



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13896.720771/2017-88
ACÓRDÃO	1001-003.925 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	4 de junho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	EXATA DISTRIBUICAO FISICA E LOGISTICA - EIRELI
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2012, 2013

OPÇÃO. ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CARACTERIZADA.

Caracterizado o efetivo serviço de cessão de mão de obra, deve ser mantida a exclusão no SIMPLES NACIONAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Anchieta de Sousa, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Gustavo de Oliveira Machado, Ana Cláudia Borges de Oliveira e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 03-078.061, proferido em 28 de Novembro de 2017, pela 5ª Turma da DRJ/BSB, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação.

A DERAT/DIORT elaborou o Ato Declaratório Executivo nº. 54/2017 (Retificador do ADE n. 52/2017), excluindo a contribuinte EXATA DISTRIBUICAO FISICA E LOGISTICA - EIRELI - EPP do Simples Nacional, a partir de 01 de Janeiro de 2012 ficando a empresa impedida de permanecer no Simples Nacional pelo prazo de 10 (Dez) anos, cujo teor segue abaixo, em síntese (e-fls. 62/63):

“Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ nº 54/2017

Retificador do ADE nº 52/2017

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a pessoa jurídica que menciona.

O CHEFE DA EQRES/DIORT/DERAT, no uso das atribuições que lhe confere a Portaria de Delegação de Competência nº 264 de 24 de julho de 2012 e tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações posteriores, declara:

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 pessoa jurídica, a seguir identificada, pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Data da ocorrência: 01/01/2012 –

conforme apurado pela fiscalização – TDPF/F – Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal/Fiscalização nº 08.1.28.00-2016-00063-6

Nome Empresarial: Exata Distribuição Física e Logística Eireli EPP

CNPJ: 02.444.564/0001-49 Data da Opção:01/07/2007

Situação excludente: código de atividade proibido - conforme apurado pela fiscalização, a atividade exercida pela empresa é o fornecimento de Mão de Obra, que é impeditivo à sua permanência no Simples Nacional.

Fundamentação Legal: Lei Complementar n. 123, de 14/12/2006, art. 1, art.2, art.3, art.15, art.16, art.128, art.29 parágrafos 1º, 2º e 9º – inciso II, art. 30, inciso II e III; Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007, art. 2º, Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007, art. 3º, inciso II, alínea “a”, art. 5º, inciso I, art. 6º, inciso II; Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, art. 8º.

Art. 2º - Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2012, ficando impedida de permanecer no Simples Nacional pelo prazo de 10 (Dez) anos, na forma do artigo 29 inciso X, combinado com o §1º e 2º e 9º e inciso II do mesmo artigo, da Lei Complementar 123/2006.

(...)”.

Da Manifestação da Contribuinte

Informou a Contribuinte que a Exata DISTRIBUIÇÃO FÍSICA E LOGÍSTICA EIRELLI EPP sofreu fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Barueri-SP com o objetivo de auditar as contribuições previdenciárias recolhidas pela empresa no período de janeiro/2012 a dezembro/2013.

Afirmou que a fiscalização entendeu que a Exata teria praticado desvio de finalidade de sua atividade econômica, incorrendo em ilícito fiscal capaz de excluí-la do SIMPLES NACIONAL, com fundamento legal nos artigos 17, inciso XII; 29, inciso V, §1º, §2º e §9º, inciso II; da Lei Complementar nº 123/2006.

Aduziu que a fiscalização alcançou tal conclusão porque entendeu, de forma equivocada, que a contribuinte possuiria a atividade econômica de cessão ou locação de mão de obra, porquanto as suas despesas eram preponderantemente com “pessoal”, sendo 96,49% em 2012 e 97,36% em 2013, havendo, segundo ainda a fiscalização, uma despesa operacional muito pequena, na ordem de 3,11% em 2012 e 2,32% em 2013.

Asseverou que a contribuinte Exata possui como atividade econômica o ramo de armazenagem e distribuição de cargas e, logo em seguida, em 2000, passou a fazer também o transporte de mercadorias em geral, assim, destacou que não há que se falar em execução de outra atividade pela contribuinte, senão a de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral.

Pontuou que o fato de a contribuinte Exata estar localizada em espaço físico pertencente a outra empresa, em função de laços pessoais entre os seus dirigentes, não demonstra qualquer irregularidade, sobretudo porque tal informação sempre constou dos seus documentos societários (contratos sociais) e fiscais (notas fiscais, conhecimento de transporte etc).

Elucidou que a inexistência de veículos de transportes, alegada pela autoridade fiscal, trata-se de uma facilidade em que a empresa se utiliza em comodato de caminhões da empresa Logfrio, sem que custo para ela, inclusive de manutenção, em caráter gratuito mesmo, e até por isso o contrato era verbal.

Ressaltou que abriu o seu faturamento à fiscalização e demonstrou que existia faturamento para diversas pessoas jurídicas no exercício de suas atividades como transportadora e distribuidora de cargas e descargas de mercadorias em geral.

Salientou que a sua atividade é preponderantemente ligada à mão de obra humana e que não depende exclusivamente de máquinas, mas sim de pessoas para operarem as mercadorias gerais e os caminhões que realizam o transporte destas.

Esclareceu que por isso é que a sua despesa operacional era pequena, bem como porque toda a manutenção de veículos ficava a cargo da proprietária dos caminhões.

Pleiteou que seja recebida e conhecida a presente Manifestação de Inconformismo e que seja anulado o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº52/2017, retificado pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº54/2017 (de 19/05/2017), para que seja reinserida a contribuinte Exata no SIMPLES NACIONAL, sem que advenha disso qualquer sanção fiscal direta ou acessória.

DO ACÓRDÃO PROLATADO Nº. 03-078.061- DRJ/BSB

A DRJ analisou a impugnação apresentada, julgando-a improcedente (e-fls. 788/795).

Inconformada com a decisão da DRJ, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (e-fls. 803/838), destacando, em síntese, que:

“ILUSTRÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR SORTEADO DO CARF –
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo Administrativo nº 13896.720771/2017-88

EXATA DISTRIBUIÇÃO FÍSICA E LOGÍSTICA EIRELLI EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 02.444.564/0001-49, atualmente com sede na Rua Professor Viveiros Raposo, nº 141 – Sala 01 – Vila Serralheiro – São Paulo – SP – CEP 02836-020, denominada como Exata, por seu advogado já bastante constituído e abaixo subscrito, vem, à presença de V.Sa., nos termos do estabelecido no Decreto nº 70.235/1972 e demais normas legais e constitucionais, apresentar o seu RECURSO VOLUNTÁRIO em face do v.acórdão da 5ª. Turma da DRJ/BSB, que manteve o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº52/2017, retificado pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº54/2017 de 19/05/2017, que excluiu a contribuinte de sua opção de tributação pelo SIMPLES NACIONAL, que deve ser reformado, tudo pelas razões que passa a expor e articular abaixo.

I – DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL

As Recorrentes receberam a intimação do v.acórdão objeto deste recurso voluntário na data de 01/02/2018, sendo o seu dia final de prazo 03/03/2018, sendo, portanto, tempestivo o presente protocolo eletrônico.

II - DA REALIDADE DOS FATOS E O ESCORREITO DIREITO A SER APLICADO NO CASO CONCRETO

A Recorrente EXATA DISTRIBUIÇÃO FÍSICA E LOGÍSTICA EIRELLI - EPP foi objeto de uma fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Barueri-SP com o objetivo de

auditar as contribuições previdenciárias (Parte Patronal) recolhidas pela contribuinte no período de janeiro/2012 a dezembro/2013.

Segundo essa fiscalização, realizada de forma rasa, sem conteúdo mesmo, a Recorrente Exata teria praticado desvio de finalidade de sua atividade econômica, incorrendo em ilícito fiscal capaz de excluí-la do SIMPLES NACIONAL, com fundamento legal nos artigos 17, inciso XII; 29, inciso V, §1º, §2º e §9º, inciso II; tudo da Lei Complementar nº 123/2006. Vejam-se as redações desses artigos:

(...)

A fiscalização alcançou tal conclusão porque entendeu, de forma equivocada, que a Recorrente Exata possuiria a atividade econômica de cessão ou locação de mão de obra, porquanto as suas despesas eram preponderantemente com “pessoal”, sendo 96,49% em 2012 e 97,36% em 2013, havendo, segundo ainda a fiscalização, uma despesa operacional muito pequena, na ordem de 3,11% em 2012 e 2,32% em 2013.

Também aduziu a fiscalização que a Recorrente Exata não é proprietária de veículo de transporte de carga, não havendo também quaisquer despesas relativas a veículos e caminhões (IPVA, manutenção etc.).

Constatou ainda essa fiscalização, que a Recorrente Exata estava localizada no mesmo endereço da empresa LOGFRIO LOGÍSTICA, não havendo lançamento em sua contabilidade de despesas essenciais à atividade empresária (conta de consumo de energia elétrica, IPTU, locação etc.).

Tendo em vista essas ilações apresentadas pela fiscalização, concluiu o Sr. Auditor Fiscal em relação à Recorrente Exata que: “Em que pese a empresa ter informado ser optante pelo SIMPLES, tal assertiva não procede, visto ter como atividade, ÚNICA e EXCLUSIVA, o fornecimento de MÃO DE OBRA (...)”.

Por isso, por meio do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº52/2017, retificado pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº54/2017 de 19/05/2017, foi determinado à Recorrente Exata que ela ficaria “excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL)”, sendo que “os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2012, ficando impedida de permanecer no SIMPLES NACIONAL pelo prazo de 10 (Dez) anos, na forma do artigo 29 inciso X, combinado com o §1º e 2º e 9º e inciso II do mesmo artigo, da Lei Complementar 123/2006”, pois “conforme apurado pela fiscalização, a atividade exercida pela empresa é o fornecimento de Mão de Obra, que é impeditivo à sua permanência no SIMPLES NACIONAL”.

Em função disso, foi lançado de ofício, em face da Recorrente Exata, o crédito tributário relativo à contribuição previdenciária sobre a folha de salários (parte patronal), contribuinte individual em relação aos sócios e GILRAT, como se a empresa não estivesse incluída no Simples Nacional, no valor total de R\$ 6.523.684,79 para o período entre dezembro/2012 e dezembro/2013, sendo:

- R\$ 1.921.831,37, a título de contribuição previdenciária patronal;
- R\$ 868.851,69, a título de juros de mora (CP-Patronal);
- R\$ 2.882.747,00, a título de multa proporcional (CP-Patronal);
- R\$ 288.017,78, a título de contribuição para o RAT;
- R\$ 130.210,31, a título de juros de mora (RAT); e, - R\$ 432.026,64, a título de multa proporcional (RAT).

Como se vê, além do valor originário do crédito tributário, foi inserida a taxa de juros pela SELIC do período e a multa proporcional arbitrada em 150% (cento e cinquenta por cento), pois entendeu o Sr. Fiscal que teria havido fraude ou simulação na tentativa de manter a Recorrente Exata como optante pelo Simples Nacional.

Todavia, a realidade fática - e de direito - é outra, no sentido de que a atividade empresarial da Recorrente Exata era de FATO o transporte e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral, conforme constou de sua manifestação de inconformismo.

A DRJ/BRB, por sua vez, ao julgar improcedente a manifestação de inconformismo, somente reproduz as mesmas conclusões contidas no relatório fiscal que culminou no Ato Executivo, tendo registrado no Acórdão nº. 03-078.061 o seguinte:

(...)

Todavia, conforme se demonstrará abaixo, a atividade empresarial da Recorrente Exata era de FATO o transporte e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral.

II.1 – Da Ilegalidade da Exclusão da Contribuinte Exata do Regime do Simples Nacional

Inicialmente, cabe estabelecer o papel do SIMPLES NACIONAL no campo jurídico, social e econômico de um sistema equilibrado e perfeito como o ordenamento jurídico brasileiro.

O SIMPLES NACIONAL não é um mero expediente de administração tributária. Mais do que isso, trata-se de um instituto jurídico capaz de concretizar as normas de nível constitucional que foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pelo constituinte originário e aperfeiçoado pelo constituinte derivado para observar dois princípios fundamentais que estão insculpidos na Constituição Federal de 1988 e que são dirigidos às microempresas e às empresas de pequeno porte: o tratamento favorecido, previsto pelo inciso IX do artigo 170 da CF/1988; e, o tratamento diferenciado previsto pelo caput do artigo 179 da CF/1988.

Não à toa, estes dispositivos constitucionais estão previstos em Capítulo próprio da “Ordem Econômica” Constitucional e, por esta razão, o tratamento favorecido

e o tratamento diferenciado deverão ser observados não só em relação ao Direito Tributário, mas em toda a Ciência do Direito aplicável à atividade econômica.

Em outras palavras: toda e qualquer lei editada (Federal, Estadual ou Municipal) deverá respeitar a distinção especialmente posta no ordenamento jurídico pátrio em relação às microempresas e às empresas de pequeno porte, com sede no País e constituída na forma estabelecida por lei brasileira. Por isso, para estabelecer uma efetividade desses princípios constitucionais, o legislador infraconstitucional editou a Lei Complementar nº 123/2006, denominada como "Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte".

Essa lei complementar vincula os legisladores ordinários da União, dos Estados e dos Municípios, ou seja, a LC 123/2006 é a lei das leis quando estiverem presentes, no jogo econômico, as figuras do microempresário, da microempresa ou da empresa de pequeno porte. Vislumbra-se, assim, uma verdadeira blindagem jurídica ao nascedouro do empreendedorismo nacional, seja na via da redução da carga tributária, seja na via da redução da complexidade do cumprimento das obrigações acessórias, facilitando a geração de riquezas, emprego formal e renda.

Nesse sentido, explica ALOISIO MASSON que:

(...)

Sobre a natureza da LC nº 123/2006 e suas alterações, como é amplamente sabido, e foi lucidamente anotado por Norberto Bobbio, as leis complementares caracterizam-se como um complexo de "regras jurídicas sobre o modo pelo qual devem produzir-se regras jurídicas"⁶, ou como preferiu Pontes de Miranda, lei complementar tributária "não é lei de tributação, mas lei sobre leis de tributação"⁷. Referendando esta posição, o saudoso Professor Geraldo Ataliba assim se manifestou a propósito desta particularidade:

(...)

Entretanto, a LC 123/2006 contrariou toda essa lógica sistemática e previu de forma minuciosa a caracterização das pessoas jurídicas de pequeno porte e microempresas, bem como o tratamento diferenciado que estas teriam conforme as suas atividades, inclusive a sua inclusão em sistema mais benéfico de tributação – SIMPLES NACIONAL – assim como as formas de sua exclusão, inclusive capaz de ensejar inconstitucionalidade – o que será objeto de argumentação própria mais adiante – caso não seja interpretada conforme a Constituição Federal de 1988.

Mesmo assim, a LC 123/2006 deixou espaço para que atos normativos a cargo da Receita Federal do Brasil criassem maiores detalhamentos dessas regras instituídas por ela.

Pois bem.

A Recorrente Exata foi constituída em 1998 com o objeto social inicial de armazenamento, depósito e distribuição de cargas, sendo que desde 2000 a empresa passou a ter como objeto social o transporte e a distribuição de mercadorias em geral. A partir do ano de 2012, a empresa passou a ter como objeto social “transportes rodoviários municipal, intermunicipais, interestaduais, distribuição, cargas e descargas de mercadorias em geral”, o que se pode verificar do processo administrativo nº 13896.720.771/2017-88, aqui apensado, conforme requerimento das Recorrentes.

Então, desde o longínquo ano de 1998, a Recorrente Exata possui como atividade econômica o ramo de armazenagem e distribuição de cargas e, logo em seguida, em 2000, passou a fazer também o transporte de mercadorias em geral. Portanto, não haveria mesmo que se falar em execução de outra atividade pela contribuinte, senão essa mesma: de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral.

O fato de a Recorrente Exata estar localizada em espaço físico pertencente a outra empresa, em função de laços pessoais entre os seus dirigentes, não demonstra qualquer irregularidade, sobretudo porque tal informação sempre constou dos seus documentos societários (contratos sociais) e fiscais (notas fiscais, conhecimento de transporte etc.), o que o v.acórdão recorrido ignorou por completo.

Esta informação nunca foi segredo para o Fisco e nem para os seus clientes. Inclusive, tratava-se de uma forma exitosa em obter novos clientes, uma vez que a estrutura em que ela estava localizada realmente impressionava nessa prospecção.

Ora, pensar diferente seria rejeitar, por exemplo, o famoso projeto do SEBRAE, de incubadora de empresas, ou mesmo considerar que todas as empresas que se utilizam do serviço de “CO-WORKING” são também cessionárias de mão de obra.

Quanto à inexistência de veículos de transportes, mencionada pelo Relatório Fiscal, vale ressaltar que a Recorrente Exata se utilizava dessa mesma facilidade de relacionamento empresarial, servindo-se em comodato dos caminhões da empresa Log Frio, sem que houvesse qualquer custo para ela, inclusive de manutenção, em caráter gratuito mesmo, e até por isso o contrato era verbal.

Nesse ponto específico, vale dizer que a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Sendo assim, um contrato verbal que possua agente capaz, objeto lícito e possível, determinado ou determinável, é um contrato válido e eficaz, sendo inclusive oponível a terceiros.

No presente caso, foi exatamente como aconteceu: a Recorrente Exata e os seus sócios, por terem um relacionamento próximo com os sócios da empresa Log Frio, obtiveram uma declaração de vontade, uma permissão expressa, em verdadeiro contrato verbal, de comodato gratuito dos veículos, ou seja, ela poderia utilizar a

frota ociosa desde que solicitado com alguma antecedência para não atrapalhar toda a logística, bem como para garantir a existência de uma manutenção adequada desses veículos antes da saída para as ruas e estradas do país.

Como se vê, o objeto desse contrato verbal era plenamente lícito, realizado por partes capazes, com base na boa-fé e na vontade recíproca, não necessitando de instrumentalização escrita, havendo, portanto, a sua validade no mundo jurídico. E tal fato não pode ser alterado pela fiscalização ou pelo ato declaratório executivo de exclusão, pois trata-se de conceito de direito privado. Vale lembrar no caso o quanto disposto nos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional⁹, não cabendo ao Fisco, de forma alguma, alterar os conceitos de direito privado para alcançar a finalidade ilegal como a presente exclusão da Recorrente Exata do SIMPLES NACIONAL. Mas também sobre isto o v.acórdão recorrido se calou.

Neste ponto, vale dizer que o v.acórdão se atrapalha, pois menciona que:

(...)

Na verdade, é ao contrário: os caminhões da Log Frio é que ficavam à disposição da Recorrente Exata, conforme determinadas condições impostas.

Demonstrando ainda a inépcia do Relatório Fiscal, o v.acórdão menciona que:

(...)

Por outro lado, carece de realidade a afirmação do Relatório Fiscal no sentido de que não havia um veículo de carga da Recorrente Exata. Tanto havia, que nos autos do arrolamento fiscal nº 13896.721.156/2017-99, vinculado a todo este procedimento fiscal, foi verificada a existência de um caminhão de sua propriedade, trazendo uma contradição que fere inclusive o suporte lógico das deduções realizadas de forma irresponsável pela fiscalização:

(...)

Ora, o referido arrolamento fiscal atesta com fé pública a existência da atividade econômica desempenhada pela Recorrente Exata, qual seja: “transportes rodoviários municipal, intermunicipais, interestaduais, distribuição, cargas e descargas de mercadorias em geral”.

Em que pese tudo isso, o v.acórdão manteve a exclusão da contribuinte do regime do Simples Nacional, ou seja, no sentido de que não havia indícios de que a Recorrente Exata possuísse a atividade econômica de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral, mas sim que a sua atividade de fato seria a cessão de mão de obra, atividade sabidamente vedada para a inclusão no SIMPLES.

Então pergunta-se: a empresa pequena que possui um único caminhão e alguns ajudantes, que ficam na porta da residência do caminhoneiro ou do empresário da empresa de pequeno porte de transportes, não pode ser considerada como executante desta atividade? Então isto é ceder mão de obra para o contratante ou para aquele que lhe indicou algum serviço em parceria?

Nada mais mendaz, Eminente Conselheiro deste E.CARF!

Mendaz porque a Recorrente Exata abriu o seu faturamento à fiscalização e demonstrou que existia faturamento para diversas pessoas jurídicas no exercício de suas atividades como transportadora e distribuidora de cargas e descargas de mercadorias em geral, tudo conforme descrito na planilha abaixo:

(...)

A planilha de faturamento acima detalhada foi acompanhada dos documentos fiscais juntados no processo apenso, fazendo parte destes autos, não havendo qualquer preclusão nesse sentido. Essas sim são verdadeiras provas materiais da atividade efetiva de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral realizada pela Recorrente Exata.

Não se trata de ilação ou de presunção, mas de fato INCONTESTÁVEL. E fato juridicamente comprovado pela emissão dos documentos fiscais (notas e conhecimentos de transportes). E, como se sabe, em qualquer auditoria – é assim também no Direito - o fato comprovado é o que traz a existência de um direito e a nulidade de uma arbitrariedade, e não a mera presunção, sofismo mesmo, que pretende causar a bancarrota de uma empresa que há quase 20 anos está sobrevivendo no mercado e que caminhou a duras penas como pequena em um ambiente de negócios dominado pelas gigantes da atividade de logística e de transportes.

Até por isso, sobretudo a partir da crise brasileira iniciada em meados do ano de 2010, a precificação das atividades da Recorrente Exata passou a ficar comprometida, tanto que o seu passivo acumulado em 2013 era da ordem de cerca de R\$ 10 milhões, sendo que a sua despesa com pessoal era a maior parte de seu gargalo, realmente.

Mas isto porque a sua atividade é preponderantemente ligada à mão de obra humana. A Recorrente Exata não depende exclusivamente de máquinas, mas sim de pessoas para operarem as mercadorias gerais e os caminhões que realizam o transporte destas. Por isso, inclusive, a sua despesa operacional era pequena, bem como porque toda a manutenção de veículos ficava a cargo da proprietária da maioria dos caminhões, como já dito anteriormente.

Agora, partir daí para se concluir que se tratava de uma empresa de cessão de mão de obra, que é sabidamente vedada pelo SIMPLES NACIONAL, é puro sofisma.

Conforme amplamente divulgado pela imprensa agora em junho de 2017, a Universidade Estadual de Londrina, no Paraná, divulgou que consome 98,26% do seu orçamento anual com despesas do funcionalismo¹⁰. Já a USP – Universidade de São Paulo, em 2016 o seu gasto com o departamento pessoal superou as suas receitas - incríveis 104,95%! -; em 2017 a previsão é de 96,5%.

Então pode-se concluir que tais universidades possuem como atividade a cessão de mão de obra?

É lógico que não! Mas pelo raciocínio do relatório fiscal, infelizmente, sim. E isto porque não foram analisados os documentos fiscais faturados e apresentados por ela, que comprovam a efetiva realização de sua atividade societária.

Ora, não é o gasto com o departamento pessoal o que caracteriza a efetiva atividade de uma empresa, como pretendeu firmar o inepto relatório fiscal, mantido de forma ilegal pelo v.acórdão aqui recorrido, mas sim a demonstração incontestável de que ela possuía mais de um cliente.

E tanto a caracterização da cessão de mão de obra é diversa da forma como apontada no relatório fiscal que a SRF editou a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, que, dentre outras situações tributárias, sobretudo no que tange à retenção do INSS, explicita com maior detalhamento os elementos objetivos da definição de cessão de mão de obra e de empreitada, mais precisamente em seu artigo 115, caput e parágrafos, in verbis:

(...)

O que se vê da definição utilizada pela própria SRF quanto à atividade de cessão de mão de obra é a premissa no sentido de que haverá essa atividade quando uma empresa contratante obtiver a força de trabalho de empregados de outra empresa (contratada), cuja atividade é a de cessão de mão de obra, ficando a cargo daquela a administração do trabalho deste pessoal. Como exemplos clássicos existem as empresas de segurança e de limpeza.

Mas não é só isso. A norma da Secretaria da Receita Federal diz também que somente haverá a atividade de cessão de mão de obra quando esta for disposta nas dependências de terceiros (§1º), em serviços contínuos (§2º) e à disposição da empresa contratante (§3º).

No caso ora exposto, a Recorrente possuía o seu pessoal em suas dependências físicas (cf. endereços constantes em seus contratos sociais e documentos fiscais), em serviços contínuos para si - e não para terceiros ou contratantes -, bem como à sua exclusiva disposição - e não à disposição de outras empresas. Caso assim não fosse, não teria como a Recorrente Exata realizar o faturamento e o conhecimento de transporte de cargas de mercadorias em geral acima descritas para tantos clientes seus, e tudo devidamente comprovado, repita-se, por meio de documentos fiscais idôneos.

A fiscalização inicial, ao fazer esta ilação, de que a Recorrente fazia cessão de mão de obra para terceiros, deveria indicar como isto era feito e quais seriam esses terceiros, pois, ao deixar de fazê-lo, deixou também de fechar o seu ciclo de raciocínio, deixando ainda de vincular a sua acusação com um fato concreto ao menos. E como isto realmente não aconteceu, enseja, sem dúvida alguma, a nulidade do presente processo administrativo, tornando insubsistente a sua exclusão do Simples Nacional.

Sobre o tema da cessão de mão de obra, ainda, vale trazer à baila a Solução de Consulta nº 19, de 22 de junho de 2011, da 5ª Região Fiscal da Receita Federal, que traz a seguinte Ementa e reitera a situação de inexistência da atividade de cessão de mão de obra pela Recorrente Exata:

(...)

Portanto, além de a fiscalização não ter comprovado para quem e como a Recorrente Exata teria feito a cessão de mão de obra, a própria contribuinte possui provas cabais, materiais mesmo, juntadas aos autos, de que realizava regularmente a atividade econômica de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral, exclusivamente sob a sua responsabilidade, não se caracterizando de forma alguma a cessão de mão de obra, nos termos do artigo 115, caput e parágrafos, da IN/SRF nº 971/2009.

Destarte, não se vislumbra no presente caso, e nem comprovou isto a fiscalização em seu inepto relatório fiscal, o exercício pela Recorrente Exata da atividade de cessão de mão de obra, o que seria mesmo vedada pelo inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2006, com sua consequente exclusão do Simples Nacional, em aplicação do artigo 29, inciso V, §1º, §2º e §9º, inciso II, da mesma lei.

Aliás, bem ao contrário, resta caracterizado de forma incontestável que a atividade efetiva da Recorrente Exata é de FATO a de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral, diferentemente da estória criada pela fiscalização e acolhida pelo acórdão ora recorrido. Inclusive, a doutrina é uníssona na crítica ao abuso do Fisco quanto à segurança jurídica por este desconsiderar o ordenamento jurídico em suas autuações ou práticas de atos administrativos de cunho sancionatório, como ocorre in casu:

(...)

Note-se que o Fisco não somente alterou conceitos de direito privado no relatório fiscal com fulcro no ato declaratório executivo que excluiu a Recorrente Exata do SIMPLES NACIONAL, ferindo assim os artigos 109 e 110 do CTN, mas também desprezou documentos e informações fiscais idôneas e a própria definição da atividade de cessão de mão de obra disposta pela IN nº 971/2009 da SRF e de Solução de Consulta que comprovam de forma cabal e irrefutável que a atividade da contribuinte é a de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral.

Diante de tudo o quanto exposto acima, é o caso de anular o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº52/2017, retificado pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº54/2017 de 19/05/2017, para reinserir a contribuinte Exata no SIMPLES NACIONAL, sem que advenha disso qualquer sanção fiscal direta ou acessória.

Inclusive, em função dessas dúvidas sobre a materialização dos fatos narrados, sobretudo quando confrontados com os documentos fiscais oficiais e idôneos da

Recorrente Exata, seria o caso até de ser aplicado o artigo 112, incisos II e III, do CTN13, pois a natureza e as circunstâncias materiais do fato imputado à referida contribuinte, bem como a extensão dos seus efeitos, devem estar muito bem instrumentalizadas e materializadas no relatório fiscal para que seja mantida a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, o que deveras não estava!

Então, também por isso, requer seja anulado o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº52/2017, retificado pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº54/2017 de 19/05/2017, para reinserir a contribuinte Exata no SIMPLES NACIONAL, sem que advenha disso qualquer sanção fiscal direta ou acessória.

Por fim, vale lembrar o que foi retratado no início deste capítulo no sentido de que, exatamente por prever as possíveis dificuldades que as micro e pequenas empresas pudessem passar, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios que devem ser seguidos pelos legisladores de todas as pessoas políticas, especialmente quanto ao tratamento favorecido, diferenciado e simplificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme se verifica dos artigos 170, inciso IX; e, 179, da CF/1988.

Esse tratamento favorecido e diferenciado foi determinado pelo legislador constituinte justamente para proteger as empresas de pequeno porte, para que elas pudessem se desenvolver e competir com as empresas de médio e grande porte em igualdade de condições, sendo que para alcançar essa equidade o legislador estabeleceu vários campos de atuação, em especial o administrativo, tributário, previdenciário e o creditício.

E nem poderia ser diferente, pois caso assim não fosse determinado, essas empresas jamais sobreviveriam ao mercado, no qual os maiores competidores acabam aniquilando os pequenos em face das vantagens competitivas que aqueles empreendimentos possuem, seja na obtenção de créditos, quase sempre subsidiados pelo governo via BNDES, BRDE, BADESC, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, entre outras tantas instituições financeiras que fomentam a produção, além das vantagens produtivas com os ganhos de escala, onde as médias e grandes empresas conseguem produzir mais por um custo menor, sendo, então, imprescindível a aplicação dos princípios constitucionais econômicos de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para que as pequenas empresas pudessem permanecer ativas e cumprindo com o seu papel social e econômico na geração de riquezas, empregos e renda.

Em verdade, trata-se de uma questão de equidade aristotélica: tratar de forma igual os iguais; e tratar de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Por isso, o legislador tem a obrigação de proteger as micro e empresas de pequeno porte, porquanto se trata da efetivação do princípio constitucional econômico de conceder um tratamento diferenciado e mais favorecido a elas.

Ocorre que a Lei Complementar nº 123/2006, ao vedar determinadas atividades para o ingresso no SIMPLES NACIONAL, como o inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2006, que dispõe sobre a cessão de mão de obra, feriu de forma direta também aos princípios da isonomia e da impessoalidade, previstos nos artigos 5º e 37, respectivamente, ambos da CF/1988.

Ora, considerando a complexidade do ambiente econômico que as micro e empresas de pequeno porte estão inseridas, seja pela competitividade acirrada (especialmente com os grandes players), globalização, inovação tecnológica, custos financeiros exorbitantes, ausência de linhas de crédito, legislação empresarial, trabalhista e tributária confusas e burocráticas, crises financeiras nacionais e internacionais, não poderia o legislador constituinte pretender tais restrições a determinadas atividades. Inclusive, com a nova reforma trabalhista, que prevê a possibilidade de terceirização da atividade fim, e não somente da atividade meio, a permanência da vedação da atividade de cessão de mão de obra para a inclusão no SIMPLES NACIONAL impossibilitaria a própria reforma pretendida.

Bem, voltando quanto à inconstitucionalidade da vedação contida no inciso XII do artigo 17 da LC 123/2006, a exclusão das micro e pequenas empresas da sistemática do SIMPLES NACIONAL por meio de vedação de determinadas atividades, impondo-lhes a obrigatoriedade de optar por outra sistemática de tributação, pelo lucro presumido ou real, viola outro princípio constitucional, o da capacidade contributiva, pois estas sistemáticas são muito mais onerosas, combatendo da mesma forma o previsto no artigo 170, inciso IX, da CF/1988.

Ademais, a CF/1988 não impôs qualquer restrição ao destacar como princípio da atividade econômica o tratamento diferenciado e mais favorecido às micro e pequenas empresas.

Destarte, o que o legislador infraconstitucional fez foi violar os princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 destinados às micro e pequenas empresas, bem como os da impessoalidade, isonomia e capacidade contributiva.

E, segundo a doutrina, em relação aos princípios não há dúvidas que o ordenamento jurídico brasileiro está intimamente respaldado por eles, sobretudo aqueles de envergadura constitucional, verdadeiros alicerces de todo o sistema normativo. Além disso, os princípios constitucionais condicionam a aplicabilidade e orientam a interpretação de todas as outras normas jurídicas; são o fundamento de validade de todo o sistema jurídico e que deve ser observado pelos Três Poderes.

MIGUEL REALE afirma que “princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

No que tange aos princípios jurídicos, ROQUE ANTÔNIO CARRAZA afirma que “princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

(...)

Em que pese a importância dos princípios para nortear a atuação da Administração Pública, no caso ora apresentado em que o Fisco excluiu a Recorrente Exata do SIMPLES NACIONAL, porque ela possuiria a atividade de cessão de mão de obra – o que restou já impugnado –, inobservou ele tais diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro, o que não passará incólume, uma vez que nenhuma legislação (aqui a LC nº 123/2006) poderia tratar de forma desigual a contribuinte, independentemente de sua atividade empresarial, para dar-lhe tratamento mais oneroso em se tratando de micro ou pequena empresa, em desconformidade com a CF/1988.

Assim, por todos os motivos acima alegados, é inconstitucional excluir as microempresas e empresas de pequeno porte do SIMPLES NACIONAL por exercer uma atividade específica, ainda que vedada por uma lei complementar, pois este não é o espírito constitucional destinado pelo legislador originário, devendo haver uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

Portanto, da mesma forma, é inconstitucional excluir a Recorrente Exata do SIMPLES NACIONAL utilizando-se da LC 123/2006 em detrimento dos princípios constitucionais da isonomia, do tratamento diferenciado e mais benéfico das micro e pequenas empresas, da impessoalidade e da capacidade contributiva, todos constantes da CF/1988.

Por tudo isso, sobretudo em função de haver a demonstração cabal de que a Recorrente Exata exercia efetivamente a sua atividade econômica de “transportes rodoviários municipal, intermunicipais, interestaduais, distribuição, cargas e descargas de mercadorias em geral”, e não de cessão de mão de obra como, é o caso de reformar o v.acórdão recorrido para anular o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº52/2017, retificado pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº54/2017 de 19/05/2017, para reinserir a Recorrente Exata no SIMPLES NACIONAL, sem que advenha disso qualquer sanção fiscal direta ou acessória, em interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

III – DOS PEDIDOS RECURSAIS

Diante de tudo o quanto exposto acima, requer a Recorrente Exata seja recebido e conhecido este Recurso Voluntário para que devidamente processado seja julgado provido para reformar o v.acórdão e anular o Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº52/2017, retificado pelo Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ Nº54/2017 de 19/05/2017, para reinserir a contribuinte no

SIMPLES NACIONAL, sem que advenha disso qualquer sanção fiscal direta ou acessória.

Sucessivamente, requer seja aplicado o artigo 112, incisos II e III, do CTN, pois a natureza e as circunstâncias materiais do fato imputado à Recorrente Exata, bem como a extensão dos seus efeitos, devem estar muito bem instrumentalizadas e materializadas no relatório fiscal para que seja mantida a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, o que deveras não ocorreu, determinando-se então o seu reenquadramento no referido regime tributário.

Termos em que, pede pelo provimento recursal.

De São Paulo-SP para Brasília-DF, em 01 de março de 2018.

(...)"

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gustavo de Oliveira Machado, Relator.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN).

A Recorrente foi excluída do SIMPLES NACIONAL, por intermédio do Ato Declaratório Executivo nº 54, de 19 de maio de 2017, sob a alegação de fornecimento de Mão de Obra, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2012.

Senão vejamos o teor do ADE, e-fls. 62/63:

“Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/ nº 54/2017 Retificador do ADE nº 52/2017

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a pessoa jurídica que menciona.

O CHEFE DA EQRES/DIORT/DERAT, no uso das atribuições que lhe confere a Portaria de Delegação de Competência nº 264 de 24 de julho de 2012 e tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações posteriores, declara:

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 pessoa jurídica, a seguir identificada, pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Data da ocorrência: 01/01/2012 – conforme apurado pela fiscalização – TDPF/F – Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal/Fiscalização nº 08.1.28.00-2016-00063-6 Nome Empresarial: Exata Distribuição Física e Logística Eireli EPP CNPJ: 02.444.564/0001-49 Data da Opção:01/07/2007 Situação excludente: código de atividade proibido - conforme apurado pela fiscalização, a atividade exercida pela empresa é o fornecimento de Mão de Obra, que é impeditivo à sua permanência no Simples Nacional.

Fundamentação Legal: Lei Complementar n. 123, de 14/12/2006, art. 1, art.2, art.3, art.15, art.16, art.128, art.29 parágrafos 1º, 2º e 9º – inciso II, art. 30, inciso II e III; Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007, art. 2º, Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007, art. 3º, inciso II, alínea “a”, art. 5º, inciso I, art. 6º, inciso II; Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, art. 8º.

Art. 2º - Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 1º de janeiro de 2012, ficando impedida de permanecer no Simples Nacional pelo prazo de 10 (Dez) anos, na forma do artigo 29 inciso X, combinado com o §1º e 2º e 9º e inciso II do mesmo artigo, da Lei Complementar 123/2006.

A Contribuinte discorda do procedimento fiscal sob o argumento de que não exerce atividades de prestação de mão-de-obra, mas sim o transporte rodoviário de cargas, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional, conforme consta do código CNAE 49.30-2-02, de seu CNPJ e Contrato Social.

No entanto, consta da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 47/51), no item 6 da Atividade de Fato da Exata, que a contribuinte tem como atividade o fornecimento de MÃO DE OBRA, senão vejamos o teor:

“6. DA ATIVIDADE DE FATO DA EXATA — Em que pese a empresa ter informado que a sua atividade é de TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA, EXCETO PRODUTOS PERIGOSOS E MUDANÇAS, INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL, CNAE 4930202 (CNPJ, GFIP, Contratos sociais...), isso, em ABSOLUTO, NÃO PROCEDE, visto que a contribuinte tem como atividade ÚNICA e EXCLUSIVA, o fornecimento de MÃO DE OBRA”.

Deve-se destacar, que autoridade fiscal para embasar a fundamentação para a Exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, demonstrou através da análise comparativa das despesas da empresa que elas são em sua quase totalidade relativas à mão-de-obra, vez que no ano de 2012 e 2013, conforme consta da escrituração contábil da empresa totalizavam 96,49% e 97,36%, do total das despesas respectivamente. Demonstrou ainda, que as despesas operacionais totalizaram o percentual de 3,11% e 2,32%, em 2012 e 2013.

Pontuou ainda a fiscalização, que a Exata Distribuição Física e Logística não é proprietária e nem locadora de nenhum veículo; não é proprietária de nenhum veículo de

transporte de carga e tampouco se utiliza de veículos de terceiros, o que a impossibilita a empresa de ter como atividade o transporte de carga; que não há qualquer valor pago a título de despesas com veículos, tais como: custos/valores de aquisição, combustíveis, lubrificantes, peças, manutenção, IPVA, aluguel de veículos de terceiros, fretes pagos a terceiros; não é proprietária de nenhum imóvel, não possui imóvel alugado, não tem despesas de IPTU, água, telefone, energia elétrica, o que denota não ter como manter uma frota de caminhões, por não ter sequer onde estacioná-los e onde fazer a manutenção, com oficina mecânica.

A Contribuinte em sede de manifestação de inconformidade alegou que “o fato de a contribuinte Exata estar localizada em espaço físico pertencente a outra empresa, em função de laços pessoais entre os seus dirigentes, não demonstra qualquer irregularidade, sobretudo porque tal informação sempre constou dos seus documentos societários (contratos sociais) e fiscais (notas fiscais, conhecimento de transporte etc)”.

Esclareceu que “quanto à inexistência de veículos de transportes, mencionada pelo Sr. Auditor Fiscal, vale ressaltar que a contribuinte se utilizava dessa mesma facilidade, servindo-se em comodato dos caminhões da empresa Logfrio, sem que houvesse qualquer custo para ela, inclusive de manutenção, em caráter gratuito mesmo, e até por isso o contrato era verbal”.

Defendeu que “abriu o seu faturamento à fiscalização e demonstrou que existia faturamento para diversas pessoas jurídicas no exercício de suas atividades como transportadora e distribuidora de cargas e descargas de mercadorias em geral, destacou que a planilha de faturamento acompanhada dos documentos fiscais são verdadeiras provas materiais da atividade efetiva de transportes e distribuição de cargas e descargas de mercadorias em geral realizada pela contribuinte Exata”.

Asseverou que “não depende exclusivamente de máquinas, mas sim de pessoas para operarem as mercadorias gerais e os caminhões que realizam o transporte destas. Por isso, inclusive a sua despesa operacional era pequena, bem como porque toda a manutenção de veículos ficava a cargo da proprietária dos caminhões”.

A DRJ analisou a manifestação de inconformidade apresentada, julgando-a improcedente nos seguintes termos (e-fls. 788/795):

“Pelo exposto, VOTO pela improcedência da manifestação de inconformidade mantendo-se a exclusão do Simples Nacional nos termos Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT nº 54/2017”.

Inconformada com o teor do acórdão recorrido, a Contribuinte interpôs recurso voluntário repetindo praticamente as razões e fundamentos apresentados em sede de defesa.

Desta feita, como a autoridade julgadora de primeira instância tratou da exclusão da Contribuinte de maneira cirúrgica e precisa no acórdão proferido, coaduno com os argumentos expostos pelo julgador a quo e adoto como minhas razões de decidir a decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos, utilizando da faculdade prevista ao Conselheiro Relator nos termos do parágrafo 12 do art.114 do Regimento Interno do CARF, senão vejamos:

“Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida;”.

Outrossim, transcrevo e adoto, como razão de decidir, o voto proferido no Acórdão de nº 03-078.061 proferido pela 5ª Turma da DRJ/BSB em 28/11/2017, como razão de decidir:

“(…)

Inicialmente, para ilustrar, convém trazer, de forma sintética, os elementos indispensáveis ao pleno funcionamento de um negócio na área de transporte de carga, conforme orientação do SEBRAE1 aos empreendedores interessados na área. São eles: estrutura física (escritório para administração e garagem), pessoal (gerente, carregadores e motoristas), custos (caminhões, manutenção, despesas de escritório), pontos de atenção (rapidez, pontualidade, segurança e confiabilidade).

Resta comprovado nos autos que a empresa não possui estrutura de funcionamento mínima necessária ao negócio em questão, tais como caminhões e espaço físico apropriado. A mão de obra é um elemento importante no negócio, mas, por si só, é incapaz de produzir o resultado que se espera da atividade econômica.

Não é razoável aceitar que uma empresa não disponha de equipamentos essenciais ao seu funcionamento e que se utilize, em caráter gratuito, da estrutura de outra empresa com o mesmo fim econômico que o seu – portanto, sua concorrente no mercado – para desempenhar sua atividade finalística.

Nesse ponto, causa estranheza a relação da Manifestante com a empresa Log Frio, conforme se observa na peça de defesa:

(…)

Quanto à situação levantada, não se vislumbra no mundo dos negócios uma relação em que um lado tenha somente benefícios, como é o caso da Manifestante que não precisa arcar com nenhum tipo de custo em relação aos equipamentos imprescindíveis para seu funcionamento. Até mesmo as contas básicas de consumo estão todas em nome da Log Frio Logística.

Ao analisar a planilha de faturamento apresentada pela Manifestante (fls. 81/92), com identificação de seus clientes, observa-se que de 20/12/2011 a 23/12/2013 houve uma movimentação de carga quase diária, com valor, no período, de R\$ 3.573.246,27.

Essa informação vai de encontro à afirmação da Manifestante de que só utilizava a frota ociosa da Log Frio e que teria que solicitá-la com antecedência. É evidente que, sabedor dessa situação, nenhum cliente da EXATA se sujeitaria a um contrato em que a entrega só seria realizada se houvesse veículos de transporte ociosos em outra empresa e sobre os quais a contratada não teria nenhum controle.

Isso só corrobora o dito pela Autoridade Fiscal na Representação Fiscal:

(...)

Quanto à alegação de que não se aplicam à Manifestante os elementos objetivo da definição de cessão de mão de obra, pois possuía o seu pessoal em suas dependências físicas, em serviços contínuos para si e à sua exclusiva disposição, trago as seguintes informações.

A cessão de mão de obra em questão ocorre sem um contrato de prestação de serviço e de um modo muito peculiar. Os empregados são contratados pela EXATA e postos para trabalhar nas dependências físicas da Log Frio, que nesse caso tem o mesmo endereço da Manifestante. Para desempenhar suas atividades, os “trabalhadores de carga e descarga de mercadorias” e os “motoristas de veículos de carga em geral” contratados pela EXATA dependem, necessariamente, da autorização da Log Frio, para utilizar os caminhões.

Observe-se que a EXATA, por si só, tem controle total apenas sobre a contratação de seus empregados, conforme ocorre com as empresas de prestação de serviço. No caso dos “trabalhadores de carga e descarga de mercadorias” e os “motoristas de veículos de carga em geral”, as atividades por eles desempenhadas dependem da disponibilidade de veículos da Log Frio. Na prática, os empregados da EXATA ficam a disposição da Log Frio, que é quem detém o controle sobre os caminhões e carga a ser transportada.

O Relatório Fiscal não traz maiores detalhes quanto ao tipo de acordo comercial estabelecido entre a Manifestante e a Log Frio e, por sua vez, a Manifestante disse apenas que existe um acordo verbal entre ambas para uso, de forma gratuita, dos veículos de transporte de carga da Log Frio que, repito, causa estranheza.

Em que pese as alegações da Manifestante, os elementos trazidos aos autos não são suficientes para provar que a mesma tenha estrutura necessária para se colocar no mercado na área de transporte de carga.

Entendo que a contribuinte, de fato, atua fornecendo mão de obra para a empresa Log Frio, que é atividade expressamente vedada à opção pelo Simples Nacional, nos termos do artigo 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123/2006.

Dessa forma, correta está a exclusão de ofício da contribuinte do referido regime, a partir de 01/01/2012 e pelo prazo de 10 (dez) anos, conforme disposto no artigo 29 da referida Lei Complementar.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, VOTO pela improcedência da manifestação de inconformidade mantendo-se a exclusão do Simples Nacional nos termos Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT nº 54/2017”.

Isto Posto, uma vez que ficou constatada a realização da atividade vedada de cessão de mão de obra, deve ser mantida a exclusão do SIMPLES NACIONAL realizada.

Dispositivo

Isto posto, voto em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator