



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.728904/2016-42
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.886 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de julho de 2020
Recorrente MARTINS ASSESSORIA E AUDITORIA FISCAL SOCIEDADE SIMPLES LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Não pode permanecer no regime simplificado a pessoa jurídica cujos sócios participem do capital de outra sociedade empresarial, também optante do sistema favorecido de tributação, na hipótese em que ambas as empresas auferiram receita bruta superior a R\$ 3.600.000,00 no ano-calendário. O mesmo se diga no caso de a manifestante realizar a atividade de cessão de mão-de-obra, o que é vedado pela legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do r. acórdão nº **08-40.583**, proferido pela 3ª Turma da DRJ/FOR, em que unanimidade de votos, os membros julgadores decidiram pela improcedência da manifestação de inconformidade.

A manifestação de inconformidade, fls. 81/86, foi formalizada com o propósito de reverter os efeitos jurídicos emanados do Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 141/2013, de 01 de novembro de 2016, fl. 76, editado nos seguintes termos:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com base no processo nº 11080.728.904/2016-42, a pessoa jurídica a seguir identificada, em virtude da composição societária e do exercício de atividade empresarial de prestação de serviços por cessão ou locação de mão-de-obra, vedadas ao ingresso no regime tributário, conforme disposto nos incisos III e V do § 4º, art. 3º, e inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006:

Nome Empresarial: MARTINS ASSESSORIA E AUDITORIA FISCAL SOCIEDADE SIMPLES

CNPJ: 00.932.422/0001-03

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01/01/2012.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Art. 4º Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata o art. 3º, a exclusão tornar-se-á definitiva.

O Ato Declaratório Executivo em tela teve por substrato a Representação Fiscal de fls. 02/13.

A notificação da interessada se deu pela via postal no dia 09/12/2016, fl. 77.

Em 03/01/2017, a pessoa jurídica apresentou a sua manifestação de inconformidade, a seguir apresentada de maneira sintetizada.

A fiscalização afirmou que houvera sido excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 002, de 12/06/2012, e que não houvera feito nova opção para o ano de 2013, o que não merece prosperar pois a exclusão ainda não se consolidou, uma vez que existe recurso pendente junto ao CARF. Ainda é inverídica a informação de que não efetuou opção para o ano de 2013. Como demonstrado por relatório em anexo, a empresa esteve vinculada ao Simples Nacional no mencionado ano.

No tocante à exclusão neste processo debatida, retroativa a 01/01/2012, se deu por dois motivos: por ultrapassar a receita máxima permitida para permanência no sistema e por ter como atividade principal a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra.

Quanto ao primeiro motivo, incorreta a análise da fiscalização pois foi considerada a receita sem que se atentasse para as exclusões que eram devidas em virtude dos serviços cancelados. Caso as exclusões tivessem sido levadas em conta, as receitas em 2011 e 2012 das duas empresas não ultrapassariam o limite para a permanência no regime diferenciado que era de R\$ 3.600.000,00. Assim, improcedente a imputação fiscal.

Mesmo que a receita houvesse sido extrapolada, ainda assim a exclusão somente deveria produzir efeitos a partir do ano seguinte, ou seja, a partir de 01/01/2013.

A segunda alegação da fiscalização, pertinente à cessão de mão-de-obra, também deve ser rechaçada dado que os empregados da manifestante não ficam à disposição da empresa contratante, o que se dá apenas quando há a necessidade de determinada prestação de serviço, ocasião em que o funcionário se dirige para a empresa demandante, presta o serviço necessário e retorna para a sede da empresa contratada.

Logo, o tipo de prestação de serviços realizada pelo contribuinte não é cessão de mão-de-obra, independente do que conste no contrato. Há de ser ter em mente que a essência deve sempre se sobrepor a forma, ou seja, deve ser analisada a forma de prestação dos serviços e não apenas o contrato isoladamente, entendimento que se mostra amparado pelo disposto na Instrução Normativa INSS nº 8, de 2000.

Ao final de tudo formulou o seguinte pedido:

A) Que seja recebida a manifestação de inconformidade com todos os documentos que a instruem;

B) No mérito seja julgada procedente a manifestação de inconformidade para anular o Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 141/2016 de 01 de Novembro de 2016, permitindo desta forma que o contribuinte que é signatário desta manifestação de inconformidade permaneça no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

C) Em razão da presente manifestação de inconformidade, requer a suspensão dos efeitos do Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 141/2016 de 01 de Novembro de 2016, conforme preconiza o Inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

O pleito foi analisado pela DRJ de Fortaleza que manteve a exclusão do Simples Nacional, nos seguintes termos:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. LIMITE EXTRAPOLADO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. EXCLUSÃO.

Não pode permanecer no regime simplificado a pessoa jurídica cujos sócios participem do capital de outra sociedade empresarial, também optante do sistema favorecido de tributação, na hipótese em que ambas as empresas auferiram receita bruta superior a R\$ 3.600.000,00 no ano-calendário. O mesmo se diga no caso de a manifestante realizar a atividade de cessão de mão-de-obra, o que é vedado pela legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário para este Conselho em que alega preliminarmente a nulidade da r. decisão recorrida pelo não cumprimento do requisito de composição da turma de julgamento (número mínimo de julgadores). No mérito, reitera os fundamentos de sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão por que dele conheço.

Preliminar

A Recorrente alega preliminarmente que o r. acórdão recorrido seria eivado de nulidade em razão de um dos membros julgadores ter se ausentado durante a sessão de julgamento, o que violaria o prescrito no artigo 2º da Portaria MF nº 341/2011:

Art. 1º A constituição das Turmas das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) e o seu funcionamento devem obedecer ao disposto nesta Portaria.

Art. 2º As DRJ são constituídas por Turmas Ordinárias e Especiais de julgamento, cada uma delas integrada por 5 (cinco) julgadores, podendo funcionar com até 7 (sete) julgadores, titulares ou pro tempore.

Ocorre que o § 6º do art. 4º prescreve um quórum mínimo de 3 julgadores para a realização da sessão:

Art. 4º O julgador será designado para mandato de até 24 (vinte e quatro) meses, com término no dia 31 de dezembro do ano subsequente ao da designação, admitidas reconduções.

§ 6º O Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento pode designar julgador ad hoc para participar de sessão específica em Turma de julgamento, visando a garantir o quorum mínimo de 3 (três) julgadores para a realização da sessão.

De outro lado, o art. 13 prevê que *somente pode haver deliberação quando presente a maioria dos membros da Turma*, sendo essa tomada por maioria simples, cabendo ao Presidente da Turma, além do voto ordinário, o de qualidade.

Como se verifica a referida portaria autoriza a realização da sessão e a deliberação sem que estejam presentes todos os membros julgadores, razão pela qual afasto a preliminar suscitada.

Mérito

No mérito, em que pese o inconformismo da Recorrente, sorte não lhe assiste. É válida a transcrição do r. acórdão recorrido neste aspecto:

A manifestação de inconformidade é tempestiva e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecida, apreciada e deliberada.

Segundo afiançado pela fiscalização em sua Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, fls. 02/13, as pessoas naturais Edson Martins e Liana Pertile participam do capital social tanto da empresa ora manifestante, a MARTINS ASSESSORIA E AUDITORIA FISCAL SOCIEDADE SIMPLES LTDA – ME, CNPJ 11080.728904/2016-42, quanto da pessoa jurídica TECNOSERVICE - SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA LTDA - CNPJ 04.535.426/0001-09, o que pode ser plenamente visualizado pelo demonstrativo abaixo transcrito:

QUADRO SOCIAL							
Desde 09 de abril de 2007			Desde 10 de setembro de 2010		Nova alteração em 12 de junho de 2013		
Tecniservice – Soluções Em Tecnologia			<u>Martins Assessoria E Auditoria Fiscal</u>		Tecniservice – Soluções Em Tecnologia		
SÓCIOS	PARTICIPAÇÃO	QUALIFICAÇÃO	PARTICIPAÇÃO	QUALIFICAÇÃO	SÓCIOS	PARTICIPAÇÃO	QUALIFICAÇÃO
<u>EDISON MARTINS</u>	2%	SÓCIO	99,99%	SÓCIO-ADMINIST	<u>EDISON MARTINS</u>	70%	SÓCIO-ADMINIST
LIANA PERTILE	98%	SÓCIO-ADMINIST	00,01%	SÓCIO	Outra Pessoa	30%	SÓCIO

Relativamente às receitas brutas globalmente consideradas, o representante fazendário apresentou o seguinte quadro:

TECNISERVICE – SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA				MARTINS ASSESSORIA E AUDITORIA FISCAL			TOTAL
ANO	LIVRO DIÁRIO	FLS	Receita Bruta	LIVRO DIÁRIO	FLS	Receita Bruta	
2011	Nº 04	28 e 33	1.075.519,08	Nº 17	158 e 162	3.006.305,37	4.081.824,45
2012	Nº 05	28 e 33	1.055.798,63	Nº 18	132 e 136	3.301.566,28	4.357.364,91

A impugnante não contestou a participação das mencionadas pessoas físicas nos quadros sociais das duas pessoas jurídicas. Afirmou, outrossim, que a fiscalização deixou de considerar as deduções referentes aos serviços cancelados, que caso esta variante tivesse sido observada, inexistiria o excesso ao limite de R\$ 3.600.000,00 estabelecido pela legislação tributária.

Acontece que a manifestante sequer quantificou os valores que teriam a ver com os serviços tidos por cancelados. Também deixou de carrear aos autos elementos de prova relacionados aos serviços informados como cancelados, de maneira que deixou de cumprir com encargo probante de sua inteira responsabilidade, *ex vi* o disposto pelas normas a seguir apresentadas:

Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF)

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

[...]

[...]

Lei nº 9.784, de 1999

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Lei nº 13.105, de 2015 (CPC)

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[sublinhei]

Foi ainda afirmado que os efeitos da exclusão deveriam ser sentidos somente a partir de 01/01/2013, e não a partir de 01/01/2012, como determinado pela autoridade fiscal.

Como pode ser facilmente observado no quadro antes transcrito, já no ano-calendário 2011 o valor global da receita auferida pela TECNOSERVICE e pela ora manifestante atingiu o valor de R\$ 4.081.824,45, superando, por conseguinte o limite legal de R\$ 3.600.000,00.

Cotejemos, pois, o prescrito pela legislação de regência:

Lei Complementar nº 123, de 2006

Art. 3º

.....

..

[...]

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

[...]

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

[...]

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

[...]

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3o, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.

[...]

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

[...]

IV - na hipótese do inciso IV do caput:

a) até o último dia útil do mês subsequente à ultrapassagem em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3o; ou

b) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente, na hipótese de não ter ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3o.

[...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

[...]

V - na hipótese do inciso IV do caput do art. 30:

a) a partir do mês subsequente à ultrapassagem em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do art. 3o;

b) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, na hipótese de não ter ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite de receita bruta previsto no inciso II do art. 3º.

[...][destaquei]

No caso em julgamento, no ano-calendário 2011 as receitas totais das duas empresas foram de R\$ 4.081.824,45, de modo que o limite de R\$

3.600.000,00 foi ultrapassado em 13,38%, o que leva o caso para a alínea “b” do inciso V do art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Assim, a exclusão do Simples Nacional deverá produzir efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ou seja, a partir de 01/01/2012, o que corresponde com exatidão à data consignada no ato administrativo objeto da contradita e que bem demonstra a regularidade do procedimento fiscal, tanto no que se refere à exclusão, quanto no que tem a ver com o termo inicial dos efeitos da exclusão, restando a este órgão julgador ter por rechaçados os argumentos pela pessoa jurídica arregimentados.

Mostrando-se improcedente o argumento da interessada, quanto ao primeiro dos motivos pela fiscalização registrados, a rigor sequer haveria a necessidade de se enfrentar o segundo dos fundamentos que se fazem presentes no ADE impugnado.

Ainda assim, passemos a tratar da questão relacionada ao exercício de atividade econômica vedada.

Após transcrever parte do contrato celebrado entre a contestante e a Companhia Rio-Grandense de Artes Gráficas (CORAG), editora do Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, a autoridade fiscal firmou entendimento no sentido de que a impugnante foi contratada para a prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada, a serem prestados na sede da empresa contratante, o que caracteriza o exercício de uma atividade vedada aos optantes pelo Simples Nacional, como a seguir demonstrado:

Lei Complementar nº 123, de 2006

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

Na dicção da interessada, contudo, a empresa não presta serviços de cessão de mão-de-obra, pois seus empregados não ficam a disposição da contratante. Quando havia a necessidade da prestação de determinado serviço o funcionário seria deslocado até a sede da contratante, executava a sua missão e retornava para a sede da contratada, o que não caracterizaria a cessão de mão-de-obra, tendo acrescentado que independentemente do que conste do contrato, o que se deve ter em mente é que a essência deverá se sobrepor à forma, que o que deve ser analisada é a efetiva forma da prestação dos serviços.

Tendo dessa maneira se pronunciado, o certo é que de uma maneira indireta a requerente anuiu que o contrato contempla uma verdadeira

cessão de mão-de-obra, mas que o serviço não seria prestado exatamente na maneira como é pactuado, que o funcionário não ficaria permanentemente à disposição da contratante, o que teria como consequência a descaracterização da cessão de mão-de-obra.

A atividade de cessão de mão de obra é conceituada pela Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, nos seguintes termos:

Instrução Normativa RFB nº 971, de de 2009

Art. 115. 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 nº 6.019, de 1974.

§ 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.

Depreende-se do que foi afirmado pela contestante que a sua intenção é a de descaracterizar a continuidade dos serviços.

Ocorre que em mais uma oportunidade a impugnante faz uma afirmação sem que se preocupasse em apresentar os elementos probatórios pertinentes à sua versão dos fatos.

Por outro lado, o contrato transcrito pela fiscalização mostra-se peremptório, no sentido da prestação permanente dos serviços, senão vejamos:

CLÁUSULA SEGUNDA - DA EXECUÇÃO

A execução do presente contrato será nas dependências da CORAG, em jornada compatível com seu quadro de horário, das 08:00h. às 12:00 e das 13:00 às 17:30h (diurno) - das 19:00h. à 01:00h. (noturno).

Nesse passo, demonstrado o alinhamento do contrato em foco às condicionantes estabelecidas pelo art. 115 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, tenho por correto o procedimento fiscal, ao considerar

a existência da prestação de serviços cuja atividade é vedada aos optantes pelo Simples Nacional.

Por derradeiro, registro o fato de esta mesma pessoa jurídica manifestante já haver sido excluída do Simples Nacional pelos mesmos fundamentos neste processo observados, o que se deu no bojo do processo nº 11080.727477/2012-51, tendo a exclusão alcançado efeitos a partir de 01/01/2009, ficando a pessoa jurídica impedida de exercer a opção pelos próximos três anos-calendário subsequentes, calhando se informar que o ADE contestado foi mantido tanto pela primeira como pela segunda instância do contencioso administrativo, o que se deu com base nas decisões abaixo apresentadas:

Acórdão nº 14-45.338 de 26 de setembro de 2013 – DRJ Ribeirão Preto

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

SIMPLES NACIONAL. REQUISITOS. DESCUMPRIMENTO. EXCLUSÃO. O contribuinte, por extrapolar os limites para empresa de pequeno porte, em face da sua composição administrativa e participação societária, desenvolver atividade vedada à opção do Simples Nacional e deixar de apresentar a documentação solicitada em ação fiscal, dificultando a sua execução, deve ser excluída do Simples Nacional.

Acórdão nº 1802-002.558 de 25 de março de 2015 - CARF

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RECURSO DESPROVIDO DE MATÉRIA CONTROVERTIDA. INDEFERIMENTO. Verificando-se que o recurso sequer traz matéria controvertida, chegando a concordar com os termos da decisão recorrida, incabível o acolhimento do recurso interposto pela contribuinte.

Ante a clareza do voto e a ausência de novos argumentos de mérito, propõe-se a adoção dos fundamentos do r. acórdão recorrido como razão de decidir, conforme autorizado pelo §3º do art. 57 do RICARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

É certo, por fim, que a alegação da Recorrente de que não precisa juntar provas já carreadas aos autos só lhe desincumbiriam do ônus da prova caso as provas efetivamente estivessem juntadas aos autos, o que não ocorre no presente caso.

Assim, ante todo o exposto, voto por CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto