

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

Processo nº 13116.001484/2005-71
Recurso nº 136.307 Embargos
Acórdão nº 3102-00.043 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2009
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado N BRASIL TRANSPORTES E TURISMO LTDA.

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

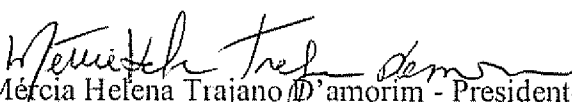
Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO. PRESSUPOSTOS.

Nos termos do inciso I, do art. 56, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, somente as obscuridades, dúvidas, omissões, contradições ou inexatidões materiais podem ser saneados mediante Embargos de Declaração
Embargos Rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e rejeitar os Embargos Declaratórios, nos termos do voto da relatora.


Mércia Helena Trajano D'Amorim - Presidente


Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro - Relatora

EDITADO EM: 24/11/2009

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mércia Helena Trajano Damorim, Ricardo Paulo Rosa, Corinto Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Judith do Amaral Marcondes Armando.

Relatório

Tratam os presentes autos de Ato Declaratório Executivo nº 36 (fl. 67) que a excluiu do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) a ora Interessada. Tal exclusão se deu em virtude de apuração, via representação, de que a mesma exerceria atividade de locação de mão-de-obra, vedada pelo art. 9º, XII, “f” da Lei nº 9.317/96.

Durante a Sessão de 10 de julho de 2008, esta Câmara decidiu, por unanimidade de votos, dar provimento ao Recurso interposto pela ora Interessada, conforme ementa abaixo transcrita:

Ementa:

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

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/2003 a 31/12/2003

SIMPLES. EXCLUSÃO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. INOCORRÊNCIA

A prestação de serviços de locação de ônibus para passeios turísticos, devidamente acompanhada do respectivo motorista, não configura locação de mão-de-obra. Dessa forma, a Interessada deve ser reintegrada ao regime do SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Irresignada com a decisão acima, a i. Procuradoria interpõe Embargos de Declaração sob o fundamento de ter ocorrido omissão no julgamento, uma vez que: (i) não se pronunciou sobre o teor do Parecer/COSIT nº 96/99; (ii) não se manifestou sobre o Termo de Contrato firmado entre a Interessada e a Prefeitura de João Monlevade, pelo qual o Prefeito contrata a prestação de transporte de 02 ônibus escolares com motorista.

É o relatório.

Voto

Conselheira, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Relatora

Entendo que não cabe razão ao Embargante. Com efeito, não logro ver qualquer omissão no voto proferido e acatado, por unanimidade, por este Colegiado.

Em verdade, a i. Procuradoria, irresignada com a decisão proferida, visa, mediante interposição de Embargos de Declaração, obter efeitos infringentes para o Acórdão nº 302-39.683.

Com efeito, quanto ao Parecer/COSIT nº 96/99, este jamais foi objeto de discussão, tendo sido trazido aos autos somente quando da Representação Fiscal e quando da

interposição dos presentes embargos. Nesse sentido, leiam-se os termos do voto de primeira instância:

A manifestação de inconformidade apresentada é tempestiva e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70 235/72. Assim sendo, dela conheço.

Os argumentos trazidos à baila pela empresa não a socorrem para o fim de mantê-la na sistemática do Simples visto que se encontra em condição não permitida para optar pelo Simples, nos termos da Lei 9.317/1996, art. 9º, inciso XII, "f".

Veja-se, "in verbis", como o dispositivo daquela lei regula a matéria:

Lei 9.317/1996

(...)

Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I ao XI – omissis;

XII - que realize operações relativas a

a) a e) omissis;

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

XIII a XIX - omissis.

§1º ao 5º - Omissis

(...)

A alegação da contribuinte de que loca somente o veículo para fins de fretamento turístico não procede, haja vista que o veículo é fretado com motoristas, empregados do contribuinte, conforme demonstrado pela Representação Fiscal de folhas 01/02

Ora, referida atividade desenvolvida pelo contribuinte, em relação aos tomadores de serviço, caracteriza cessão ou locação de mão-de-obra, pois há colocação à disposição dos requerentes de segurados que realizam serviços contínuos. (parágrafo 3º do art. 31 da Lei 8.212/1991).

Desta forma, fica claro que a permanência da interessada no Simples não pode ser mantida, dada a existência de condição impeditiva, ficando seus reclamos desprovidos de fundamento legal e normativo

Quanto aos efeitos da exclusão (irretroatividade da lei para prejudicar) e à reclamação de que sua admissão foi aceita sem restrição pela Receita constituindo ato jurídico perfeito, também não procedem, tendo em vista que a Lei 9.317/1996 autoriza a exclusão de ofício, a partir do mês seguinte à ocorrência da condição excludente, quando ocorre condição impeditiva para



permanecer no Simples, no caso em que a empresa não comunica sua exclusão

Para melhor entendimento, atente-se para os artigos 12 a 15 da referida lei, "verbis"

Art 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á

I - por opção.

II - obrigatoriamente, quando incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

omissis.

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º Omissis.

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada:

a) omissis;

b) até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão, nas hipóteses dos demais incisos do art. 9º e da alínea "b" do inciso II deste artigo.

Art 14 A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II ao VII - omissis.

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

I - omissis;

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

III ao VI - omissis.

§ 1º ao § 2º Omissis.

§ 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)

§4º ao §5º Omissis

Relativamente à ofensa a princípio constitucional, cumpre salientar que compete ao Judiciário apreciar matéria desta natureza

Ex positis, voto no sentido de indeferir a manifestação de inconformidade para manter o Ato Declaratório Executivo nº 36, de 2 de dezembro de 2005, por força do inciso XII, "f" do art 9º da Lei 9.317/1996

Ademais, como é cediço, tem-se que os Pareceres emanados da Administração Tributária não vinculam este Colegiado (órgão paritário), sendo suas orientações obrigatórias somente para as instâncias inferiores.

Quanto ao contrato firmado entre a Prefeitura e a Interessada, tenho que a mesmo não altera a conclusão do voto, posto que: (i) não constam, dos presentes autos, cópia do mesmo para poder se aferir os exatos termos; e, (ii) mesmo que juntado estivesse, conforme exposto no acórdão embargado, não entendo que o fato de possuir um contrato no qual, além de locar o meio de transporte, disponibilize um motorista para conduzi-lo, pressuponha "locação de mão-de-obra":

A atividade desempenhada pela Interessada, como muito bem colocado em suas razões, em nada de assemelha à locação de mão-de-obra, eis que sempre manteve seus motoristas, ao que tudo indica, contratados segundo o regime contratual trabalhista.

Devo ressaltar que, segundo a própria legislação do INSS vigente à época dos fatos geradores, a cessão de mão-de-obra e a locação de mão-de-obra se diferenciam, inclusive quanto à possibilidade de a empresa poder ser mantida no SIMPLES:

INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 100 - DE 18 DE DEZEMBRO DE 2003 - DOU DE 24/12/2003

Art. 151 A empresa optante pelo SIMPLES que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

Art. 152 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

Art. 500 De acordo com a Lei n º 9.317, de 1996, é vedada a opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), entre outras, para a pessoa jurídica que realize operações relativas à locação de mão-de-obra ou que se dedique à incorporação de imóveis ou à execução de obras de construção civil, compreendendo a empresa construtora, a empreiteira e a subempreiteira

Assim sendo, temos que, pelos exatos termos da norma supra transcrita, o suposto contrato firmado com a Prefeitura em tudo se assemelharia à cessão de mão-de-obra, sendo que somente a locação de mão-de-obra está proibida de ser enquadrada no regime SIMPLES.

De toda sorte, verifica-se que, em ambos os casos, o que se pretende locar é a mão-de-obra, não um bem que, por sua especificidade, requer, por vezes, o emprego de mão-de-obra especializada.

Por derradeiro, devo ressaltar que a Lei Complementar nº 123/2006 veio, expressamente, vedar a opção pelo SIMPLES às empresas que “*preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros*”. Assim, salvo se alterar seu contrato social e o tipo de receita auferida, a Interessada estará proibida de ser “migrada” para o novo regime de tributação instituído por este dispositivo legal (SIMPLES – Nacional).

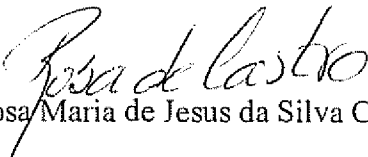
Art. 17 Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte;

()

VI – que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros;

Por todo o exposto, voto por conhecer dos Embargos para negar-lhes provimento.

É meu voto.


Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro