



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

Processo n° 11516.002935/2007-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-00.477 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 21 de fevereiro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente RECLICLAGEM GARCIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2004

NULIDADE. NÃO PRONUNCIAMENTO.

Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

PROVA.

A exclusão do Simples não prescinde de que os autos sejam instruídos com documentos que evidenciem de forma inequívoca a realização de operações relativas a locação de mão-de-obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em preliminar, em afastar as nulidades suscitadas, e, no mérito, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Ausente momentaneamente o Conselheiro Rogério Garcia Peres.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Diniz Raposo e Silva, Rogério Garcia Peres e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Na Representação Fiscal, fls. 01/03, está registrado:

III - DA SITUAÇÃO DE VEDAÇÃO/EXCLUSÃO CONSTATADA

Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com alterações posteriores:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII - que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviços vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

Lei Complementar nr. 123 de 14 de dezembro 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;

IV - ELEMENTOS DE CONFIGURAÇÃO

Conforme Contrato Social registrado em 30/01/2003 na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, a empresa iniciou suas atividades em 20 de janeiro de 2003 tendo como objeto de atividade a exploração do ramo de reciclagem de sucatas não metálicas e metálicas(CNAE 3710-9-00 e 3720-6-00)". (cópia em anexo)

A empresa firmou contrato de serviço de mão-de-obra, atividade econômica esta que se inclui entre as vedações dispostas no art. 9º da Lei n.º 9.317/1996 e art. 17º da Lei Complementar 123/2006.

A execução da atividade vedada é confirmada através dos seguintes elementos:

a) Contrato firmado com a contratante Prefeitura Municipal de Canelinha:

(cópia em anexo)

a.1) "Cláusula Primeira - O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços de mão-de-obra para reciclagem de lixo – coletado no âmbito do Município".

a.2) "Cláusula Segunda -(Do regime de execução) - O objeto deste contrato será executado em regime de empreitada global.

a.3)"Cláusula sexta - (das obrigações do contratado) - O contratado obriga-se a executar todos os serviços de mão-de-obra, para reciclagem de lixo coletado no âmbito do Município.

b)Notas Fiscais de Prestação de Serviços - NFS." (cópias em anexo)

c)As NFS emitidas ao contratante Banco do Brasil S.A. são seqüenciais, comprovando a exclusividade deste serviço;

d) No período requerido restituição, todos os empregados inclusive os administradores foram declarados na GFIP com o código "150", código este específico para empresa prestadora de serviços com cessão de mão-de-obra, em relação aos empregados cedidos; (cópias em anexo)

Por esta razão, a Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 35, de 07/08/2005, com efeitos a partir de 01/01/2003, fl. 26, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º O contribuinte RECICLAGEM GARCIA LTDA ME, CNPJ — 05.494.608/0001-33, excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, por exercer atividade vedada, consoante o disposto no artigo 9º, inciso XII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, fato que importa em hipótese de exclusão de ofício do SIMPLES, com fundamento no inciso I do artigo 14, da mesma Lei.

Cientificada em 22/08/2007, fl. 28, ela apresentou a manifestação de inconformidade em 20/09/2007, fls. 31/35.

Suscita que foi excluída de ofício por realizar operação de locação de mão-de-obra. Argúi que presta serviços de coleta, reciclagem e destino do lixo residencial, industrial e comercial nas áreas urbana de vários municípios.

Defende que a Contratante “não exerce qualquer direito ou atribuições de Gerência, empregados ou atividades exercidas pela Recorrente” e que a Recorrente Contratada “fica responsável por todos os ônus e tributos, emolumentos, honorários ou despesas incidentais sobre os SERVIÇOS CONTRATADOS (grifo nosso), bem como cumprir rigorosamente, todas as obrigações trabalhistas, previdenciárias e acidentais relativas à execução dos serviços.”

Conclui

Por tudo o acima exposto requer se digne V.Excia. receber a presente manifestação de inconformidade, acatar e considerar as provas, os fatos e as razões acima apresentadas, decidindo pelo deferimento do presente, ordenando a alteração do código de atividade da Empresa para 3811-4/00 — COLETA DE RESÍDUOS NÃO-PERIGOSOS, mantendo a Requerente na condição de optante do SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES desde a data de sua constituição, por não exercer atividade vedada pela Lei nº 9.317/1996,

bem como determine o CANCELAMENTO DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/FNS nº 35, DE 07 DE AGOSTO DE 2007, por ser medida de direito e JUSTIÇA!

N. termos

P. e E. deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 6ª TURMA/DRJ/FNS/SC nº 07-15.658, de 09/04/2009, fls. 71/72: “Solicitação Indeferida”.

Restou esclarecido que

Dentre a documentação presente neste processo, pode-se constatar que a empresa firmou um primeiro contrato de prestação de serviço de mão-de-obra para reciclagem de lixo coletado com a Prefeitura de Canelinha (folhas 12 e 13), um segundo com a mesma prefeitura para coleta, transporte e reciclagem de lixo (folhas 48 a 54), outro com a prefeitura de São João Batista, para coleta, reciclagem e transporte de lixo doméstico (folhas 55 a 57) e mais um com a prefeitura de Angelina, para operar a Central de Triagem de Resíduos Sólidos do município (folhas 58 a 64).

A atividade desenvolvida no cumprimento desses contratos é de limpeza pública. Por definição, a limpeza pública ou urbana objetiva manter limpa a cidade mediante varrição, capinação e raspagem de vias públicas e a coleta, transporte e destinação final do lixo.

[...]

Por entender que está caracterizado que a empresa exerce atividade de limpeza, mais especificamente, limpeza pública, e que tal atividade é vedada aos optantes do Simples, voto pelo indeferimento da solicitação apreciada.

Notificada em 17/11/2009, fl. 75, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 04/12/2009, fls. 76/79, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Reitera os argumentos apresentados junto à primeira instância de julgamento.

Conclui

Requer seja apensado aos presentes Autos o processo nº. 36900.000422/2005-00, com extensão do presente RECURSO VOLUNTÁRIO àquele processo, considerando que o mesmo tem dependência com a r. decisão a ser proferida por V.Excia. neste processo de nº. 11516.002935/2007-11.

Por tudo o acima exposto requer se digne V.Excia. receber o presente RECURSO VOLUNTÁRIO, acatar e reconsiderar os fatos e as razões acima apresentadas, decidindo pelo deferimento do presente, ordenando a imediata ANULAÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO Nº3 5 , DE 07/08/2007, mantendo a Requerente como OPTANTE DO SIMPLES DESDE A SUA CONSTITUIÇÃO, por ser medida de direito e JUSTIÇA!

N. termos

P. e E. deferimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

Atinente à solicitação da Recorrente a respeito da juntada ao presente do processo nº 36900.000422/2005-00, cabe ressaltar que se encontra arquivado (Fonte:http://comprot.fazenda.gov.br/e-gov/cons_dados_processo.asp; acesso em 30/01/2011):

Dados do Processo

Número :-36900.000422/2005-00

Data de Protocolo :-05/11/2007

Documento de Origem :-REQUESTUICAO

Procedência :-INSS SAO JOSE

Assunto:-RESTITUICAO - ASSUNTOS PREVIDENCIARIOS

Nome do Interessado:-RECICLAGEM GARCIA LTDA ME

CNPJ : -05.494.608/0001-33

Localização Atual

Órgão Origem:-ARQUIVO DEL REC FED FLORIANOPOLIS-SC

Órgão Destino:-ARQUIVO DEL REC FED FLORIANOPOLIS-SC

Movimentado em:-28/01/2010

Sequencia :-0008

RM :-00145

Situação:-ARQUIVADO POR 25 ANOS

UF:-SC

A juntada de processos se rege pela Portaria RFB nº 666, de 24 de abril de 2008, e somente é possível nos casos ali expressamente previstos. Assim, por falta de previsão legal, a solicitação não pode ser deferida.

Em relação ao limite objetivo do litígio e a possibilidade jurídica de conter inovação nos motivos de fato e de direito do ato administrativo na decisão de primeira instância, cabe ressaltar que o cerceamento do direito de defesa é uma objeção, ou seja, é

questão de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento (art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972).

Sobre a matéria, o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, prevê:

Art. 15. [...]

Parágrafo único. Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância, o prazo para apresentação de nova impugnação, começará a fluir a partir da ciência dessa decisão. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)—(Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

Art. 18. [...]

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifos acrescentados)

[...]

Art. 59. São nulos:

[...]

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Verifica-se que o fato que serviu de fundamento para a emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 35, de 07/08/2005, com efeitos a partir de 01/01/2003, fl. 26, é a alegada comprovação de que a Recorrente se dedica à operação relativa à prestação de serviços de locação de mão-de-obra, já que este foi o motivo da Representação Fiscal, fls. 01/03. Esta foi a questão proposta contra a qual a Recorrente se insurge e neste limite o

juiz deve decidí-la (art. 128 do Código de Processo Civil – CPC). Trata-se preservação da função garantista do processo de assegurar ao administrado que o fato por ele praticado por e que lhe foi imputado se subsuma a determinado modelo descrito na lei, no caso Decreto nº 70.235, de 1972.

Por seu turno, consta no Acórdão da 6ª TURMA/DRJ/FNS/SC nº 07-15.658, de 09/04/2009, fls. 71/72, que houve a caracterização de que a Recorrente se dedica à operação relativa à prestação de serviços de limpeza. Restou evidenciada assim que houve aditamento com inovação em relação ao fato imputado no ato de exclusão em fase de julgamento de primeira instância. Observe-se que ao julgador de primeira instância incumbe proferir decisão observando os limites em que foi proposta a lide e lhe é vedado o agravamento da motivação inicial do procedimento administrativo, em conformidade com a redação vigente dos art. 14, art. 15 e art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972. Verifica-se no presente caso o agravamento da motivação inicial constante no ato administrativo. Nesse sentido, houve cerceamento do direito de defesa da Recorrente. Tem cabimento que seja proferida a decisão do mérito em favor da Recorrente a quem aproveita a declaração de nulidade, conforme abaixo explicado, e assim não se deve pronunciá-la nem repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, de 1996, fixa:

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;

A hipótese de indeferimento da opção da requerente pelo Simples com efeito desde 01/01/2003 fundamentada na realização de operação relativa à prestação de serviço de locação de mão-de-obra, pressupõe a obtenção de receita proveniente da atividade vedada, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Consta na Representação Fiscal, fls. 01/03, a qual fundamenta o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 35, de 07/08/2005, fl. 26,

A empresa firmou contrato de serviço de mão-de-obra, atividade econômica esta que se inclui entre as vedações dispostas no art. 9º da Lei n.º 9.317/1996 e art. 17º da Lei Complementar 123/2006.

Está registrado no Acórdão da 6ª TURMA/DRJ/FNS/SC nº 07-15.658, de 09/04/2009, fls. 71/72:

A atividade desenvolvida no cumprimento desses contratos é de limpeza pública. Por definição, a limpeza pública ou urbana objetiva manter limpa a cidade

mediante varrição, capinação e raspagem de vias públicas e a coleta, transporte e destinação final do lixo.

Restou decidido em sede de primeira instância de julgamento que a Recorrente realiza operação relativa à prestação de serviço de limpeza, cuja atividade impede a opção pelo Simples. Todavia, este não foi o fundamento de fato em que se ampara a exclusão. Os documentos constantes nos autos não evidenciam de forma inequívoca que a Recorrente tenha auferido receitas provenientes da realização de operações relativas a locação de mão-de-obra. Por conseguinte, ela pode ser mantida no Simples.

Em face do exposto voto, em preliminar, por afastar as nulidades suscitadas, e, no mérito, por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

Processo nº 11516.002935/2007-11
Acórdão n.º 1801-00.477

S1-TE01
Fl. 91

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do § 3º do art. 81 do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 21 de fevereiro de 2011.

Moema de Souza Nogueira – Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____/____/____

Nome:
Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- apenas com ciência;
- com Recurso Especial;
- com Embargos de Declaração.
- _____

Processo nº 11516.002935/2007-11
Acórdão n.º **1801-00.477**

S1-TE01
Fl. 92
