



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

Processo nº 13609.001784/2010-76
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-004.753 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2020
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente VGL SERVIÇOS LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CARACTERIZADO COMO CESSÃO DE MÃO DE OBRA E NÃO EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS.

A materialização da vedação ao regime simplificado pela prestação de serviços de cessão de mão de obra requer que os empregados ou contratados fiquem à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional estão obrigadas a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, conforme legislação de regência

PROTESTO GENÉRICO POR PRODUÇÃO POSTERIOR DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

As regras do Processo Administrativo Fiscal estabelecem que a impugnação ou recurso deverá ser instruída com os documentos em que se fundamentar, mencionando, ainda, os argumentos pertinentes e as provas que o reclamante julgar relevantes.

Assim, não estando configurada nenhuma das hipóteses do art. 16, § 4º, do Decreto 70.235/72, não poderá ser acatado o pedido genérico pela produção posterior de prova.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO APLICADA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA SUMULADA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 02).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar o protesto genérico de produção de provas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos Andre Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Nelso Kichel, Leticia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Trata-se do Recurso Voluntário (e-fls. 221/243) em face do Acórdão da 2ª Turma da DRJ/Belém (e-fls. 208/216)) que julgou Manifestação de Inconformidade improcedente, ao manter a exclusão do Simples Nacional.

Quanto aos fatos, consta dos autos:

- que, conforme Ato Declaratório Executivo - ADE -DRF/DIV nº 03, de **08 de fevereiro de 2011**, a contribuinte foi excluída do SIMPLES NACIONAL com efeito jurídico a partir de **01/03/2008** (e-fls. 149), *in verbis*:

(...)

*Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a empresa **VGL SERVIÇOS LTDA, CNPJ 08.217.237/0001-30**, por incorrer nas situações previstas no inciso XII do art. 17 (**prestação de serviços caracterizados como cessão de mão-de-obra**), e no inciso IX do art. 29 (**prestação de serviços sem a emissão de documento fiscais**) da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

*Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão partir de 1º de março de 2008, conforme disposto no **inciso II do artigo 31** da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

(...)

- que, ainda, quanto aos fatos, consta que a exclusão do SIMPLES Nacional decorreu da Representação Fiscal da DRF/Sete Lagoas, de **16/12/2010** (e-fls. 02/06), *in verbis*:

(...)

*1. No curso do procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte FERGUBRAS - FERRO GUSA DO BRASIL LTDA., CNPJ: 08.807.237/0001-90, situada na Rodovia BR. 040, Km.464, Bairro Universitário, Sete Lagoas, MG.,Cep. 35.702-372, **foi constatado que a empresa VGL SERVIÇOS LTDA., CNPJ - 08.217.237/0001-30, acima identificada foi contratada***

*pela empresa Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., CNPJ - 08.807.237/0001-90, para prestação de serviços, que se amoldam à caracterização de cessão de mão-de-obra, assim como restou comprovado a prestação de serviços sem a emissão de documentos fiscais, fatos esses que configuram hipóteses de **EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL**, nos termos da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006.*

2. DOS FATOS RELACIONADOS:

2.1 - Da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra:

2.1.1- A Empresa VGL SERVIÇOS LTDA., mantém nas dependências da Contratante, trabalhadores que realizam serviços contínuos, serviços que constituem necessidade permanente da Contratante Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., conforme contrato particular de prestação de serviços firmado em 01/02/2008 (cópia anexa).

(...)

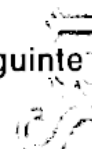
A partir de 01/09/2008 a empresa contratada VGL SERVIÇOS LTDA., deixou de emitir as respectivas notas fiscais de prestação de serviços, correspondentes aos serviços prestados a Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., infringindo dessa forma o disposto no art. 1º, da Lei nº 8.846 de 21/01/1994.

(...)

Ciente do Ato Administrativo de Exclusão em **15/02/2011** (e-fl. 150), a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade em **17/03/2011** (e-fls. 151/169), cujas razões, no que pertinente, colaciono os seguintes excertos:

(...)

Para fundamentar a autuação, o fisco utilizou a seguinte fundamentação:



VEDAÇÃO

Seção II

Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

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;

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

...

IX – for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

É certo que a fundamentação, acima descrita, não se aplica à Manifestante, pelos seguintes e principais fundamentos, senão vejamos:

DAS ALEGADAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS

(...)

É certo que não houve a alegada prestação serviços sem a emissão de documentos fiscais. O que ocorreu foi, nada mais e nada menos do que o recebimento de parcelas de serviços que estavam sendo executados e isto foi feito mediante recibo e contabilização. A emissão da correspondente nota fiscal se dá quando da entrega do serviço. No recebimento de parte não significa que o serviço tenha sido concluído e, tampouco, que a nota fiscal tenha que ser emitida neste exato momento. Com estas colocações, evidente que improcede a acusação fiscal sem prova de ter havido a tradição dos serviços prestados.

De mais a mais não houve prova de que a diferença entre os recebimentos e pagamentos tenha sido em percentual superior a 20% (vinte por cento) como previsto na norma. Não houve o necessário levantamento para que pudesse ser autorização a dedução, evidenciando de modo mais absoluto a fragilidade do feito fiscal.

DO MÉRITO

Inexistindo definição legal do que significa a expressão "*locação de mão-de-obra*", empregada pelo legislador na redação do inciso XII, do art. 17 da LC 123/06, há que ser considerado o sentido técnico-literai da expressão, a teor do que dispõe o art. 111 e 112 do CTN. Considerando-a pelo que literalmente traduz, não há dúvidas de que somente se enquadra como locadora de mão-de-obra a empresa que não tem qualquer espécie de vínculo com os resultados da aplicação do meio – mão-de-obra – que contrata.

No caso específico da VGL Serviços Ltda., nunca houve locação de mão-de-obra, haja vista ser ela a responsável direta pelas tarefas desempenhados por seus empregados, auferindo receitas em função do cumprimento dessas tarefas. Ora, quem se incumbe de executar tarefas certas, a preço combinado, pouco importando a quantidade de pessoas e o tempo que será gasto na realização, não pode ser considerado pelo fisco como sendo locador de mão-de-obra, sob pena de se reconhecer ao Agente Fiscal o direito de, aleatoriamente, caso a caso, conforme o interesse do momento, definir o sentido da expressão "*locação de mão-de-obra*", utilizada pelo legislador.

É a empresa Manifestante que assume o comando das tarefas, fiscaliza a execução e o andamento dos serviços. Nessa mesma linha de entendimento, destacamos:

(...).

passado ao encomendante para que a critério próprio e sobre o seu comando, execute o que melhor lhe aprouver no período contratado. Na outra o objeto do contrato corresponde a um bem (tarefa que se materializa como parte de um processo, ou serviço cujo fim encerra em si mesmo). A retribuição ou pagamento se dá em função da produção ou cumprimento da tarefa, e não por medida da força de trabalho - mão-de-obra – efetivamente disponibilizada ou colocada a disposição do encomendante como meio para que possa realizar o que desejar.

A Manifestante tem equipamentos próprios, adquire material de segurança para seus empregados, bem como recebe pelo cumprimento de tarefas cumpridas e, não por força de trabalho, mão-de-obra, cedida a título de locação.

Nem é preciso dizer que uma situação tem características inteiramente diversas da outra. Numa o objeto do contrato é um meio – mão-de-obra -

É marcante, sobre todos os aspectos, a voracidade fiscal externada a partir de interpretações notoriamente tendenciosas dos termos insertos nas leis, que comportam mais de uma interpretação. Contudo, no âmbito de interpretação do Direito como fonte do equilíbrio social, especificamente no Direito Penal e Tributário, a extensão da finalidade de um dispositivo legal, via interpretação aleatória das expressões utilizadas pelo legislador, não pode e nem deve ser permitida, sob pena de fragilizar o princípio da segurança jurídica, necessário à ordem e ao equilíbrio dela decorrente.

No acatamento da proposta feita pelo Agente Fiscal do INSS, que resultou na expedição do Ato Declaratório ora contestado, não houve uma análise, ainda que perfunctória, das atividades desenvolvidas pela VGL Serviços Ltda., em confronto com o verdadeiro sentido social do dispositivo legal invocado para excluí-la do SIMPLES e, por via de consequência, do mercado. A proposição leva em conta um sentido que o Agente do INSS cria para a expressão "locação de mão-de-obra", inteiramente diverso do sentido que o legislador a utiliza para que a norma produza as finalidades sociais premeditadas. Assim procedendo não modificou os fatos porque impossível, mas desvirtuou o sentido da lei para que pudesse invocar sua aplicação a contrário senso da finalidade social de sua instituição.

(...)

Até o presente momento, nenhuma prova se fez ou juntou aos autos de que a empresa, na verdadeira concepção da lei, opera na locação de mão-de-obra.

(...)

IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não obstante o anteriormente exposto, consabidamente os atos da Administração Pública só produzem efeitos a partir de sua publicação na Imprensa Oficial, ou melhor, produzem efeitos "*ex nunc*".

E não poderia ser de forma diferente, haja vista que, em obediência ao **Princípio da Irretroatividade das Leis**, no momento em que a lei e os atos da administração pública penetram no mundo jurídico, para reger a vida social, devem atingir apenas os atos praticados na constância de sua vigência e após sua devida publicação.

Com evidência solar, tal princípio consiste na impossibilidade de um novo direito atuar sobre fatos passados e julgar velhos acontecimentos.

(...)

Destarte, o Ato Executivo Declaratório DRF/DIV nº 03, que houve por EXCLUIR a Manifestante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), **NÃO PODE CONTEMPLAR PERÍODO ANTERIOR À DATA DE SUA PUBLICAÇÃO E/OU CIÊNCIA, OU SEJA, NÃO PODE CONTEMPLAR PERÍODO ANTERIOR A FEVEREIRO DE 2011.**

(...)

Assim, indesmentível a necessidade de se dar provimento à presente Manifestação, para o fim de cancelar o Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 03, por ser medida de direito e imperativo de **JUSTIÇA**.

(...)

Na sessão de 09/04/2014, a 2ª Turma da DRJ/Belém julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente, implicando a manutenção da exclusão do Simples Nacional, conforme Acórdão (e-fls. 208/216), cuja ementa transcrevo, *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO: 2008

Ementa:

EXCLUSÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

A materialização da vedação ao regime simplificado pela prestação de serviços de cessão de mão-de-obra requer que os empregados ou contratados fiquem à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

EXCLUSÃO. EMISSÃO DE NOTA FISCAL.

As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

(...)

Ciente desse *decisum* em **23/06/2014** e-fls. 218/219), a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em **16/07/2014** (e-fls. 221/252). reproduzindo, em suma, as razões já enfrentadas pela decisão recorrida e, por fim, pediu, *in verbis*:

(...)

Ante ao exposto, na esfera administrativa, s.m.j., devem ser apreciadas todas as matérias, inclusive aquelas relativas à ilegalidade e/ou inconstitucionalidades de normas.

III - DOS PEDIDOS:

"Ex Positis", **REQUER:**

- A. O recebimento do presente RECURSO VOLUNTÁRIO, porquanto sobejamente tempestivo e cabível na espécie;
- B. Que seja conhecida e apreciada cada uma das arguições constantes da impugnação ora ratificada *"in totum"*, bem como das razões adicionais e explicativas lançadas na presente peça, e, por conseqüência, sejam as mesmas julgadas procedentes para o fim de se julgar insubsistente o auto de infração.
- C. Protesta pelo contraditório pleno e por todos os meios de provas em direito permitidos, na forma e sob as penas da lei.

(...)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade. Portanto, conheço do recurso.

Conforme relatado, em 08/02/2011 a recorrente foi excluída do Simples Nacional pelo ADE, com feito jurídico a partir **01/03/2008**, por duas razões:

a) - prestação de serviços caracterizados como cessão de mão-de-obra (LC nº 123/2006, art. 17, inciso XII);

b) - prestação de serviços sem a emissão de documentos fiscais (LC nº 123/2006, art. 29, inciso XI, c/c art. 26, I).

Desde a primeira instância, a contribuinte contesta esses fundamentos da sua exclusão do Simples Nacional, argumentando:

a) que não houve a alegada prestação de serviço sem emissão de notas fiscais; que houve, sim, recebimentos de parcelas acerca de serviços que estavam sendo executados, mediante recibo e contabilização; que a emissão da respectiva nota fiscal dá-se apenas quando da entrega do serviço; que no recebimento de parte não significa que o serviço tenha sido concluído;

b) que não existe definição legal do que seja "cessão de mão de obra"; que então deve-se interpretar literalmente o Inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, conforme arts. 111 e 112 do CTN; que sua atividade não se enquadra como "cessão de mão de obra"; que nunca houve cessão de mão de obra; que o ADE não pode ter efeito retroativo.

A decisão recorrida manteve a exclusão da contribuinte do Simples Nacional, conforme ADE, pois:

a) os fatos narrados na Representação Fiscal, que alicerçou a emissão do ADE, configuram prestação de serviço caracterizado como CESSÃO DE MÃO DE OBRA;

b) que as transferências - DOC - em conta corrente - pelo período de quase 02 (anos) - recibos mensais - revelam prestação de serviços sem emissão de notas fiscais;

c) que o ADE tem natureza declaratória de situação fático-jurídica configurada a partir da ocorrência da infração à legislação do Simples Nacional.

Nesta instância recursal, a recorrente:

a) reprisa, reitera, os mesmos argumentos já enfrentadas pela decisão recorrida;

b) não junta aos autos elementos de prova para sustentar suas alegações, apenas protesta genericamente pela produção de todas as provas admitidas em direito.

Identificados os pontos controvertidos, passo a enfrentá-los.

PROTESTO GENÉRICO POR PRODUÇÃO DE PROVAS OU JUNTADA POSTERIOR. PEDIDO INDEFERIDO

Primeiro, não cabe protesto genérico pela produção de provas no processo administrativo fiscal; é ônus do sujeito passivo trazer aos autos, de plano, todas as provas que possam sustentar suas alegações (defesa direta e indireta de mérito).

As regras do Processo Administrativo Fiscal estabelecem que a impugnação ou recurso deverá ser instruída com os documentos em que se fundamentar, mencionando, ainda, os argumentos pertinentes e as provas que o reclamante julgar relevantes.

Assim, não estando configurada nenhuma das hipóteses do art. 16, § 4º, do Decreto 70.235/72, não poderá ser acatado o pedido genérico pela produção posterior de prova.

Os precedentes do CARF, também, são nesse sentido pela rejeição do protesto genérico por produção de provas no processo administrativo tributário federal. Colaciono, a seguir, a título ilustrativo, os seguintes precedentes do CARF, *in verbis*:

IMPUGNAÇÃO. PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVA. INADMISSIBILIDADE. As regras do Processo Administrativo Fiscal estabelecem que a impugnação deverá ser instruída com os documentos em que se fundamentar, mencionando, ainda, os argumentos pertinentes e as provas que o reclamante julgar relevantes. Assim, não se configurando nenhuma das hipóteses do § 4º do art. 16 do Decreto 70.235/72, não poderá ser acatado o pedido genérico pela produção posterior de prova. (Acórdão nº 30239.633, sessão de 08/07/2008, Relatora Judith Amaral Marcondes Armando).

PROTESTO GENÉRICO PELA JUNTADA DE DOCUMENTOS. PEDIDO DE DILIGÊNCIA E/OU PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Indefere-se o pedido de diligência e/ou perícia, quando a documentação constante dos autos revela-se suficiente para formação da convicção do julgador e consequente solução do litígio, e quando visa à produção de provas cujo ônus é do contribuinte. (Acórdão nº 280101.866, sessão de 28/09/2011, Relator Antonio de Pádua Athayde Magalhães).

PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVA. É inadmissível o pleito genérico para produção posterior de provas ou perícias. (Acórdão nº 303-34.568, sessão de 15/08/2007, Relator Sílvio Marcos Barcelos Fiúza).

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal, quando restar evidenciado que o mesmo poderia trazê-las aos autos, se de fato existissem. (Acórdão nº 10248.141, de 25/01/2007).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. A admissibilidade de diligência ou perícia, por não se constituir em direito do autuado, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal dispensar quando entender desnecessárias ao deslinde da questão. Ademais, tem-se como não formulado o pedido de perícia que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível. (Acórdão nº 193.00.018, sessão de 13/10/2008).

PERÍCIA.DESNECESSIDADE. Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador. (Acórdão nº 10222.937, sessão de 28/03/2007).

PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA CONTÁBIL. MEIO DE PROVA DESNECESSÁRIO. INDEFERIMENTO. O pedido de perícia técnica, para análise de dados que integram a escrituração contábil e já presentes nos autos, demonstra intenção protelatória e não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando indeferido. A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção devidamente motivada, podendo deferir perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa. Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. (Ac. nº1802-001.006, sessão de 17/10/2011).

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. NEGATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. É incabível a realização de diligência ou perícia para responder a quesitos de natureza legal, cujo conhecimento seja elementar ou que se refiram a prova passível de produção unilateral pelo contribuinte.(Ac. 330201.280, sessão de 09/11/2011, Relator José Antonio Francisco).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência considerada desnecessária, prescindível e formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 10249.407, sessão de 06/11/2008).

PERÍCIA.DESNECESSIDADE. Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador.(Acórdão nº 10222.937, sessão de 28/03/2007).

ASSUNTO:PERÍCIA/DILIGÊNCIA – PRESCINDIBILIDADE– A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos (Acórdão CSRF 10705.810, Relatora Karem Jureidini Dias).

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal, quando restar evidenciado que o mesmo poderia trazê-las aos autos, se de fato existissem.(Acórdão nº 10248.141, de 25/01/2007)

A contribuinte, ainda, não comprovou a existência de motivo de força maior para justificar juntada posterior de provas.

Portanto, rejeito o protesto genérico de produção de provas ou juntada posterior de provas, pois o recurso deverá, de plano, ser instruído com os documentos em que se fundamentar.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE VEDADA

No caso, a recorrente não comprovou suas alegações de que não exerceu a atividade de prestação de serviço caracterizado como CESSÃO DE MÃO DE OBRA e que não deixou de emitir as notas fiscais.

O instrumento de contrato particular de prestação de serviços juntado aos autos pelo Fisco (e-fls. 07/09) revela as características que configuram cessão de mão de obra.

Por vezes, o Sr. Jardel Vieira, empregado da empresa Contratante Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., figurou como preposto/representante da empresa Contratada VGL Serviços Ltda., demonstrando nitidamente a subordinação jurídica existente, conforme Termos de Rescisão do Contrato de Trabalho de empregados da contratada VGL SERVIÇOS LTDA (e-fls. 15/32).

Os recibos mensais - transferências DOC em conta corrente, relativos aos períodos mensais de setembro/2008 a março/2010 - prestação de serviços (e-fls. 37/144) revelam, sobejamente, que não houve emissão de notas fiscais nesse período.

Mas não é só isso.

A contribuinte, ainda, entregou a Declaração do Simples zerada (0,00) - sem movimento - quanto ao período 01/01/2009 a 31/12/2009.

Entretanto, há recibos - transferências DOC - para sua conta corrente para os meses do ano-calendário 2009, também.

Se as entradas de valores representam notas fiscais emitidas em anos anteriores, deveria a empresa excluída comprovar tal alegação mediante documentação relacionada. Porém, não juntou elementos de prova algum, na instância *a quo* e nesta instância recursal.

O ADE, como já dito, tem natureza declaratória, ou seja, declara situação fático-jurídica configurada desde a ocorrência da infração em fevereiro/2008, quando da celebração do contrato de prestação de serviço caracterizado com cessão de mão de obra (e-fls. 07/09).

Logo, não há que se falar em efeito retroativo do ADE, pois não tem efeito constitutivo, mas sim declara situação fático- jurídica configurada a partir da ocorrência da infração.

Os fatos estão narrados, descritos, pela Representação Fiscal (e-fls. 02/06), *in verbis*:

(...)

I. No curso do procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte FERGUBRAS - FERRO GUSA DO BRASIL LTDA., CNPJ: 08.807.237/0001-90, situada A Rodovia BR. 040, Km.464, Bairro Universitário, Sete Lagoas, MG., Cep. 35.702-372, foi constatado que a empresa VGL SERVIÇOS LTDA., CNPJ - 08.217.237/0001-30, acima identificada foi contratada pela empresa Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., CNPJ - 08.807.237/0001-90, para prestação de serviços, que se amoldam A caracterização de cessão de mão-de-obra,

*assim como restou comprovado a prestação de serviços sem a emissão de documentos fiscais, fatos esses que configuram hipóteses de **EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL**, nos termos da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006.*

2. DOS FATOS RELACIONADOS:

2.1 - Da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra:

2.1.1- A Empresa VGL SERVIÇOS LTDA., mantém nas dependências da Contratante, trabalhadores que realizam serviços contínuos, serviços que constituem necessidade permanente da Contratante Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., conforme contrato particular de prestação de serviços firmado em 01/02/2008 (cópia anexa).

2.1.1.1 - O objetivo social da empresa Contratante é a atividade de indústria, comércio e exportação de ferro gusa e de produtos siderúrgicos e metalúrgicos em geral, dentre outros, conforme cláusula quarta do contrato social consolidado (cópia anexa).

2.1.2- Os serviços de limpeza geral, serviços gerais, transporte interno de materiais, manutenção de maquinários, pintura, carpintaria, manutenção de aparelhos de ventilação, descarga de carvão vegetal, prestados pela VGL SERVIÇOS LTDA., são realizados dentro do pátio siderúrgico da Contratante.

2.1.3- A Empresa Contratada mantém permanentemente nas dependências da Contratante, trabalhadores à disposição dessa, em caráter não eventual, e não poderia ser diferente, pois os serviços prestados pela Contratada, estão ligados A atividade fim da Contratante, motivo pelo qual são realizados de acordo com a necessidade da atividade produtiva da Contratante.

2.1.4- Por serem serviços inerentes A atividade da empresa Contratante, são realizados & medida da demanda apresentada pela mesma.

2.1.5- Por vezes, o sr. Jardel Vieira, empregado da empresa Contratante Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., figurou como preposto/representante da empresa Contratada VGL Serviços Ltda., demonstrando nitidamente a subordinação jurídica existente, conforme Termos de Rescisão do Contrato de Trabalho de empregados da contratada VGL SERVIÇOS LDA.(cópias anexas).

2.1.6- Considerando que a cessão de mão-de-obra, é a colocação 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; considerando que os serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a

atividade fim; considerando que a colocação disposição da empresa, caracteriza-se pela cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato, a prestação dos serviços executados pela empresa contratada VGL SERVIÇOS LTDA., à empresa contratante FERGUBRAS-FERRO GUSA DO BRASIL LTDA é realizada mediante cessão de mão-de-obra.

2.2 - Da prestação de serviços sem a correspondente emissão de documento fiscal:

2.2.1- A empresa contratada prestou serviços regularmente a empresa Contratante nos meses de 2008; 2009 e até 30/03/2010 respectivamente, embora constatado que a última nota fiscal de prestação de serviços emitida pela VGL SERVIÇOS LTDA., para a empresa contratante FERGUBRAS-FERRO GUSA DO BRASIL LTDA., refere-se aos serviços prestados no mês de AGOSTO/2008 e emitida em 29/08/2008 (cópias anexas).

2.2.2- A empresa Contratante FERGUBRAS-FERRO GUSA DO BRASIL LTDA., pelos serviços contratados, continuou realizando adiantamentos de numerário à empresa CONTRATADA, conforme lançamentos contábeis, lastreados em documentos de transferência de recursos (cópias anexas).

2.2.3- A partir de 01/09/2008 a empresa contratada VGL SERVIÇOS LTDA., deixou de emitir as respectivas notas fiscais de prestação de serviços, correspondentes aos serviços prestados Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., infringindo dessa forma o disposto no art. 1º, da Lei nº 8.846 de 21/01/1994.

(...)

Quanto às alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade suscitadas quanto à legislação aplicada, não cabe ao julgador da esfera administrativa deixar de aplicá-la, pois não lhe cabe negar vigência à legislação constante do ordenamento jurídico, editada pelo Poder Público conforme processo legislativo, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, Parágrafo Único do art. 142).

Não cabe ao órgão de julgamento administrativo conhecer de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo infralegal, conforme Súmula CARF nº 02, cujo verbete transcrevo, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ademais, como a contribuinte não juntou elementos de prova de suas alegações nesta instância recursal, a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, cujo voto condutor transcrevo, *in verbis*:

(...)

DA EXCLUSÃO

9. É oportuno mencionar que para efeito de exclusão do Simples, basta a existência de uma atividade vedada, ainda que exercida paralelamente a outras permitidas.

10. Desse modo, a verificação do CONTRATO PARTICULAR DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, fls.07/09, deve ser tomada como caracterizadora da atividade de locação de mão de obra, como bem ensina o Enunciado nº 54 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao comentar o art. nº 966 do Código Civil:

54 – Art. 966: é caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade -fim, assim como a prática de atos empresariais.

(<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>)

11. Nessa condição, qual seja, de que a empresa exerce tal atividade estabelecida em CONTRATO PARTICULAR DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, fls.07/09, torna legítima a presunção de que o contribuinte exerce tal atividade.

Assim, não há afronta alguma ao contraditório e a ampla defesa e nem cerceamento de defesa.

12. Cabe ressaltar que as provas constantes dos autos demonstram que a empresa prestava os serviços dentro do pátio siderúrgico da CONTRATANTE FERGUBRAS FERRO GUSA DO BRASIL LTDA, caracterizados pela execução dos trabalhos de **DESCARGA DE CARVÃO VEGETAL CONFORME DESCRIÇÕES E ESPECIFICAÇÕES ELABORADAS PELA CONTRATANTE**, sendo ainda passível de alteração no decorrer do lapso contratual.

13. Na cláusula segunda do citado contrato, fls.07/09, nota-se o prazo de 12 meses para a realização do trabalho, demonstrando com maior evidência o caráter de continuidade na prestação do serviço, o qual poderia ser ainda prorrogado por tempo indeterminado.

14. Na cláusula sexta, percebe-se que a CONTRATANTE pode realizar vistorias a qualquer dia ou horário, concernente à execução dos serviços contratados, cabendo a CONTRATADA se comprometer a aceitar pareceres de ambos. Tal dispositivo denota também a obediência hierárquica às determinações da

contratante, a qual pode a qualquer momento realizar vistorias e emitir pareceres sobre os serviços prestados em seu pátio de operações.

*15. Ressalte-se que o serviço prestado, **DESCARGA DE CARVÃO VEGETAL**, tem conexão direta com a atividade fim da empresa CONTRATANTE FERGUBRAS FERRO GUSA DO BRASIL LTDA, como pode ser verificado pelo Contrato Social da mesma, fls.10, em que assim está descrito:*

A sociedade passa a dedicar-se as atividades de Indústria, Comércio e exportação de ferro gusa e de produtos siderúrgicos e metalúrgicos em geral; exportação e importação; florestamento e/ou reflorestamento; produção e comercialização de carvão vegetal; comércio de moinha de carvão vegetal; comércio de subprodutos oriundos do processo de produção; podendo participar em outras sociedades.

16. Tal constatação torna nítido o caráter contínuo do contrato, tendo em vista que a DESCARGA DO CARVÃO constitui-se de etapa do processo de produção da contratante. Neste sentido, o trabalho desenvolvido pelos funcionários da empresa excluída, desenvolvem-se sob nítida supervisão da CONTRANTE, tendo em vista que se não obedecerem aos padrões desta, comprometem a qualidade e o prazo das metas de produção.

17. Em consequência, verificada no caso a existência da vedação prevista no inciso XII do art. 17 (prestação de serviços caracterizados como cessão de mão de obra), da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e não sendo esta atividade excetuada nos §§5º-B a 5º-E do art. 18, entendo que a empresa não pode usufruir da sistemática do SIMPLES Nacional.

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAIS

18. Além da situação acima tratada, a empresa incorreu em outra hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL, sendo esta a prestação de serviços sem a emissão de documento fiscal.

19. A fiscalização verificou que a partir de 01/09/2008 a empresa contratada VGL SERVIÇOS LTDA., deixou de emitir as respectivas notas fiscais de prestação de serviços, correspondentes aos serviços prestados Fergubras-Ferro Gusa do Brasil Ltda., infringindo dessa forma o disposto no art.1º, da Lei nº. 8.846 de 21/01/1994. A situação também está descrita na Lei Complementar n.123/2006, em seu art.26, I:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

20. Tal obrigação, se descumprida configura uma das hipóteses de exclusão do citado regime tributário, como dispõe o art.29, XI, da referida norma:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

XI -houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

21. Sobre o tema assim rebate o impugnante:

Não houve a alegada prestação serviços sem a emissão de documentos fiscais. O que ocorreu foi, nada mais e nada menos do que o recebimento de parcelas de serviços que estavam sendo executados e isto foi feito mediante recibo e contabilização. A emissão da correspondente nota fiscal se dá quando da entrega do serviço. No recebimento de parte não significa que o serviço tenha sido concluído e, tampouco, que a nota fiscal tenha que ser emitida neste exato momento. Com estas colocações, evidente que improcede a acusação fiscal sem prova de ter havido a tradição dos serviços prestados.

22. Compulsando os autos, verificamos entradas na conta bancária da empresa, fls.63/122, em valores que somam R\$593.200,00 (Quinhentos e Noventa e Três Mil e Duzentos Reais).

23. De acordo com a alegação da empresa, este montante de entrada de valores em sua conta bancária corresponde apenas a parcelas de serviços que estavam sendo executados. No entanto, a impugnante se limita à mera alegação sem provas, quando no mínimo deveria apresentar os documentos que se relacionam à estas entradas de capital, sejam estes provenientes de notas fiscais contratos ou comprovação equiparada.

24. Se as entradas de valores representam notas fiscais emitidas em anos anteriores, deveria a empresa excluída comprovar tal alegação mediante documentação relacionada.

25. Sem tal comprovação, entendemos que a fiscalização verificou corretamente o recebimento de valores no ano-calendário 2009, sem a devida emissão de notas fiscais, o que no presente caso, acarreta a exclusão do SIMPLES NACIONAL.

DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO

26. Não merece prosperar ainda a alegação da empresa no sentido de que a RFB não pode fazer retroagir os efeitos da exclusão do SIMPLES, sob pena de ferir o princípio constitucional da irretroatividade.

27. Isto porque a exclusão do Simples tem caráter meramente declaratório, tendo em vista que a decisão simplesmente reconhece que a empresa não cumpria os requisitos para ingresso no regime simplificado, e que, por consequência, já estava sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais

peessoas jurídicas, nos termos do art. 32, da Lei Complementar nº 123/2006, transcrito a seguir:

Art.32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

28. Conforme podemos observar, a legislação que acima apresentamos é anterior ao período de 01/03/2008, demonstrando que o Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 03, de 08 de fevereiro de 2011, segue ao que rege a Lei Complementar nº 123/2006, no que diz respeito à exclusão do SIMPLES NACIONAL ora combatida.

29. Portanto, a data que produz os efeitos da exclusão considerada no Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 03, de 08 de fevereiro de 2011, está de acordo com o inciso II do artigo 31 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, sendo esta 01/03/2008.

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

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

II -obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

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

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

DO JULGAMENTO

30. Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE, mantendo a exclusão do SIMPLES NACIONAL determinada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 03, de 08 de fevereiro de 2011, fl.149.

(...)

Por tudo que foi exposto, voto para rejeitar o protesto genérico de produção de provas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Processo nº 13609.001784/2010-76
Acórdão n.º **1401-004.753**

S1-C4T1
Fl. 276

É como voto.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel