



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° : 13558.001025/2004-16
Recurso n° : 133.952
Acórdão n° : 303-33.781
Sessão de : 09 de novembro de 2006
Recorrente : CARBONITA CARVÃO LTDA.
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

RECURSO PEREMPTO.

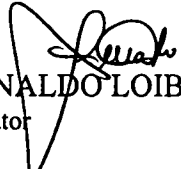
No caso concreto a ciência da decisão ocorreu no dia 14/07/2005 e o recurso somente foi postado em 18/08/2005, quando já havia sido ultrapassado o prazo legal. Assim, em face da preempção do recurso voluntário, tornou-se definitiva no âmbito administrativo a decisão exarada pela DRJ/Salvador.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do recurso voluntário, por perempto, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Formalizado em: 14 DEZ 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Sergio de Castro Neves, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Nanci Gama e Silvio Marcos Barcelos Fiúza.

Processo nº : 13558.001025/2004-16
Acórdão nº : 303-33.781

RELATÓRIO E VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

Trata-se de manifestação de inconformidade contra a exclusão do SIMPLES declarada por meio do ADE DRF/ITA nº 42, de 29.11.2004, tendo por base o Parecer SORAT/DRFITA/BA nº 228/2004 (fls.32/34) aprovado pelo Despacho Decisório nº 287/2004 (fls.39). A exclusão foi motivada pelo exercício de atividade de locação de mão-de-obra, com base no disposto no art.9º, XII, da Lei do SIMPLES, e efeito a partir de 01.01.2002 (fls.36).

O processo se originou com a Representação Administrativa encaminhada pela Gerência Executiva do INSS à SRF (fls.02/04) propondo a exclusão da empresa do SIMPLES porque verificou o exercício de cessão/locação de mão-de-obra, nos termos do art.31,§3º, da Lei 8.212/91, e do art. 152 da IN 100/2003, cuja vedação ao Simples está prevista no art.9º, XII, alínea "f", da Lei 9.317/96. A contratante fiscaliza e supervisiona os serviços e a contratada fornece mão-de-obra. Para comprovar anexou cópia de documentos, anexadas às fls.05/25.

Discordando da exclusão a interessada apresentou a impugnação de fls.37/51, na qual em resumo apresenta as seguintes alegações:

1. O ADE é passível de nulidade porque até a data de sua publicação a requerente ignorava a existência de qualquer processo administrativo que lhe assegurasse o contraditório e a ampla defesa.

2. A empresa exerce atividade coerente com a sua condição de optante pelo SIMPLES. A Representação encaminhada pelo INSS é insubsistente, pois o fiscal daquele órgão em ação deliberada que extrapola suas funções, visando a distorcer comprovado direito de restituição, fez interpretações subjetivas da documentação que foi entregue para instruir o processo referente ao indébito, sem verificar in loco as reais atividades da empresa.

3. Em preliminar requer a nulidade do Parecer SORAT da DRF/ITA/BA que embasou o ADE 42/2004 por ser destituído de substância em fato concreto e de legalidade, devendo retornar a representação ao INSS para que seja precedida de processo administrativo com direito ao contraditório e à ampla defesa naquele órgão.

4. No mérito, afirma que contrata empregados para o exercício de atividade industrial, conforme folha de salários e contratos firmados, para produção de carvão vegetal, em operações integradas desde o corte da floresta de eucalipto, transporte da lenha, enformamento, carbonização e obtenção do produto final (carvão),



Processo nº : 13558.001025/2004-16
Acórdão nº : 303-33.781

trabalhando com mão-de-obra própria, e máquinas e equipamentos de sua propriedade.

5. É, pois, infundada a acusação de prestar serviços de locação de mão-de-obra. Ademais, afirma que não houve qualquer auditoria em seus livros contábeis, ou fichas de registro de empregados, tendo sido destarte ignorada a efetiva atividade da empresa que é de fabricação de carvão vegetal.

6. Os terrenos onde desenvolve suas atividades para cumprimento de obrigações contratuais ficam sob sua responsabilidade mediante posse precária enquanto perdurar o prazo de contrato.

7. O direito de permanecer no SIMPLES é assegurado pelos arts. 170, X e 179 da CF/88, e a interpretação da legislação tributária deve ser conforme os arts. 109 e 110 do CTN. Os contratos firmados devem ser entendidos de acordo com os objetivos expressos nos mesmos, cotejando as atividades efetivamente exercidas e as condições reais de seu cumprimento, observado o Código Civil, e nunca a partir de digressões para fins de exclusões visando meros aumentos de arrecadação ou denegação de devolução de indébito.

8. No ADE combatido não se observou que o inciso II do art.15 da Lei 9.317/96 foi alterado pela Lei 9.732/98. Além disso, cita a doutrina e a jurisprudência para reforçar a tese de que à empresa em causa, nem ao contrato de prestação de serviços para produção industrial de carvão vegetal não se aplica a acusação de cessão/locação de mão-de-obra. Anexa, ainda, cópia do Acórdão DRJ/BHE nº 7.159/2004 que deu ganho de causa ao sujeito passivo descaracterizando de atividade de locação de mão-de-obra, naquele caso, a atividade de serviços de reforma florestal, rebaixamento de tocos e limpeza de área.

Pede o cancelamento do ADE e sua reinclusão no SIMPLES.

A DRJ/Salvador, por sua 4ª Turma de Julgamento, decidiu por unanimidade indeferir o pedido, apresentando a seguinte fundamentação principal (fls.64/73):

a) Preliminarmente, não há nenhum vício formal que torne o feito passível de nulidade nos termos do art.59 do PAF. O contraditório só tem início a partir da notificação ao contribuinte do lançamento efetuado, sendo-lhe garantido o prazo de trinta dias para impugnar alegando as suas razões de fato e de direito.

b) Quanto à Representação do INSS, trata-se de documento originado de diligência fiscal efetuada para informar processo de restituição perante aquele órgão, na qual foi constatado no Contrato Social e nas Notas Fiscais de Serviços examinadas que a atividade da empresa é de locação de mão-de-obra. Esse procedimento está previsto no §3º do art.4º da Lei 9.732/98.

Processo nº : 13558.001025/2004-16
Acórdão nº : 303-33.781

c) A referida Representação tomou por base documentos apresentados pela própria interessada, depois de regularmente intimada, e nos termos do art. 333, I e II, e art.364, todos do Código Civil, cabe agora à empresa provar em contrário, o que poderia ser feito mediante prova documental contábil/fiscal que demonstrasse o eventual equívoco da fiscalização do INSS ou da SRF. Além disso, tratando-se a Representação de documento público faz prova dos fatos ali declarados pelo Agente Fiscal do INSS (que tem fé pública), sobretudo porque amparado em provas documentais que não deixam dúvida sobre o indevido enquadramento da empresa no SIMPLES.

d) Na manifestação de inconformidade não foi apresentado nenhum documento comprobatório das alegações, a não ser a cópia do acórdão DRJ/BHE 7.159/2004 (fls.49/53). Em contrapartida o INSS juntou à Representação documentos referentes à diligência fiscal, Contrato Social-Alteração, Contrato para Produção de Carvão Vegetal e Nota Fiscal de Prestação de Serviços (fls.05/25).

e) A Representação do INSS à SRF fez cumprir uma obrigação legal, já que compete apenas à SRF proceder à exclusão de contribuinte que incorra em hipótese de vedação prevista na Lei do Simples, ainda quando apenas sejam constatadas em fiscalização de órgão conveniente.

f) Não há nem ilegalidade nem nulidade do ato de exclusão, nem tampouco há que se falar em retorno do processo à repartição do INSS a pretexto de exercitar o contraditório e a ampla defesa, posto que tais garantias foram concretizadas no art.3º do ADE, prazo para impugnação, em conformidade com o art.15 do PAF.

g) No mérito, consta do Contrato Social o objetivo de exploração de serviços de produção de carvão vegetal, plantio e colheita, transporte de cargas e baldeio, silvicultura e exploração florestal.

h) O exame da matéria não exige verificação in loco, ainda mais no caso presente em que a interessada afirma expressamente que se dedica à fabricação de carvão vegetal, fato comprovado pelas notas fiscais de serviço anexadas pela auditoria do INSS.

i) A fabricação de carvão vegetal em si não é atividade vedada ao SIMPLES, desde que não se caracterize como locação ou cessão de mão-de-obra. Portanto, a questão central é se a atividade é desenvolvida de forma permitida ao regime simplificado de tributação.

j) Do Parecer COSIT 69/99 se retira o que a SRF entende por locação e/ou cessão de mão-de-obra. Vale dizer que o Decreto 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, no art.219, dá idêntico tratamento à matéria. A partir desses textos acabou a dubiedade que existia antes sobre o tema.

Processo nº : 13558.001025/2004-16
Acórdão nº : 303-33.781

l) O contrato de prestação de serviços firmado entre a Carbonita Ltda (contratada) e a CAF Santa Bárbara (contratante) está transcrito em parte às fls.71/72 destes autos. Nas cláusulas contratuais transcritas foi acertado que todos os empregados da contratada devem ter vínculo empregatício com a mesma e estar com a documentação trabalhista em ordem, isto é, não têm vínculo empregatício com a contratante. Os equipamentos necessários à produção pertencem à contratada e a prestação dos serviços se desenvolve em propriedade de terceiros sob a fiscalização e supervisão da contratante, e está firmado que esta efetuará em nome da contratada a retenção para a seguridade social prevista na Lei 9.711/98. Neste ponto, as notas fiscais de fls.23/24 destacam a retenção do percentual de 11% pela CAF (contratante), aplicada sobre 50% do valor da nota, procedimento específico das empresas que exercem a atividade de locação, empreitada e cessão de mão-de-obra.

m) Todas essas características são de atividades definidas como locação de mão-de-obra na Lei 8.212/91, c/a redação dada pela Lei 9.711/98, leis em que se baseia o Parecer COSIT e o Decreto mencionado acima.

n) Logo é de ser mantida a exclusão. Quanto ao efeito temporal do ADE (fls.36), a legislação a respeito está consolidada no art.24, parágrafo único, II, da IN SRF 355/2003, estabelecendo para o caso que a exclusão surtirá efeito a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente. A empresa fez a opção pelo SIMPLES em 01.01.1997 (fls.63), e foi cientificada da exclusão mediante o ADE expedido em 29.11.2004, sendo correta a indicação no ADE de que o efeito da exclusão se dá a partir de 01.11.2002.

o) A doutrina e jurisprudência citadas não vinculam o julgador administrativo.

Cientificada da decisão da DRJ em 14.07.2005, conforme documento de fls.75, e irressignada, a empresa interessada despachou via correios, com destino à Agência da Receita Federal em Teixeira de Freitas/BA, em 18.08.2005, o seu recurso anexado às fls.76/104, intempestivamente, conforme atesta o despacho de fls.106 da repartição de origem. É o relatório.

Embora a matéria seja da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes, não se apresenta neste caso um requisito essencial para a admissibilidade do recurso, qual seja sua tempestividade.

Nos termos do Decreto 70.235/72, art.33, da decisão de primeira instância caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

No caso concreto a ciência da decisão ocorreu no dia 14.07.2005, conforme atesta o A.R de fls.75, e o recurso somente foi postado em 18.08.2005, quando já havia sido ultrapassado o prazo legal para recurso.

Processo nº : 13558.001025/2004-16
Acórdão nº : 303-33.781

Assim, em face da perempção do recurso voluntário, tornou-se definitiva no âmbito administrativo a decisão exarada pela DRJ/Salvador.

Pelo exposto, voto no sentido de que não se tome conhecimento do recurso.

Sala das sessões, em 09 de novembro de 2006.



ZENALDO LOIBMAN – Relator.