



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO N° : 10940.002612/2002-412
SESSÃO DE : 14 de abril de 2005
ACÓRDÃO N° : 302-36.790
RECURSO N° : 128.670
RECORRENTE : TRANSPORTADORA TERRES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E
CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS
DE PEQUENO PORTO – SIMPLES
EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA
Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que presta serviços
de locação de mão-de-obra.
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 14 de abril de 2005

HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente

MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM
Relatofa

20 MAI 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH
EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, CORINTHO
OLIVEIRA MACHADO, DANIELE STROHMEYER GOMES, PAULO ROBERTO
CUCCO ANTUNES e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES e ALCOFORADO
(Suplente). Ausente o Conselheiro PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA
JÚNIOR. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional ANA LUCIA GATTO
DE OLIVEIRA.

tmc

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.670
ACÓRDÃO Nº : 302-36.790
RECORRENTE : TRANSPORTADORA TERRES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR(A) : MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A interessada, após operação de fiscalização promovida pelo INSS, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/PTG nº 025/2002, de 10/12/2002 (fl. 66), sob a alegação de que a atividade por ela desenvolvida – prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra – obstaria a opção, de acordo com o art. 9º, inciso XVII, da Lei nº 9.317/96.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada da exclusão em 26/12/2002 (fls. 69), a interessada apresentou, em 23/01/2003, tempestivamente, a impugnação de fls. 70 a 82, acompanhada dos documentos de fls. 83 a 87, alegando, em síntese:

- o Ato Declaratório Executivo de exclusão é nulo, uma vez que a atividade nele constante nada tem a ver com a atividade exercida pela contribuinte, conforme Contrato Social e alterações (fls. 83 a 87);

- a atividade exercida pela interessada é a de transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal e estadual, que não constitui óbice à opção pelo Simples;

- houve cerceamento do direito de defesa da interessada, já que a esta só teve ciência da exclusão após a sua concretização, e só lhe foi concedido prazo para defesa após a exclusão;

- assim sendo, a interessada requer a sua imediata inclusão no regime em tela, já que a atividade por ela desenvolvida é compatível com a opção

MARCELA
M. M. P. E.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 128.670
ACÓRDÃO N° : 302-36.790

pelo Simples, nos termos do art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96 e art. 13 da IN SRF nº 09/99 e conforme Solução de Consulta nº 179/2002, anexa¹;

- tal possibilidade também é confirmada pelas Soluções de Consultas nºs 50/2001 e 26/2002.

Ao final, a interessada requer a nulidade do Ato Declaratório Executivo de exclusão, bem como a sua recondução à condição de optante.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 25/07/2003, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR exarou o Acórdão Simplificado DRJ/CTA nº 4.153 (fls. 89 a 97), indeferindo a solicitação, com base nos seguintes fundamentos:

Preliminares

- no caso de Processo Administrativo Fiscal, as nulidades são apenas aquelas previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72;

- o Ato Declaratório de exclusão do Simples pertence à categoria dos atos e termos, portanto só haverá nulidade se esse for lavrado por pessoa incompetente;

- caso houvesse irregularidades, incorreções ou omissões diferentes das previstas no art. 59, não seria o caso de nulidade, e sim de saneamento, na hipótese de prejuízo ao contribuinte (art. 60 do Decreto nº 70.235/72);

- assim, não deve ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela interessada;

Mérito

- a empresa optou pelo Simples em 1º/01/97 (fl. 50), porém por várias vezes, no período de 1997 a 2002, não seguiu esse regime de tributação, e sim o regime de Lucro Presumido;

- enquanto optante pelo Simples, a empresa prestou os serviços constantes dos contratos de fls. 17 a 23 (com Placas do Paraná S/A) e 24 a 32 (com Pisa Florestal S/A e Pisa Papel de Imprensa S/A), conforme Notas Fiscais de fls. 33 a 48;

¹ O citado documento não foi apresentado.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 128.670
ACÓRDÃO N° : 302-36.790

- os citados documentos se referem ao período de 1º/04/99 a 31/03/2000, sendo que o contrato com a empresa Placas do Paraná prevê renovação automática, não constando o seu encerramento;

- a empresa, enquanto optante pelo Simples, recolheu o INSS como se não fosse optante e assim se declarou perante as empresas suas clientes, para se adequar às exigências dessas empresas, já que os contratos continham essa cláusula específica de vedação ao Simples (fls. 06/07, 15/16 e 21);

- a retenção de 11% do valor do serviço, a título de INSS a recolher, sofrida pela interessada, ocorre justamente na locação de serviços de mão-de-obra, conforme a legislação de regência;

- a interessada alega exercer a atividade de transporte de cargas, porém além do CNAE-E declarado no registro do CNPJ e do Contrato Social/alterações, não trouxe prova alguma nesse sentido;

- a empresa também não explicou quais seriam as outras atividades exercidas, já que argumenta que sua atividade “principal” seria o transporte de cargas;

- desenvolver atividade vedada enseja a exclusão do Simples, não havendo previsão legal para a aplicação de qualquer proporcionalidade no exercício da atividade vedada.

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Cientificada da decisão de primeira instância por meio de correspondência contendo carimbo dos Correios datado de 1º/09/2003 e data de 28/08/2003 apostila à mão (fls. 99), a interessada apresentou, em 29/09/2003, o recurso de fls. 100 a 112, em que reprisa as razões contidas na impugnação, com os seguintes adendos:

- a decisão recorrida, a partir da representação do INSS, baseou-se em algumas notas fiscais relativas a serviços eventuais praticados pela recorrente, porém isso não desnatura sua atividade principal, que é o transporte rodoviário de cargas em geral – intermunicipal e estadual;

- embora na decisão recorrida se alegue que a nulidade só pode ser presumida se o ato for lavrado por pessoa incompetente, a nulidade é incontestável quando o ato faz referência a condição inexistente, como é o caso da recorrente.

É o relatório.

Ministério da Fazenda
Terceiro Conselho de Contribuintes
Segunda Câmara

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.670
ACÓRDÃO Nº : 302-36.790

VOTO

Trata o presente processo, de exclusão de empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, tendo em vista a atividade de prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra.

Preliminarmente, cabe a aferição acerca da tempestividade do recurso.

No Aviso de Recebimento – AR de fls. 99, referente à ciência acerca da decisão da DRJ, o destinatário não informou a data de recebimento no campo próprio, porém o carimbo apostado pela Unidade de Destino dos Correios exibe a data de 1º/09/2003, concluindo-se que somente a partir de tal data poderia a correspondência ter chegado às mãos da recorrente. Assim sendo, desconsidera-se a data de 28/08/2003, registrada no campo destinado à identificação do destinatário, por ser anterior à data da chegada da correspondência aos Correios de destino, e também por ter sido escrita com caneta de cor diferente da assinatura do destinatário, o que indica que não foi apostada por ele, no momento do recebimento do envelope.

Destarte, considera-se científica a interessada em 1º/09/2003, o que foi inclusive confirmado pela Autoridade Preparadora à fl. 123, item 2, concluindo-se pela tempestividade do recurso apresentado em 29/09/2003 (fl. 100).

Ainda em sede de preliminar, a interessada pede seja declarada a nulidade do Ato Declaratório nº 025/2002, que a excluiu do Simples, alegando não exercer as atividades nele elencadas. Como bem explicitou a decisão recorrida, ainda que efetivamente ficasse comprovado o alegado lapso no documento de exclusão, não seria o caso de declaração de nulidade do ato – porque lavrado por pessoa competente – mas sim de seu cancelamento, razão pela qual REJEITA-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE ARGÜIDA PELA RECORRENTE.

A interessada também alega, preliminarmente, a preterição de seu direito de defesa, uma vez que o prazo para manifestação de inconformidade só lhe foi concedido após a concretização da exclusão.

Primeiramente, cabe esclarecer que a fase anterior à elaboração do Ato Declaratório de exclusão é investigativa, não cabendo nesse momento o estabelecimento do contraditório. Este só é inaugurado após a expedição do Ato Declaratório, com a aplicação do rito do processo administrativo fiscal (Decreto nº 70.235/72), caso a empresa excluída discorde da exclusão, exatamente como ocorreu

AN/2

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 128.670
ACÓRDÃO N° : 302-36.790

no presente caso. Tal procedimento encontra-se perfeitamente delineado na Lei nº 9.317/96 e alterações posteriores, conforme a seguir se transcreve:

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

(...)

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.” (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Verifica-se, no presente caso, que a exclusão do Simples foi efetivada por meio de Ato Declaratório e que foi assegurado à empresa excluída o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que se concretiza via processo administrativo fiscal, com a apresentação de Manifestação de Inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento e Recurso Voluntário ao Terceiro Conselho de Contribuintes. Assim, comprovando-se nos autos o respeito ao rito do processo administrativo fiscal, não se verificou o alegado cerceamento de direito de defesa, razão pela qual REJEITA-SE TAMBÉM ESTA PRELIMINAR.

No mérito, constata-se que a interessada foi excluída do Simples por exercer as atividades de prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra. A empresa, por sua vez, apenas alega – sem provar – que tem como atividade principal o transporte rodoviário de cargas em geral.

A despeito das alegações da recorrente, constam do processo contratos e notas fiscais que comprovam o exercício da atividade de locação de mão-de-obra (fls. 17 a 48), o que impede a opção pelo Simples. Aliás, tal vedação consta expressamente na cláusula 7.2 “r” do Contrato de Prestação de Serviços de Corte, Remoção e Carregamento de Madeiras, firmado entre a interessada e a empresa Placas do Paraná S/A (fls. 21).

Sobre a atividade de locação de mão-de-obra, o Parecer Cosit nº 69, de 10/11/99, esclareceu o seguinte:

“3. Em se tratando da 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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.670
ACÓRDÃO Nº : 302-36.790

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. (grfei)

Analizando-se os contratos de fls. 17 a 32, identificam-se as características acima, como por exemplo (fl. 19):

“CLÁUSULA SÉTIMA – RESPONSABILIDADES

7.1. Serão de responsabilidade e obrigação da CONTRATANTE as seguintes atribuições:

a) Fiscalizar os trabalhos objeto deste contrato, assim como os funcionários e prepostos da CONTRATADA, relativamente ao bom cumprimento das normas de segurança regimento interno da CONTRATANTE.”

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO A EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Sala das Sessões, em 14 de abril de 2005


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Relatora