alugadas à recorrente por aquela empresa;

O Recurso foi a mim distribuído no dia 14/10/2003, conforme despacho proferido na última folha deste processo (fl. 192).

É o relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

VOTO

A empresa POMAR TEXTIL LTDA., CNPJ nº 02.553.531/0001-37, foi excluída do SIMPLES, através do Ato Declaratório Executivo nº 63/2001, por exercer atividade de locação de mão-de-obra, vedada pelo Simples, conforme bem representou o INSS.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.317/96, devo dizer que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão de regência e a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (Constituição Federal, arts. 102, inciso I, alínea “a” e inciso III, alínea “b”).

A decisão recorrida enfrentou bem as questões levantadas pela Recorrente, razão pela qual ratifico e endosso seus fundamentos, pelas razões adiante elencadas.

Sobre as alegações da Recorrente de omissões na decisão recorrida, embora não concordando com tais alegações, passo a análise de cada uma das supostas omissões do Acórdão.

A primeira alegação é de que foi desconsiderado, no julgamento, que no contrato social não há qualquer previsão de exploração de locação de mão-de-obra. Na verdade, este fato não foi ignorado no julgamento de primeira instância, na medida em que a razão da exclusão da sistemática do Simples foi exatamente o fato de a recorrente estar exercendo uma atividade econômica que não está prevista em seu contrato social (locação de mão-de-obra).

O que a Recorrente faz não é “prestação de serviço de facção para terceiros”, previsto no seu contrato social. Esta atividade, quando desenvolvida por empresa industrial, denomina-se industrialização por encomenda e está prevista nos artigos 415 a 419 do RIPI, aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 2002. Nos autos não consta nenhuma prova do exercício desta atividade, especialmente notas fiscais que acobertem as entradas de matérias-primas e material de embalagem e as saídas de produtos acabados.

Também não há registro, no livro caixa, dos custos incorridos pela Recorrente necessários à industrialização de confecções. As despesas registradas no livro caixa da Recorrente são basicamente: salários e encargos, pro labore e lucros distribuídos.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

A segunda alegação é de que “no acórdão foram olvidados vários de seus argumentos”. A recorrente assinala cinco argumentos tidos como ignorados pela Turma de Julgamento da DRJ Recorrida. Destes, quatro estão relacionados com o contrato de locação, juntado aos autos às fls. 155, e o quinto argumento é de que prestou serviço para outra empresa, além da Marchitex Ltda.

Quanto ao contrato de locação, a decisão recorrida analisou seus aspectos formais e, a partir desta análise, rejeitou-o como prova do efetivo aluguel do galpão e dos equipamentos, a partir de 01/01/1999, pelas seguintes razões:

1. falta de reconhecimento de firma, para provar a data de sua efetiva feitura;
2. no livro caixa não consta o pagamento do aluguel contratado e dos encargos assumidos (água, luz, telefone, IPTU); e
3. no contrato não consta a relação dos equipamentos e máquinas alugadas.

Não merece prosperar a alegação de omissão na decisão recorrida quanto aos argumentos e prova da Recorrente de que mantém um galpão, máquinas e equipamentos alugados.

A terceira alegação, a de que a decisão recorrida, no entendimento da Recorrente, não levou em consideração o fato de que foi prestado “serviço de facção” para outra empresa, além da Machitex, em nada prejudica o conteúdo da decisão pelo simples fato de que basta provar que a Recorrente locou mão-de-obra para uma empresa para que a mesma seja excluída do Simples.

Mesmo que a Recorrente tenha efetuado industrialização por encomenda (serviço de facção) para outras empresas, o que não ficou provado nos autos, isto não é motivo de sua permanência no Simples.

É de bom alvitre esclarecer que para o serviço de “beneficiamento têxtil” – industrialização por encomenda - prestado para a empresa ANA MARIA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, também não há prova do ingresso de matérias primas e material de embalagem e saída de confecções. Não há, também, provas de onde as confecções foram manufaturadas: em estabelecimento da contratante ou da contratada? Não houve nenhuma acusação ou desqualificação das operações feitas com a referida empresa. Por isto mesmo, nem o Ato Declaratório Executivo, que excluiu a Recorrente do Simples, nem a decisão recorrida, que manteve a exclusão, trataram desta questão.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.551
ACÓRDÃO Nº : 302-35.994

Também não merece prosperar o argumento da Recorrente de “*que não há qualquer óbice que seja emitida apenas uma única nota para cada mês, posto que assim fora contratado entre as partes*”. A emissão de apenas uma nota fiscal por mês está perfeitamente em consonância com a legislação tributária para a empresa que exerce a atividade de locação ou cessão de mão-de-obra, que é o caso da Recorrente.

Já para as empresas que industrializam por encomenda (serviço de facção), a legislação do IPI obriga que cada entrada de matéria prima ou material de embalagem, no estabelecimento industrial, seja acompanhada de nota fiscal, o mesmo acontecendo com cada saída de produto industrializado (arts. 415 a 419 do RIPI, aprovado pelo Decreto nº 4.544/02).

O art. 313 do citado RIPI determina que os estabelecimentos industriais são autônomos. De acordo com o Contrato Social da Recorrente e seu Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, a mesma possui apenas um estabelecimento, situado na Rua Esthéria Lenzi Friedrich, 117, sala 03 – Centro – Jaguará do Sul – SC.

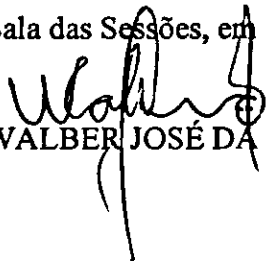
No referido endereço foi constatado pela fiscalização do INSS que, efetivamente, a empresa ali não funciona. Tanto é assim que as correspondências encaminhadas pela Receita Federal para o endereço acima voltam pelo motivo: DESCONHECIDO (fls. 133 e 175).

Não há dúvidas na conclusão da decisão recorrida de que a Recorrente é, de fato, uma “empresa virtual”, posto que não tem estabelecimento, não possui equipamentos, seu principal cliente é uma empresa pertencente a um irmão de um de seus sócios, os seus empregados trabalham no estabelecimento da principal cliente, inclusive em atividades administrativas. Ademais, o contrato de aluguel de parte do estabelecimento de seu principal cliente, visivelmente envelhecido artificialmente, não serve de prova da data de sua efetivação.

Ficou provado que a Recorrente contrata trabalhadores e os cede para a empresa Machitex Malharia e Confecções Ltda, onde exercem, no estabelecimento da cessionária, funções de zeladora, recepcionista, costureira, auxiliar de expedição, etc. Esta é a atividade principal da Recorrente que, nos termos da alínea “f” do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a impede de ingressar e permanecer no Simples.

Face ao exposto e por tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2004


WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Recurso n.º: 127.551

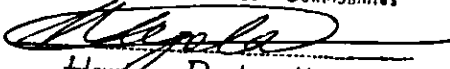
Processo n.º: 10920.000848/2001-08

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à 2ª Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n.º 302-35.994.

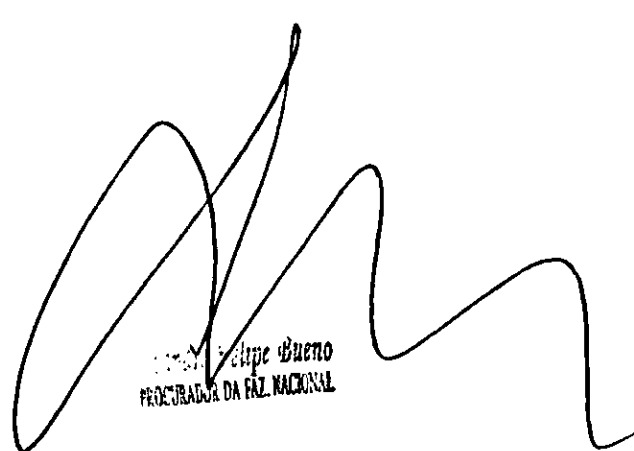
Brasília- DF, 05/05/04

MF - 3.º Conselho de Contribuintes


Henrique Prado Megda
Presidente da 2.ª Câmara

Ciente em:

21/5/2004


Felipe Bueno
PROCURADOR DA FZ. NACIONAL