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

CÓPIA

Processo nº	13963-000313/2005-44
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1301-000.025 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	09 de agosto de 2012
Matéria	SIMPLES
Recorrente	KEEPREND INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: EXCLUSÃO SIMPLES
Ano-calendário:

NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA.

O enfrentamento das questões na peça de defesa com a indicação dos enquadramentos legais denota perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento. Sendo asseguradas à Recorrente as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, não tem cabimento a nulidade do ato administrativo.

LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA.
A pessoa jurídica que assume o risco da atividade econômica e transfere os custos decorrentes do empreendimento, a outra que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, bem como detém o poder de direção, organização, fiscalização, regulação, controle e disciplina advindos da relação jurídica com seus empregados realiza operação relativa à locação de mão-de-obra.

Recurso Voluntário Negado.
Sem Crédito em Litígio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros da Turma, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jackson da Silva Lucas, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Carlos Augusto de Andrade Jenier e Alberto Pinto Souza Junior.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO

Relatório

A Empresa foi excluída do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2002, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n° 54, de 31/03/2006, cuja motivação está prevista no art. 90, inciso XII, alínea "f', da Lei 9.317/96, que é exercer atividade de locação de mão de obra,. A exclusão teve por base Representação Administrativa originada em fiscalização do INSS.

A Contribuinte manifesta inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo, alegando em síntese o seguinte:

- que não é lícita a exclusão do Simples sem apuração dos fatos, por cerceamento de defesa, ao contraditório e devido processo legal.

- o ADE é nulo por ausência de motivação e por isso deve ser cancelado, além de não poder retroagir.

- a notificação do INSS que motivou a Representação é improcedente e está em discussão administrativa, enquanto não houver o trânsito em julgado do processo não poderá haver exclusão do Simples.

- a empresa nunca efetuou locação de mão de obra, industrializa parte da produção de outra empresa, com autonomia e independência, o que é compatível com o Simples.

A 6ª Turma da DRJ/FNS por maioria de votos indeferiu a solicitação da Contribuinte alegando basicamente o seguinte:

- a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, não procede uma vez que a defesa e o contraditório estão sendo exercido com a presente manifestação de inconformidade, onde lhe foi permitido aduzir o que entendeu de direito e produzir as provas cabíveis.

- o Ato Declaratório Executivo teve por base uma Representação Administrativa proveniente de Fiscalização do INSS.

- no Relatório Fiscal, emitido contra a empresa Salvaro Indústria e Comércio de Madeiras Ltda, anexo a este processo, consta relevante arsenal de relatos e documentos que comprovam a locação de mão de obra. Destaco os seguintes itens:

> "• No item 7.5. **Transferência de empregados: Salvaro - Keeprend,** consta descrição da transferência dos empregados da primeira para a segunda empresa, chegando ao extremo de no período 11 a 12/2000 e 04/2001 a 04/2004, a Salvaro não ter empregado registrado (folha 68). No segundo semestre de 2004 ocorre o retorno dos empregados à Salvaro, quando a Keeprend passa a não ter mais empregados.
> • No item 7.6. **Cruzamento de vínculos empregatícios:**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO

> **Keeprend x Salvaro,** verifica-se que a admissão na Salvaro é formalizada imediatamente após a demissão na Keeprend.
> • No item 7.7. **Patrimônio e receita x quadro funcional e folha de salários,** está descrito que o parque industrial utilizado pela Keepred é todo da Salvaro, isto é, todo ativo permanente, mais especificamente, "máquinas e equipamentos", "terrenos", 'veículos", etc, todos pertencem à Salvaro. Verifica-se que a Keeprend existe para colocar seus empregados trabalhando para a Salvaro que, conforme demonstrado, nos anos 2002 e 2003, sem nenhum empregado, obteve receita bruta de R$ 13.655.695,12. Conclui-se que os empregados da Keeprend trabalhavam para a Salvaro, em máquinas, equipamentos, instalações e veículos da Salvaro (folha 71).
> • No item 7.8. **Keeprend — uma existência meramente formal,** está consignado que a empresa não registra em sua contabilidade gastos com "água, energia elétrica, telefone, IPTU, material de consumo, etc" (folha 73).
> Conclui-se que, de fato, a empresa Keeprend mantinha seus empregados trabalhando nas instalações da Salvaro Indústria e Comércio de Madeira Ltda. Está caracterizada a locação de mão de obra."

- a fundamentação legal da exclusão é incorrer na hipótese do art. 9 0, inciso XII, alínea "f" e inciso XIII, da Lei 9.317/96, abaixo transcritos:

> *"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:*
> *XII - que realize operações relativas a:*
> ***f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locacão de mão-de-obra;"***

- no ADE está especificado que a exclusão produzirá efeitos a partir de 01/01/2002 e tal procedimento foi benéfico ao contribuinte porque ao invés de retroagir à data da opção indevida da empresa, para o qual tinha amparo legal, a instrução normativa adotou, em decorrência de diversos enquadramentos equivocados pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nos anos que seguiram após a edição da Lei 9.317/96, uma situação mais benéfica para o contribuinte, com relação aos efeitos da exclusão.

Tendo a Contribuinte tomado ciência da decisão da DRJ em 28/05/2009, ingressou com recurso voluntário tempestivo em 26/06/2009, onde reitera as argumentações utilizadas na impugnação e acrescenta basicamente o seguinte:

- que o art. 15, § 4°, da Lei n° 9.317/96 não permite que haja a exclusão de ofício pela Receita Federal. Ela apenas determina que, caso o INSS constate uma das situações de exclusões previstas no art. 13, II, da mencionada lei, este deva representar à SRF.

- a Constituição Federal garante a livre iniciativa.

- a industrialização por encomenda pode ser definida como a operação em que um estabelecimento, contrata outro, a execução de uma operação definida como industrialização, remetendo, para esse fim, insumos de produção própria

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO

ou adquiridos de terceiros, os quais deverão retomar ao estabelecimento autor da encomenda devidamente industrializados.

- a atividade desenvolvida pela recorrente é mera operação de industrialização, com competências dos Estados e da União Federal para exigência dos respectivos tributos.

- diferente é a locação de mão-de-obra, que se traduz numa atividade-fim na qual não pode ser enquadrada a requerente. Na locação de mão-de-obra, o locador coloca os funcionários a disposição do locatário, que irá dirigir os trabalhos, em sua sede, sem que esta empregue insumos ou equipamentos próprios, diferente da situação aqui colocada em que os serviços de industrialização eram todos realizados dentro do estabelecimento da recorrente, com aplicação de insumos próprios.

- a própria Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa n° 608, de 09 de janeiro de 2006, que, dispondo sobre o SIMPLES, previu no seu art. 7 0, § 2°, e art. 10, § 2°, que no caso de empresa *"contribuinte do IPI, os percentuais referidos neste artigo serão acrescidos de 0,5 (cinco décimos) ponto percentual"*. Tendo a possibilidade legal e legítima de realizar industrialização para terceiros, é valido dizer que a recorrente não encontrasse impedimentos para não o realizá-lo.

- assim é perfeitamente possível que empresas optantes do SIMPLES executem serviços de industrialização por encomenda, como sempre fez a recorrente, inclusive não tendo havido qualquer espécie de oposição pela Receita Federal durante todo o tempo em que esteve realizando sua atividade.

- a exclusão do SIMPLES não pode operar seus efeitos preteritamente no tempo para atingir créditos tributários anteriores à própria data da decisão de exclusão, conforme o princípio constitucional da irretroatividade da lei tributária e o Tribunal Regional Federal da 3a Região já se manifestou sobre o assunto, tendo garantido ao contribuinte a impossibilidade de retroação do ato de exclusão. Confira-se:

> "PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - IRRETROATIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIO DE EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE DO SIMPLES - IMPOSSIBILIDADE.
> 1 - Nos termos do art. 15, II, da Lei n° 9.317/96, o ato que excluir a pessoa jurídica do SIMPLES, somente surtirá efeitos a partir do mês subseqüente, o que toma impossível retroagir os efeitos da exclusão a período anterior, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade. 2 - Agravo de instrumento provido. (TRF 30 R. AI 217470/SP — 3° T — Rel. Juíza Valeria Nunes — DJU 20/04/2005).
> Assim, mesmo que se entenda ser factível , a exclusão do SIMPLES operada pelo Ato Declaratório Executivo n° 54, este somente poderá surtir seus efeitos a partir da sua publicação, não podendo se falar em exigência tributária **desde 01/01/2002 seja principal ou acessória."**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO

É o relatório.

Voto

Relator - Guilherme Pollastri Gomes da Silva

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70235/72, assim, dele tomo conhecimento

Rejeito as preliminares de nulidade e cerceamento ao direito de defesa, uma vez que o ato foi lavrado por servidor competente que regularmente intimou a Recorrente. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. Foi oferecida à interessada a oportunidade de apresentar, a peça de defesa acompanhada de todos os meios de prova a ela inerentes. O enfrentamento das questões nas peças de defesa denotam perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram a sua exclusão e não propiciam a nulidade do ato em litígio. Logo, não lhe cabe razão.

Apesar do Ato Declaratório ter sido lavrado, baseado tão somente em representação administrativa do INSS, durante o procedimento fiscal a autoridade administrativa apurou os fatos narrados na representação que apuraram a verdade material, elemento fundamental para legitimar sua decisão.

Do Termo de Representação Administrativa, extrai-se o seguinte:

"*Como resultado da análise documental e dos procedimentos de auditoria fiscal,* **ficou** ***configurado*** **o** ***seguinte quadro***:
A partir de março **de** ***1998*** **o** ***quadro*** **de** ***funcionários do sujeito passivo passou formal e paulatinamente a ser transferido para outra razão social, abrigada sob a denominação*** **de** ***Keeprend Indústria e Comércio tida, optante do sistema SIMPLES***. ***Restou comprovado que esta migração simulada*** **de** ***vínculos empregatícios, teve por escopo a obtenção indevida do tratamento simplificado e favorecido instituído pela Lei n°.*** **9.317 de 05/12/1996**. **O** ***emprego de simulação com evidente objetivo de ilidir a contribuição previdenciária*** **patronal** ***retira a validade*** **do** ***ato formal, devendo prevalecer a real situação tática, com base no principio*** **da** ***verdade material***.
.....
Será ainda I encaminhada notícia crime ao Ministério Público Federal pela ocorrência, em *tese, do* crime *de sonegação* de *contribuição previdenciária e formalizada representação administrativa junto a SRF com vistas à exclusão do SIMPLES,, da Keeptend Indústria* e *Comércio Ltda."*
"Neste contexto, a atuação da Keepnend não pode subsistir quer sob a roupagem de "empresa terceirizada" e muito menos na condição de "locadora de mão **de** ***obra". Qualquer das situações são*** **expressamente vedadas pelos seguintes dispositivos legais**...

No Relatório Fiscal, integrante da Notificação de Lançamento de Débito - emitido contra a empresa Salvaro Indústria e Comércio de Madeiras Ltda, anexo a este processo, consta relevante arsenal de relatos e documentos que comprovam a locação de mão de obra. Destaco os seguintes itens:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO

CÓPIA

> "No item 7.5. **Transferência de empregados: Salvaro —> Keeprend,** consta descrição da transferência dos empregados da primeira para a segunda empresa, chegando ao extremo de no período 11 a 12/2000 e 04/2001 a 04/2004, a Salvaro não ter empregado registrado (folha 68). No segundo semestre de 2004 ocorre o retorno dos empregados à Salvaro, quando a Keeprend passa a não ter mais empregados.
> No item 7.6. **Cruzamento de vínculos empregatícios: Keeprend x Salvaro,** verifica-se que a admissão na Salvaro é formalizada imediatamente após a demissão na Keeprend.
> No item 7.7. **Patrimônio e receita x quadro funcional e folha de salários,** está descrito que o parque industrial utilizado pela Keepred é todo da Salvaro, isto é, todo ativo permanente, mais especificamente, "máquinas e equipamentos", "terrenos", 'veículos", etc, todos pertencem à Salvaro. Verifica-se que a Keeprend existe para colocar seus empregados trabalhando para a Salvaro que, conforme demonstrado, nos anos 2002 e 2003, sem nenhum empregado, obteve receita bruta de R$ 13.655.695,12. Conclui-se que os empregados da Keeprend trabalhavam para a Salvaro, em máquinas, equipamentos, instalações e veículos da Salvaro (folha 71).
> No item 7.8. **Keeprend — uma existência meramente formal,** está consignado que a empresa não registra em sua contabilidade gastos com "água, energia elétrica, telefone, IPTU, material de consumo, etc" (folha 73).
> Conclui-se que, de fato, a empresa Keeprend mantinha seus empregados trabalhando nas instalações da Salvaro Indústria e Comércio de Madeira Ltda. Está caracterizada a locação de mão de obra. "

A hipótese de indeferimento da opção da requerente pelo Simples com efeito desde 01/01/2002 fundamentada na prestação de serviço de locação de mão-de-obra, pressupõe a obtenção de receita proveniente da atividade vedada, qualquer que seja a sua proporção em relação à totalidade auferida pela pessoa jurídica.

Atinente à realização de operações relativas à locação de mão-de-obra, o seu pressuposto básico é a utilização do trabalho alheio. A empresa fornecedora pode se limitar ao fornecimento da mão-de-obra e assumir a obrigação de contratar os trabalhadores, sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. Dessa forma, torna-se a responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação dos serviços, muito embora os trabalhadores sejam colocados à disposição da contratante, que detém o comando das tarefas e fiscaliza a execução e o andamento dos serviços.

Há ainda as operações nas quais o objeto contratado identifica-se com a apresentação de um resultado. A empresa contratada associa-se com a finalidade de apresentar um resultado específico, obra ou serviço. Ela obriga-se a fazer alguma coisa para uso ou proveito da contratante, fica responsável pelo fornecimento da mão-de-obra necessária à produção desta coisa, objeto da contratação, assume o ônus relativo à fiscalização, orientação e planejamento dos trabalhos, e também a gestão do risco de apresentação do resultado, que pode ser uma obra completa ou a prestação de um serviço, ambos perfeitamente identificados como produto final. Se o recurso fornecido pela contratada é exclusivamente a mão-de-obra, esta modalidade de contratação também é impeditiva da inscrição no sistema.

Outra possibilidade reúne a colocação da mão-de-obra à disposição da contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, para a realização de serviços em condições de continuidade e habitualidade.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO

Tem cabimento a aplicação subsidiaria da Consolidação das Leis do Trabalho que determina:

> *Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.*

Neste sentido, os sujeitos do contrato de trabalho são:

- o empregador que assume o risco da atividade econômica, ou seja, não pode transferir os custos decorrentes do empreendimento, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, bem como detém o poder de direção, organização, fiscalização, regulação, controle e disciplina advindos da relação jurídica com seus empregados;

- o empregado é a pessoa física que realiza pessoalmente a operação relativa à prestação de serviços, com habitualidade, subordinação e mediante contraprestação.

Assim, pode-se inferir que uma pessoa jurídica que assume o risco da atividade econômica e transfere os custos decorrentes do empreendimento,a outra que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, bem como detém o poder de direção, organização, fiscalização, regulação, controle e disciplina advindos da relação jurídica com seus empregados realiza operação relativa à locação de mão-de-obra.

Assim, voto para negar provimento ao Recurso Voluntário, e manter o Ato Declatório Executivo DRF/FNS nº 54/2006.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 14/08/2012 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/09/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 12/11/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA - VERSO EM BRANCO