



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

Processo nº 13888.001432/2004-83
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1002-000.203 – Turma Extraordinária / 2ª Turma
Sessão de 10 de maio de 2018
Matéria Simples - Exclusão por atividade vedada
Recorrente MONTINOX PRODUTOS METALURGICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do Fato Gerador: 01/01/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO CONSTANTE NA IMPUGNAÇÃO QUE INSTAUROU O LITÍGIO.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas, considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido diretamente indicada ao debate. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria nova não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade. Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão consumativa em relação ao tema. Impossibilidade de apreciação da temática, inclusive para preservar as instâncias do processo administrativo fiscal. Não conhecimento do recurso na matéria inovada.

MÉRITO. ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EXCLUSÃO.

Não podem optar pelo Simples as pessoas jurídicas que exercem atividades de locação de mão de obra, de cessão de mão-de-obra ou de empreitada exclusivamente de mão de obra. Enquadram-se como serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra os serviços de instalação e manutenção de peças, máquinas e equipamentos, mesmo quando prestados por mão-de-obra sem qualificação técnica, quando tal atividade é exercida como atividade-fim da contribuinte, notadamente mediante formalização de Contrato de Locação de Mão-de-Obra.

Recurso Voluntário Negado

Sem crédito em Litígio

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer no que diz respeito a irretroatividade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão, bem como em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por unanimidade, em lhe negar provimento.

(assinado digitalmente)
Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)
Leonam Rocha de Medeiros - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Ângelo Abrantes Nunes, Breno do Carmo Moreira Vieira e Leonam Rocha de Medeiros.

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 91/104) — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, interposto com efeito suspensivo e devolutivo —, protocolado pela recorrente, indicada no preâmbulo, devidamente qualificada nos fólios processuais, **estando estes autos (13888.001432/2004-83) apensados ao Processo nº 13888.001719/2004-11** (e-fl. 33), relativo ao inconformismo com a decisão de primeira instância, datada da sessão de 24/04/2006, consubstanciada no Acórdão n.º 14-12.440 (e-fls. 50/55), da 1.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto/SP (DRJ/RPO), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação (e-fls. 35), que pretendia desconstituir o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/PCA nº 34, de 02 de agosto de 2004 (e-fl. 29), que exclui, de ofício, a contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), Simples Federal, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2002, com fulcro no artigo 14, inciso I, da Lei nº 9.317, de 1996, por exercício de atividade vedada (art. 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei nº 9.317, de 1996; e artigo 20, inciso XI, alínea "e", da IN SRF nº 355/2003), tendo sido assim ementada a decisão vergastada:

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

Ano-calendário: 2004

Ementa: EXCLUSÃO. LOCAÇÃO E/OU CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

É vedado o ingresso no Simples de pessoa jurídica que exerce atividades que envolvem locação de mão-de-obra ou cessão de mão-de-obra.

Solicitação indeferida.

Em representação (e-fls. 5/6) foi consignado que o contribuinte havia sido indicado para exclusão do SIMPLES por exercício de atividade vedada pela legislação do Regime Especial. O sujeito passivo foi intimado do ADE nº 34, de 2004 (e-fl. 29), conforme Aviso de Recebimento (AR), em 13/08/2004 (e-fl. 32), para no prazo de 30 (trinta) dias apresentar sua manifestação de inconformidade, oportunidade na qual alegou (e-fl. 35), em síntese, que os serviços de mão-de-obra eram prestados de forma complementar à atividade-fim de comercialização de peças e máquinas, sendo prestado por prepostos da contribuinte sem qualificação técnica, não se caracterizando enquanto atividade exclusiva de profissional habilitado (engenheiro), o que permitia o seu enquadramento no Simples. Pediu, ao final, o cancelamento do ato de exclusão.

A tese de defesa não foi acolhida pela DRJ que entendeu que a contribuinte efetivamente realizava cessão de mão-de-obra como uma atividade lucrativa, paralelamente aos serviços de comercialização de peças e máquinas. Para tanto, fundamentou-se em um Contrato de Fornecimento de Mão-de-Obra Especializada (e-fls. 21/26) firmado pela contribuinte com a empresa ISC SCREENS LTDA e as notas fiscais de serviços emitidas pela contribuinte (e-fls. 19/20).

O recurso voluntário, inconformado com a decisão *a quo*, apresenta, em resumo, preliminar de nulidade da intimação inicial comunicando a decisão da DRJ (e-fls. 81/82 relata o fato) e, por isso, requer, igualmente, a nulidade das autuações. No mérito, sustenta a ilegalidade do ato declaratório executivo de exclusão reiterando os argumentos lançados na impugnação. Diz que sua atividade de instalação e montagem é complementar a atividade-fim de comercialização de peças e máquinas, prestada por mão-de-obra sem qualificação técnica (sem engenheiro). Acrescenta, em inovação recursal, tese de irretroatividade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão.

Os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído para este relator.

É o que importa relatar. Passo a devida fundamentação analisando os juízos de admissibilidade e de mérito para, posteriormente, finalizar em dispositivo.

Voto

Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros, Relator

O Recurso Voluntário apresenta-se tempestivo (e-fls. 86 e 91; 81/82), tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017. Isto por cuidar os autos de exclusão do Simples desvinculada de exigência de crédito tributário, a indicar a aplicação do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017.

No entanto, o recurso não atende a todos os pressupostos de admissibilidade intrínsecos. O recurso é cabível, há interesse recursal, a recorrente detém legitimidade, inexistente fato impeditivo ou modificativo do poder de recorrer, mas, em contra fluxo, existe fato extintivo do poder de recorrer relativo a preclusão consumativa que se operou quanto a matéria não apresentada em impugnação e discutida no recurso voluntário, qual seja, a alegação de irretroatividade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão.

A possibilidade de conhecimento e apreciação de novas alegações e novos documentos deve ser avaliada à luz das normas que regem o Processo Administrativo Fiscal, instituído pelo Decreto n.º 70.235, de 1972, o qual dispõe:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

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; (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997):

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997);

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).

Desta forma, nos termos dos arts. 14 a 17 do Decreto n.º 70.235/72, acima transcritos, a fase litigiosa do processo administrativo fiscal somente se instaura se apresentada a manifestação de inconformidade ou a impugnação, contendo as matérias que delimitam expressamente os limites da lide, sendo elas submetidas à primeira instância para apreciação e decisão, tornando possível a veiculação de recurso voluntário em caso de inconformismo, não se admitindo conhecer de inovação recursal.

A competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) circunscreve-se ao julgamento de "recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial", de forma que não se aprecia a matéria não impugnada ou não recorrida. Se não foi impugnada ocorreu a preclusão consumativa, tornando inviável aventá-la em sede de recurso voluntário como uma inovação. O CARF não pode apreciar matéria não deliberada pela DRJ, caso contrário, estar-se-ia, inclusive, diante de uma evidente supressão de instância.

Nesse sentido, o Egrégio CARF tem decidido por não conhecer de matéria que não tenha sido objeto de litígio no julgamento de primeira instância, a teor dos Acórdãos ns.º 9303-004.566 (3.ª Turma/CSRF), bem como precedentes desta Colenda 2.ª Turma Extraordinária da Primeira Seção de Julgamentos a exemplo dos Acórdãos ns.º 1002-000.101, 1002-000.102, 1002-000.103, 1002-000.084, 1002.000.136 e 1002.000.137.

Por conseguinte, não conheço o recurso neste ponto, no que diz respeito a irretroatividade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão, por se tratar de inovação recursal trazida no recurso voluntário e não discutida na impugnação e, portanto, não apreciada a tese na DRJ.

Quanto a preliminar de nulidade da intimação inicial comunicando a decisão da DRJ (e-fls. 81/82 relata o fato) e, por isso, a nulidade das autuações, não assiste razão a recorrente. É que o processo foi saneado e o prazo do recurso voluntário devolvido (e-fls. 81/82), de modo que não há prejuízo para o sujeito passivo, tanto que o recurso voluntário está sendo aqui apreciado e foi admitido face a sua tempestividade, inclusive tendo efeito suspensivo, a despeito de não se discutir nestes autos crédito tributário, limitando-se a discutir o controle de legalidade do ato declaratório executivo de exclusão.

De toda sorte, registre-se que não há se falar em nulidade dos atos realizados no âmbito dos Autos de Infração ns.º 13888002905/2008-93, 13888.002906/2008-38, 13888002907/2008-82 e 13888.002908/2008-27, haja vista que a contribuinte compareceu espontaneamente para deles tomar ciência, ficando os efeitos dos mencionados autos, por imperativo lógico, suspensos até que seja resolvida a questão atinente à manutenção ou não da recorrente no Simples.

De mais a mais, a nulidade da intimação da comunicação do teor da decisão da DRJ, que já foi sanada, não tem o condão de anular todos os atos do processo. Não há como prosperar este pleito, por falta de amparo legal. Logo, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, entendo que não assiste razão a recorrente. Deveras, no que diz respeito à atividade exercida pela recorrente, não encontro motivos para infirmar a conclusão obtida pela DRJ/RPO.

Defende a recorrente que os serviços de montagem, reparo e manutenção de máquinas e equipamentos são prestados, com fornecimento de mão-de-obra sem qualificação técnica, de forma complementar à sua atividade-fim de comercialização desses equipamentos. Afirma que a DRJ não poderia ter se fundamentado em contrato firmado em momento anterior à filiação da recorrente ao Simples.

Com efeito, o citado contrato, denominado "Contrato de Fornecimento de Mão-de-Obra Especializada" (e-fls. 21/26) firmado pela contribuinte com a empresa ISC SCREENS LTDA, foi assinado em 1º de outubro de 1995; por outro lado, a recorrente só ingressou no Simples em 1º de janeiro de 1997, ou seja, dois anos depois.

Ocorre que, referido contrato foi firmado com prazo de vigência indeterminado, consoante Cláusula Sétima, assim redigida:

07) -- O prazo do presente contrato é por tempo indeterminado e vigorará até que sejam concluídos os serviços previstos, ressalvado o disposto no parágrafo único, adiante.

Parágrafo Primeiro: A "CONTRATANTE", poderá sem qualquer ônus ou multa, rescindir o presente contrato, a qualquer tempo, desde que avise a "CONTRATADA", por escrito com antecedência de 30 (trinta dias).

Parágrafo Segundo: São motivos de imediata rescisão contratual, independentemente de qualquer aviso ou notificação, judicial ou extra-judicial, a decretação da falência da "CONTRATADA" e requerimento de concordata preventiva pela mesma, caracterização de insolvência, protesto cambial assistindo apenas a "CONTRATADA", apenas o recebimento de eventuais quantias ou créditos por serviços já prestados, até a ocorrência da rescisão contratual.

Não contam dos fôlios processuais qualquer documento indicativo de rescisão do instrumento em questão; ao contrário, as Notas Fiscais emitidas em 1999 (e-fls. 19/20) contra a empresa tomadora cujo domicílio empresarial é o mesmo daquela constante no indigitado contrato, com indicativo de horas de mão-de-obra cedidas, na forma expressamente prevista na Cláusula Terceira do contrato, indicam que a vigência do referido negócio jurídico, por se tratar de contrato de trato sucessivo, se manteve desde sua formalização até período posterior ao ingresso da contribuinte no Simples. O objeto do contrato em questão denota, sem margem para dúvidas, cuidar-se de cessão de mão-de-obra, sem fazer menção à qualquer equipamento que tenha sido comercializado ou adquirido pela contratante junto à contratada.

Nesse sentido, faço alusão ao Acórdão nº 1803-01.363, da 3ª Turma Especial, sessão de 13 de junho de 2012, assim ementado:

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

Ano-calendário: 2003

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. VEDAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIGITAÇÃO E PREPARAÇÃO DE DADOS PARA PROCESSAMENTO. ENQUADRAMENTO.

Não podem optar pelo Simples as pessoas jurídicas que exercem atividades de locação de mão de obra, de cessão de mão-de-obra ou de empreitada, exclusivamente de mão de obra. Enquadram-se como serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra os serviços de digitação e preparação de dados para processamento.

Não é o caso, portanto, de serviços complementares e eventuais de instalação de máquinas e equipamentos, o qual, de fato, permitira o enquadramento no SIMPLES. Pelo que dos autos consta, a atividade de locação de mão-de-obra é exercida de forma independente e autônoma pela contribuinte. Trata-se, portanto, de atividade vedada pela Lei nº 9.317/1996, razão pela qual vislumbro irretocável, nesse aspecto, a decisão colegiada combatida.

De fato, no momento em que a fiscalização constata que a contribuinte está enquadrada em uma das condições elencadas nos incisos do artigo 9º da Lei 9.317, de

1996, é consectário lógico da atividade fiscalizatória atentar-se para a realidade concreta dos fatos, no dever que possui em sua atividade vinculada. Demais disto, a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da lei, o descumprimento das condições para enquadramento no Simples enseja a exclusão de ofício, nos termos do artigo 14, inciso I, combinado com o artigo 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei nº 9.317/1996.

Destarte, à luz da documentação constante nos autos, resta demonstrado que o sujeito passivo, por ocasião de sua exclusão, na forma do ADE em referência, de fato se enquadrava em atividade vedada pela legislação de regência do Simples, circunstância que resulta na correta exclusão.

Considerando o até aqui esposado e enfrentadas todas as questões necessárias para a decisão, entendo pela manutenção do julgamento da DRJ.

Ante o exposto, de livre convicção, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, voto em conhecer parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer no que diz respeito a irretroatividade dos efeitos jurídicos do ato de exclusão, bem como em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em lhe negar provimento, mantendo íntegra a decisão recorrida.

É como Voto.

(assinado digitalmente)
Leonam Rocha de Medeiros - Relator