



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.002263/2003-79
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.601 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 02 de junho de 2020
Recorrente TEKATEX CONFECÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE IMPEDITIVA

A empresa não logrou êxito em comprovar as atividades que exerce, a fim de demonstrar o cumprimento dos requisitos para inclusão no Simples Nacional. A atividade desenvolvida pela empresa é vedada pela Resolução CGSN nº 06/2007.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 03-22.522, de 24 de setembro de 2007, da 4ª Turma da DRJ/BSA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

A Recorrente foi excluída do Simples Federal através do Ato Declaratório Executivo nº 041, de 21 de outubro de 2003, em razão de execução de atividade impeditiva, qual

seja, locação de mão de obra. Enquadramento legal: incisos XII, alínea “f” e V – 4º do art. 9º da Lei 9.317/1996.

A Recorrente apresentou manifestação de inconformidade defendendo que não exerce a atividade impeditiva descrita no ADE, além de levantar questões de irretroatividade da exclusão e ofensa a princípios constitucionais.

A 4ª Turma da DRJ/BSA julgou improcedente a manifestação de inconformidade, conforme a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: Opção pelo Simples — Condição Vedada - Impossibilidade.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que incorre em uma ou mais das vedações à opção estabelecidas em lei.

Solicitação Indeferida

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ no dia 12/03/2008 (e-fls. 116) e apresentou recurso voluntário no dia 11/04/2008 (e-fls. 117 a 128), com os argumentos a seguir sintetizados:

Alega a Recorrente que o ADE fundamentou a sua exclusão na prática de atividade vedada descrita no art. 9º, inciso V e § 4º, inciso XII, alínea “f” da Lei 9.317/1996, contudo, pela simples leitura do contrato social da empresa, verifica-se que essa tem como atividade a tecelagem, industrialização, confecção e comercialização de malhas estamparia, nada tendo haver com construção civil.

Defende que a existência das empresas Tekatex, Naratex e Rodeio não tem por objetivo nenhum tipo de fraude, o fato delas pertencerem ou não a sócios da Kyly (ou seus parentes) não inviabiliza sua existência nem as tornam ilegais, tanto é desta forma: que não foi citado dispositivo legal proibitivo de tal conduta.

A Recorrente esclarece em seu recurso que não pode ser realizada a despersonalização das pessoas jurídicas e os motivos apontados pela fiscalização não se sustentam, pois não há vedação para que filhos de empresários criem empresas próprias, outrossim o fato das prestadoras de serviço terem contrato de exclusividade com a Kyly não é fato que impeça a sua constituição como empresa autônoma. Quanto ao pagamento direto pela Kyly de obrigações da Naratex e Tekatex se justifica considerando que não há impedimentos legais para que o pagamento de obrigações da empresa sejam feitas diretamente, por sua credora, desde que haja o respectivo registro contábil. A empresa Recorrente é gerenciada pelas suas sócias e possuem patrimônio autônomo.

Aduz quanto à impossibilidade de que a exclusão seja feita retroagindo-se a data de 01/01/2002, tal procedimento viola princípios constitucionais e legais. Ademais, declara ser inconstitucional a exclusão de ofício sem que fosse oferecido oportunidade do contribuinte

apresentar defesa e que a exclusão somente se torna definitiva no trânsito em julgado do processo administrativo.

Defende ainda, que o lançamento do crédito tributário não pode ser realizado enquanto o processo que trata da sua exclusão do Simples estiver pendente de julgamento.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do Recurso, para manter a contribuinte no Simples.

É o relatório

Voto

Conselheiro Bárbara Santos Guedes, Relator.

O recurso é tempestivo e cumpre com os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento e passo a apreciar.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal)¹.

Verificada a ocorrência em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o indeferimento da opção é formalizado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente para excluir a empresa do Simples.

No caso dos autos, a Recorrente recebeu o ADE de nº 041, de 21 de outubro de 2003, porque a fiscalização entendeu que a empresa praticava a atividade de locação de mão de obra. Enquadramento legal: incisos XII, alínea “f” e V – 4º do art. 9º da Lei 9.317/1996

Inicialmente, a Recorrente defende que não pratica as atividades descritas no enquadramento legal. De fato, pelo contrato social da empresa, verifica-se que seu objeto em nada se confunde com construção civil, empresa de vigilância, limpeza e conservação, contudo a partir da fiscalização constante no processo, a contribuinte pode estar praticando a atividade vedada constante no art. 9º, inciso XII, “f” da Lei nº 9.317/1996 que determinava:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

XII - que realize operações relativas a:

f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e **locação de mão-de-obra**;

Diante disso, o objeto do processo é identificar se a empresa Recorrente praticou a atividade de locação de mão de obra.

Para configuração da operação de locação de mão de obra devem estar reunidas concomitantemente as seguintes condições: (a) o trabalho seja executado nas dependências da tomadora/contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados, (b) o trabalhador seja cedido pela prestadora/contratada para ficar à disposição da tomadora/contratante, em caráter não eventual e (c) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da tomadora/contratante relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário.

Consideram-se (a) dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços, (b) serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da tomadora/contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores e (c) por colocação à disposição tomadora/contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Na locação a mão de obra o objeto é que os trabalhadores da prestadora/contratada estão à disposição da tomadora/contratante de serviços, o que significa dizer que pode deles dispor, pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à prestadora/contratada. A mão de obra é originada do chamado *locatio operarum*, com característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência desse tipo de contrato.

Na prestação de serviços os trabalhadores simplesmente fazem o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da prestadora/contratada, que está à disposição da tomadora/contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados prestadora/contratada. Em caso de necessidade, é a prestadora/contratada que recebe orientações da tomadora/contratante e as repassa aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo. A tomadora/contratante está interessada no o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da prestadora/contratada.

No presente caso, identificamos que a atividade desempenhada pela empresa Recorrente é de locação de mão de obra. Explico.

As sócias da empresa executavam seu trabalho dentro das dependências da contratante (Kyly), esse fato aliás foi confessado pela própria Recorrente no recurso voluntário, quando argumentou que presta serviços com exclusividade à contratante.

Ademais, a sócia majoritária da empresa trabalhava para a contraente, visto que a fiscalização identificou a Ficha de Registro de Empregado, bem como cartão de ponto de março/2001, demonstrando que essa trabalhou na empresa Kyly de segundas às sextas, das 08 às 18 horas, com pausa de 1h e 15 min.

Não há dúvidas que a Recorrente presta, através de sua sócia, serviços contínuos à contratante, inclusive restou consignado pela fiscalização que a Kyle, através de contrato de mútuo acordo, assumia toda a responsabilidade pelas obrigações fiscais, trabalhistas e mercantis das contratadas, tendo essas que prestar serviços com exclusividade e recebendo todos os insumos necessários à prestação de serviço pela contratante.

É bastante lógico por todos os fatos levantados na fiscalização que a prestadora/contratada (Recorrente) está à disposição da tomadora/contratante de serviços.

Enfim, todas as características para se configurar a locação de mão de obra estão presentes no caso em análise. Dessa forma, não há como negar a execução de atividade impeditiva de permanência no Simples.

A Recorrente destaca em seu recurso voluntário que a fiscalização teria desconsiderado a sua personalidade jurídica, contudo entendo que isso não procede, porque o objeto do processo é a prestação por parte da empresa de atividade vedada – locação de mão de obra. A personalidade jurídica da empresa está mantida, é tanto que ela está sendo excluída do Simples como empresa, não há qualquer informação no processo de estar o Fisco considerando a inexistência da empresa. Pelo contrário, tanto que atribui a essa a prestação de locação de mão de obra.

Diante disso, os argumentos de desconsideração da personalidade jurídica não se sustentam.

É oportuno registrar que a Recorrente, não obstante o esforço em rebater a fiscalização, não se contrapôs à imputação de prática de atividade vedada. Ela fez inúmeras dilações e raciocínios quanto à legalidade da empresa e da relação dessa com as demais empresas envolvidas na fiscalização, mas não comprovou que não exercia atividade impeditiva, quando esse é o objeto do processo.

Imagina-se que as demais empresas do grupo podem ter sofrido autuações de sobrepostas pessoas, mas esse não é o caso do presente processo.

Quanto ao argumento de que o lançamento do crédito tributário não pode ser realizado, até o fim do processo em curso, esse não deve prosperar. Tal questão já possui posição consolidada no CARF, conforme a súmula abaixo:

Súmula CARF nº 77:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Em relação aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples, dispõe no art. 15, II, da Lei nº 9.317/1996, na redação dada pela Lei nº 9.732/1998, que os efeitos da exclusão são retroativos à data da situação excludente, conforme se verifica abaixo:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

II - a partir do mês subsequente àquele **em que se proceder à exclusão**, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998)

Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.158-35 de 24/08/2001, em seu art. 73, modificou-o novamente, trazendo a redação quase ao original:

Art. 73. O inciso lido art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

(.)

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9

A Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003, no seu art. 24 definiu:

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

II - a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 20;

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

I - do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001;

II - de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

No caso em apreço, a empresa Contribuinte optou pelo regime simplificado de tributação e a sua exclusão só foi formalizada em 07/11/2003 com o recebimento do Ato Declaratório Executivo nº 041, de 21 de outubro de 2003, cujos efeitos retroagem a partir de 01/01/2002.

Nesses termos, considerando que os efeitos da exclusão devem obedecer a legislação vigente à época do Ato Declaratório de Exclusão do Simples, deve permanecer a exclusão com efeitos a partir de 01/01/2002.

No tocante às alegações de inconstitucionalidade apontadas no recurso voluntário, a esse Conselho de Recursos Fiscais é vedado tratar de inconstitucionalidade de lei, conforme Súmula 2 do CARF: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Isto posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes