



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

Processo n° 13982.000193/2009-81
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1301-003.083 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de maio de 2018
Matéria EXCLUSÃO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA
Recorrente CLEMENTE GALON - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008

ATO DE EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. LOCAÇÃO MÃO-DE-OBRA. CABIMENTO

Deverá haver a exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação, como o exercício da atividade vedada de locação de mão-de-obra.

Deverá haver a exclusão do Simples Federal, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação, como o exercício da atividade vedada de locação de mão-de-obra, com efeitos a partir do exercício da atividade impeditiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, Roberto Silva Junior, Jose Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Amelia Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente, justificadamente, a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 01-27.573, proferido pela 2ª Turma da DRJ/BEL, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata-se de manifestação de inconformidade (fls. 67/84) protocolizada em 17/07/2009, contra Exclusão do Simples Nacional – ADE n.º 020, de 08 de abril de 2009, que retificou o Ato Declaratório n.º 014, de 23 de março de 2009, e contra Exclusão do Simples Federal Ato Declaratório Executivo DRF/JOA n.º 013, de 23 de março de 2009.

*2. A exclusão deu-se em face ao disposto nos artigos 9o , inciso XII, “f”, e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, observadas as alterações posteriores, em razão da constatação do exercício de atividade vedada (**locação de mão-de-obra**) e de acordo com o disciplinamento constante do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, em razão da constatação do exercício de atividade vedada (**locação de mão-de-obra**).*

3. Segundo Representação Administrativa (fls. 01/08) para exclusão do Simples, a locação de mão de obra ficou caracterizada devido ao contrato de prestação de serviços com a empresa STARKFEST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA CNPJ nº 73.650.939/00017 e aos fatos de qualificam a subordinação dos empregados da contratada aos ditames da contratante:

“(…)

A empresa acima referenciada legalmente constituída, estabelecida à Rua Aracaju, 113, Centro, em Pinhalzinho/SC, tem como atividades econômicas principal e secundária, descritas na Declaração de Firma Mercantil Individual:

"indústria de confecções em geral" e "prestação de serviço de facção", respectivamente. A empresa exerce, de fato, a atividade de "prestação de serviços". Optou pelo SIMPLES FEDERAL em 17/03/1997 e excluído em 30/06/2007. Incluído no SIMPLES NACIONAL em 01/07/2007.

(...)

2) Em procedimento fiscal na empresa CLEMENTE GALON MPF nº 0920300.2008.00633 foram constatados como seguem:

O prédio onde está localizado a Empresa é de propriedade da empresa STARKFEST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA CNPJ nº 73.650.939/0001-75. O endereço social da empresa Clemente Galón é Rua Aracaju, mesmo endereço da Starkfest, com numeração diferenciada, pois trata-se de prédios separados, mas dentro do mesmo lote urbano nº 01, da quadra nº A6, conforme podemos certificar através da Certidão juntada à fls. 17 a 20 e da fotografia constante à fls. 37.

Ficou comprovado por esta fiscalização e demonstrado nas fotografias, constantes à fls. 38, que somente a empresa STARKFEST possui placa de identificação da empresa situada na parte interna do prédio.

As empresas CLEMENTE GALON e STARKFEST IND. E COM. DO VESTUÁRIO LTDA apresentam todos os seus funcionários, inclusive sócios-gerentes, trabalhando no mesmo local, ou seja, no mesmo endereço da STARKFEST. Podemos verificar através da foto juntada à fls. 39 a existência de uma rampa de ligação entre as empresas, o que demonstra que essas empresas se fundem num só estabelecimento.

O Sr. ANECLETO GALON efetuou um "**CONTRATO DE COMODATO**" em 02/07/1999, cópia anexo às fls 13 e 14, no qual dá em comodato à empresa CLEMENTE GALON, um barracão industrial, em alvenaria, com área aproximada de 240,00 m², localizado no mesmo lote da quadra onde se localiza a empresa STARKFEST. (vide fotografia fls. 37);

Consultando o sistema informatizado da Receita Federal Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (cópias anexas às fls. 11 e 12), constatamos que a descrição das atividades econômicas, principal e secundária, de ambas as empresas (CLEMENTE GALON e STARKFEST) é a mesma: "**Confecção de peças de vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida**" e "**facção de peças do vestuário, exceto roupas íntimas**", respectivamente.

O controle de ponto das duas empresas (CLEMENTE GALON e STARKFEST) é realizado por meio eletrônico, através da impressão digital. Esse equipamento que controla a entrada e saída dos empregados encontra-se próximo à entrada do prédio onde funciona a empresa CLEMENTE GALON, (ver fotografias às fls. 40).

Constatamos através dos documentos apresentados que, nas notas fiscais e faturas (cópias anexas, por amostragem, às fls. 22 a 36), houve prestação reiterada de serviços exclusivamente para a empresa STARKFEST IND. E COM. DO VESTUÁRIO LTDA. As notas fiscais em questão se referem a prestação de serviços conforme estabelecido em contrato; Assim, solicitou-se a

apresentação do contrato de prestação de serviços estabelecido entre a empresa tomadora (STARKFEST) e a prestadora (CLEMENTE GALON), o qual foi anexado por cópia ao processo, às fls. 15 e 16.

Essa prática evidencia que se trata apenas de uma situação de "burla" à Lei do SIMPLES, prejudicando sobretudo os cofres da Previdência Social, além das Terceiras Entidades vinculadas às atividades do comércio.

Conforme Contrato de Prestação de Serviço (cópia às fls. 15 e 16) todo o material utilizado para confecção das peças, tais como: modelagem, tecido, etc..será fornecido pela contratante STARKFEST. Bem como as despesas de água, energia elétrica e telefone serão suportadas pela STARKFEST.

Ressaltamos que não há lançamentos contábeis na empresa CLEMENTE GALON, referentes às despesas básicas e indispensáveis, como por exemplo: material de limpeza, material de higiene, tesouras, agulhas, linhas, papéis, canetas, arquivos, etc... Curioso é que a empresa Clemente Galon possui contabilizado um computador e uma impressora e não existem registros contábeis de aquisição de papéis, cartuchos para impressora e outros materiais inerentes ao funcionamento desses equipamentos.

Ressaltamos também que o mesmo escritório contábil presta serviço para as duas empresas: CLEMENTE GALON e STARKFEST, sendo que a empresa CLEMENTE GALON não registra despesas com pagamentos de honorários contábeis.

Dessa forma, podemos afirmar que as despesas registradas na contabilidade da empresa CLEMENTE GALON são basicamente os salários, encargos, impostos e despesas bancárias, não havendo registros contábeis das demais despesas operacionais.

É relevante mencionar que as receitas auferidas pela empresa CLEMENTE GALON são resultantes exclusivamente da prestação de serviço à empresa STARKFEST.

Observamos, conforme leitura ao Contrato de Comodato, constante às fls. 13 e 14, que na cláusula 4a ficou estabelecido que: ***"A COMODATÁRIA é obrigada a conservar, como se seu fosse o imóvel cedido a título de empréstimo gratuito, devendo ressarcir o COMODANTE pelos danos que causar"***. No entanto, em todo período fiscalizado (01/01/2004 a 31/12/2007) não encontramos nenhuma despesa referente à manutenção do imóvel.

Verificamos também que esse contrato de comodato é apenas do imóvel e analisando os lançamentos contábeis verificamos que a empresa CLEMENTE GALON possui em seu Ativo Imobilizado Conta nº 1.3.2.01.01.003 Máquinas e Equipamentos, o seguinte: 02 (duas) unidades automáticas para costurar tecidos, uma máquina para costurar debrum e uma máquina de cortar tecido, máquinas essenciais para o desenvolvimento da atividade fim da

empresa. O que nos causa estranheza é que a empresa possui em média 90 empregados e apenas quatro instrumentos de trabalho. Isso nos leva a crer que as demais máquinas e equipamento são fornecidos pela empresa STARKFEST

Verificamos através das demonstrações contábeis que a empresa CLEMENTE GALON não contabilizou as despesas provenientes da manutenção de máquinas e equipamentos, para os exercícios de 2004 a 2006. Observamos que a empresa contabilizou no exercício de 2007 apenas duas notas fiscais, no montante de R\$ 686,00.

Constatamos que a empresa CLEMENTE GALON, no período verificado por esta fiscalização (01/01/2004 a 31/12/2007), não efetuou distribuição de lucro e tampouco há pagamento de pró-labore ao dirigente. Salientamos que a empresa apurou um prejuízo acumulado em 31/12/2007, de R\$ 209.669,28. Analisando os registros contábeis verificamos que o capital social integralizado da empresa é de R\$ 90.000,00, resultando dessa forma um Passivo a descoberto de R\$ 119.669,28;

Entre os empregados que compõem ou compuseram a folha de pagamento da empresa CLEMENTE GAOLN os seguintes empregados também fizeram parte dos quadros da empresa STARKFEST . Conforme demonstrativo abaixo, os empregados deixavam os quadros da empresa STARKFEST e eram imediatamente admitidos, na mesma função, na empresa CLEMENTE GALON:

(...)

Ao se cotejar as relações de cargos e funções das empresas verificamos que os empregados da empresa CLEMENTE GALON e STARKFEST exercem diversas funções ligadas à atividade-fim da "empresa contratante" (STARKFEST). A título de exemplo podemos citar as funções de supervisor, confecções de roupas, costureiras, operador de máquinas de bordado e escriturários. Outro fato que nos causa estranheza é que a empresa STARKFEST atualmente não possui empregados na área administrativa. Os empregados que executam essa tarefa (parte administrativa) são registrados na empresa CLEMENTE GALON. Enfim, a empresa STARKFEST (empresa não optante do SIMPLES) possui número reduzido de empregados, que citamos como exemplo o mês de competência 12/2007, apenas 05 empregados, enquanto que a empresa CLEMENTE GALON, nesse mesmo mês possui 93 empregados.

2.16 A empresa é "Firma Individual" em nome do Sr. CLEMENTE GALON, irmão do Sr. Anecleto Galon, sócio majoritário da empresa STARKFEST.

2.17 Salientamos que a empresa CLEMENTE GALON nomeou e constituiu sua Procuradora, conferindo plenos poderes a Srta. FRANDRIÉLI GALON, filha do Sr. Anecleto Galon, conforme Procuração registrada na folha nº 139 do Livro nº 05 do Tabelionato Rui Rolim de Moura, em Águas Frias/SC (cópia à

fls. 21 e verso), **"para o fim especial de gerenciar a empresa outorgante, podendo para tanto: pagar e receber contas, promover cobranças amigáveis e judiciais, assinar recibos e quitações, movimentar contas bancárias em quaisquer estabelecimentos de crédito, emitir e endossar cheques, depositar e retirar quaisquer quantias, verificar saldos bancários, requerer talonários, abrir e encerrar contas bancárias, endossar e assinar duplicatas e descontá-las; endossar cédulas de crédito comercial, duplicatas mercantis, e de prestação de serviço, letras de câmbio e quaisquer outros títulos de crédito, inclusive na forma de contratos, autorizar a emissão de ordens de pagamento, transferências interbancárias de recursos, assinar correspondências, requerimentos e outros papéis decorrentes da atividade de gestão que envolvem a função sócio-gerente, admitir e despedir empregados, representar a empresa em quaisquer repartições públicas federais, estaduais, municipais e autarquias, e bem perante o Instituto Nacional de Previdência Social, Receita Federal, Empresa Brasileira e Correios e Telégrafos, inclusive perante as empresa concessionárias de serviços públicos em geral; representá-la em juízo, instâncias ou tribunal, inclusive Justiça do Trabalho; constituir procuradores com poderes para o foro em geral inclusive os da cláusula ad e extrajudicial, propor e variar de ações, acordar, transigir, recorrer, interpor recursos, e ainda, para requerer falências, conceder ou embargar concordatas, fazer declarações de crédito, desistir, firmar compromisso e praticar enfim tudo o mais que preciso for, mesmo aqui omitido, para o bom, fiel e integral desempenho do presente mandato (grifamos)."**

Como depreendemos da leitura dos poderes conferidos à outorgada, a efetiva administração da empresa CLEMENTE GALÓN era e é exercida pela Srta Franciéli Galon, filha do Sr. Aneleto Galon, sócio-gerente da empresa STARKFEST.

2.18 É importante destacar ainda, que mesmo se não houvesse esses vínculos familiares entre os sócios das empresas, e a **"estranha"** coincidência no endereço de ambas as empresas, a empresa CLEMENTE GALON desde o início de sua prestação de serviços exclusiva à empresa STARKFEST, conforme constatou esta fiscalização, estaria de pronto executando atividade vedada pelo artigo 9º, XII, alínea "f" da Lei nº 9.317/96 (LEI DO SIMPLES) e art. 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123/2006, pois é nítida que a prestação dos serviços é dada por locação de mão-de-obra, a medida que todo o potencial de mão-de-obra está à disposição da contratante (STARKFEST), e em suas dependências físicas.

3) Deste modo, resta evidente a intenção da empresa não optante pelo SIMPLES de EVADIR-SE de suas obrigações previdenciárias ao constituir uma empresa optante pelo SIMPLES, simulando a existência desta, ou seja, SIMULAR significa aparentar algo que não existe.

Esta prática se utiliza dos artifícios que emprestam às simuladas empresas características aparentemente legais, o que permite gozar do tratamento tributário especial estabelecido pela Lei n. 9317/96, de 05/12/1996, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES e da Lei Complementar nº 123/2006, exonerando-as das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários cota patronal.

A Constituição Federal prevê o tratamento tributário especial apenas às micro e pequenas empresas. Este tratamento não alcança aquelas empresas que se utilizam de artifícios ilícitos para alcançar suas benesses

4) A atividade desenvolvida pelo sujeito passivo (CLEMENTE GALON) praticante dos fatos ora representados, em relação à tomadora de serviços TARKFEST IND. E COM. DO VESTUÁRIO LTDA, caracteriza cessão de mão-de-obra, nos termos do § 3.º do art. 31 da Lei 8.212/1991, *in verbis*:

"§ 3o Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."

De fato, são prestados serviços contínuos, há colocação de segurados à disposição da empresa tomadora de serviços e tal prestação se dá nas dependências da contratante.

5) Dispõe a Lei 9.317/96:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica (...) - que realize operações relativas a(...)

f) prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra".

Do mesmo modo dispõe a Lei Complementar nº 123/2006:

"Art. 17 Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

6) Diante do exposto e evidências podemos reforçar o pedido de exclusão do SIMPLES também pela "constituição de empresa por interposição de pessoas", como dispõe a legislação a seguir:

Lei nº 9:317/1996, art. 14, inciso IV:

"constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou titular, no caso de firma individual

Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, inciso IV:

"a sua constituição por interpostas pessoas"

Segundo o "Aurélio", interpostas, são aquelas que, sem ter o legítimo interesse, aparecem em um ato jurídico como parte, a fim de ocultar o verdadeiro interessado, que por motivos quase sempre ilícitos, não quer aparecer.

Pelo exposto acima, a empresa tratada na presente representação pratica, pois, atividade vedada à opção pelo SIMPLES.

De acordo com a Lei 9.317/199&~a pessoa jurídica que praticar atividade vedada à opção pelo SIMPLES deverá solicitar sua exclusão do Sistema; caso não o faça, deverá ser excluída de ofício, conforme segue:

"Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.(...)

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada: (...)

b) até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão, nas hipóteses dos demais incisos do art. 9º e da alínea "b" do inciso II deste artigo.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I -exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2o do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica; (...)"

9) Dispõe também a Lei Complementar nº 123/2006:

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

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

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

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

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

10) Diante do exposto, requer o acolhimento desta representação.”

4. O contribuinte, cientificado em 22/06/2009 (fl. 65), apresentou manifestação de inconformidade (fls. 67/84) protocolizada em 17/07/2009, através da qual vem alegar, em resumo, que:

“

(...)

O contribuinte em tela, quando do seu registro como firma mercantil individual, na data de 25/02/1997 Registro junto a JUCESC sob n. 42102704478 de 17/03/1997 se encontrava em determinada situação e local. O desenvolvimento da atividade iniciou-se no endereço situado na Rua João Pessoa, s/n, Edif. Rogério Rolim de Moura, Bairro Centro, na cidade de Pinhalzinho, Santa Catarina. No seu objeto social, quando do seu registro como Firma Mercantil Individual, já prestava serviço de facção e industria de confecção em geral, não alterando até a presente data. Ocorre que com o passar do tempo, começou prestar serviço de facção, ou seja, prestação de serviço de costura industrial por encomenda. Como o local onde desenvolvia a atividade era locado e já prestava serviço para a empresa Starkfest, surgiu a oportunidade de não pagar mais locação e ampliar a sua atividade econômica. Assim, foi feito um contrato de comodato com um barracão de 240 m² da empresa Starkfest, que é separado do barracão da sede da empresa Starkfest, tem acesso pra rua, alvará de localização, tudo regularizado, veja que se fosse pagar o aluguel e as demais despesas, se deveria embutir no custo e transferi-lo no valor da prestação de serviço. Por um lado a empresa recebe o valor da locação e por outro, paga o aluguel e as despesas embutido na prestação do serviço.

No tocante ao imobilizado, a autoridade fiscal não empreendeu todas as diligências que lhe cabia. Bastava verificar in loco os equipamentos que existiam no barracão sede que existiam mais equipamentos do que os encontrados na contabilidade. Estes equipamentos, também foram cedidos na forma de comodato, conforme se extrai da cópia dos contratos em anexo.

O que ocorreu de fato, é que logo após a transferência da firma mercantil para o endereço atual, o titular e empresário Clemente Galon, começou a ter problemas de saúde e não pode continuar a frente do seu negócio, outorgando procuração. O titular começou

a ter problemas relacionados com o sistema cardíaco, efetuou tratamento por um longo período, culminando com intervenção cirúrgica na data de 22 de abril de 2009, conforme pode ser demonstrado com cópia do atestado em anexo.

Certo é, que em face desta ausência, os negócios não andaram como deveria, mas sempre honrou com os compromissos, basta se verificar que não há nenhum título protestado, débito tributário pendente ou ação de cobrança ou execução em andamento.

Desta forma, necessário se fazia a nomeação de um procurador para a administração do negócio, perfeitamente adequado ao ordenamento jurídico vigente.

Ocorre, que por uma interpretação pura e simples do ponto de vista formal da ordem tributária, destoadada em relação às demais circunstâncias, se interpreta que o fato do Senhor Clemente Galon ser irmão do sócio-gerente da empresa Starkfest e a Senhora Franciele Bugnotto ser filha do sócio-gerente da Starkfest, tudo é uma única coisa.

Ocorre, que se considera locação de mão-de-obra, quando uma empresa locadora coloca seus empregados à disposição da locatária para executar trabalhos temporários, em local por esta determinado. No caso concreto, não há por parte da empresa Starkfest uma determinação do local onde os funcionários devam prestar o serviço, assim não está caracterizado a locação de mão-de-obra .

O imóvel onde o contribuinte está localizado é de propriedade da empresa Starkfest, que o cedeu ao Contribuinte sob o regime de comodato, mas esta não possui nenhuma gerência no imóvel e sobre os seus funcionários. Não se caracterizando locação de mão-de-obra, não merecendo prosperar o Auto de infração.

No tocante a cessão de mão-de-obra, as normas específicas a respeito dessa matéria foram disciplinadas pela **Ordem de Serviço INSS/DAF N° 209, de 20/05/1999**. O Regulamento da Previdência Social define **cessão de mão-de-obra** como sendo a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n° 6.019/74.

Enquadram-se como serviços realizados mediante **cessão de mão-de-obra:**

limpeza, conservação e zeladoria; vigilância e segurança; construção civil; serviços rurais;

digitação e preparação de dados para processamento; acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos; cobrança;

coleta e reciclagem de lixo e resíduos; copa e hotelaria;

corte e ligação de serviços públicos; distribuição; treinamento e ensino;

entrega de contas e documentos; ligação e leitura de medidores;

manutenção de instalações, de máquinas e equipamentos; montagem;

operação de máquinas, equipamentos e veículos; operação de pedágios e terminais de transporte; operação de transporte de cargas e passageiros; portaria, recepção e ascensorista; recepção, triagem e movimentação de materiais; promoção de vendas e eventos; secretaria e expediente; saúde; e

telefonía, inclusive telemarketing.

Em nenhum destes trabalhos, está incluído a costura industrial por encomenda, e também não ficou caracterizado, que a empresa Starkfest comandava os funcionários do contribuinte.

O STJ vem entendendo, que não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante, submetidos ao poder de comando deste (art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91). Precedente: EDcl no AgRg no REsp 584.890, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, D.J. de 28". 02.2005.

O § 4º do art. 31 da Lei 8.212/91, dispõe que se enquadram na situação prevista no parágrafo anterior, **além de outros estabelecidos em regulamento**, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

No regulamento Decreto 3.048/99, através da redação do parágrafo 2º do art. 219, em nada inovou em termos de inclusão de outras atividades, senão vejamos:

"Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

IV - serviços rurais;

V - digitação e preparação de dados para processamento;

-
- VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;
 - VII - cobrança;
 - VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;
 - IX - copa e hotelaria;
 - X - corte e ligação de serviços públicos;
 - XI - distribuição;
 - XII - treinamento e ensino;
 - XIII - entrega de contas e documentos;
 - XIV - ligação e leitura de medidores;
 - XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;
 - XVI - montagem;
 - XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;
 - XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;
 - XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão;
 - XX - portaria, recepção e ascensorista;
 - XXI - recepção, triagem e movimentação de materiais;
 - XXII - promoção de vendas e eventos;
 - XXIII - secretaria e expediente;
 - XXIV - saúde; e
 - XXV - telefonia, inclusive telemarketing".

Desta forma, consideram-se cessão de mão-de-obra, somente estas atividades para efeito tributário.

O STJ vem firmando entendimento, que apesar do rol de atividades elencadas no art. 31, § 4º, da Lei nº 8.212/91 (alterada pela Lei nº 9.711/98) não ser taxativo, a inclusão de novos serviços como cessão de mão-de-obra somente pode dar-se por lei ou ato normativo interno do poder público (REsp 587577/RS, Francisco Falcão, DJ de 17.12.2004).

Desta forma, tanto pela concepção de locação de mão-de-obra, como pela cessão de mão-de-obra, não pode prosperar os respectivos Atos declaratórios, pois em ambas as situações, não se configura a exclusão do Simples Federal e Simples Nacional.

(...)

Não há em toda a fundamentação que sustenta a locação de mão-de-obra, desde quando o contribuinte teria infringido a legislação do Simples. A única referência que encontramos, refere-se ao inciso II, do § Io do art. 24 da IN SRF n. 608/06 e com base nisso, afirma que a exclusão deve reportar-se a 01/01/2002.

Como afirma a autoridade fiscal, o contribuinte estava enquadrado no Simples Federal desde 17/03/1997. Portanto, o contribuinte no período de 17/03/1997 a 31/12/2001 estava enquadrado no Simples Federal.

O Inciso I, do Art. 14 da lei. 9317/96, dispõe que a exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das hipóteses de exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

A letra "a" do inciso II do Art. 13, dispõe que a exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á obrigatoriamente, **quando incorrer em qualquer das situações excludente constantes do art. 9º**. Como se extrai da representação Safiz 002/2009, o motivo do desenquadramento é exercer atividade de locação de mão-de-obra, que é impeditiva no enquadramento no Simples.

No objeto social da declaração de empresário, não consta à prestação de serviço mediante locação de mão-de-obra como atividade a ser implementada pelo contribuinte, assim deveria a autoridade fiscal detalhar desde quando o contribuinte exerce essa atividade.

O inciso II do artigo 15 da Lei 9.317/96, dispõe que o efeito do desenquadramento seria a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º.

Caso venha se configurar a locação de mão-de-obra, como não está descrito quanto o contribuinte incorreu na situação excludente, o efeito deve ser considerado a partir do ato declaratório, não podendo retroagir, pois não há nenhuma referência no tocante desde quando o contribuinte começou desenvolver atividade vedada pelo Simples Federal e Nacional.

3. No relatório, item 19, foi mencionado que configurou-se evidente intuito de fraude, afastando-se a aplicação do disposto no § 4º do art. 15 do CTN, e levando-se a contagem do prazo decadencial para efetivação do lançamento e ofício para o disposto no inciso I do art. 173 do CTN.

A apresentação de declarações inexatas, por si só, não comporta a imputação de evidente intuito de fraude, para fins de afastamento do art. 150, § 4º do CTN na contagem do prazo decadencial. E a RFFFP, por sua vez, é comunicação de ocorrência em tese de crime contra a ordem tributária para encaminhamento ao Ministério Público, que muitas vezes irá argüir o dolo elementar na conduta.

Dessa forma, se a autoridade lançadora utilizou o art. 173, I, do CTN, para fins de decadência, sob a justificativa de evidente intuito de fraude, haveria de estar demonstrada nos autos as circunstâncias que conduziram a essa conclusão.

(...)

No presente caso, como o lançamento foi realizado em 17/06/2009 e abrange o período de 01/2004 a 10/2008, tem-se que as competências anteriores a julho de 2004 são decadentes por qualquer um dos dispositivos do CTN que tratam da matéria.

Assim, conforme o entendimento manifestado no parecer PGFN/CAT Nº 1617/2008 acima, por ter havido antecipação de pagamento conforme documentos em anexo, a elas se aplicam a regra contida no art. 150, § 4º do CTN.

Dessa forma, como o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 17/06/2009, as contribuições devidas e não recolhidas, referentes às competências anteriores a junho/2004, encontram-se decadentes, sendo dever de ofício da autoridade administrativa reconhecer esse fato e excluir essas competências deste lançamento.”

Na seqüência, foi proferido o acórdão recorrido, pela 2ª Turma da DRJ/BEL, com o seguinte ementário:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

EMENTA

Deverá haver a exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação, como o exercício da atividade vedada de locação de mão-de-obra.

Deverá haver a exclusão do Simples Federal, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação, como o exercício da atividade vedada de locação de mão-de-obra, com efeitos a partir do exercício da atividade impeditiva.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Após intimada (e-fls. 128), empresa autuada apresenta, tempestivamente, seu respectivo Recurso Voluntário, pugnando pelo provimento, onde apresenta argumentos que serão a seguir analisados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

O recurso apresentado pela empresa autuada é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, dele conheço.

Como relatado, através do Ato Declaratório nº 013, de 23 de março de 2009, e do Ato Declaratório nº 020, de 8 de abril de 2009 (que retificou o Ato Declaratório nº 014, de 23 de março de 2009), a recorrente foi excluída do SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL, por configurar-se a situação impeditiva prevista nos artigos 9º, inciso XII, “F”, e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, observadas as alterações posteriores, em razão da constatação do exercício de atividade vedada (**locação de mão-de-obra**) e de acordo com o disciplinamento constante do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, em razão da constatação do exercício de atividade vedada (**locação de mão-de-obra**).

Segundo a acusação fiscal, a locação de mão-de-obra ficou caracterizada devido ao contrato de prestação de serviços com a empresa STARKFEST (optante pelo lucro presumido) e aos fatos que qualificam a subordinação dos empregados da recorrente (optante pelo SIMPLES) aos ditames da STARKFEST.

De acordo com a fiscalização, através dos documentos coletados (notas fiscais e faturas - fls. 22 a 36), ficou constatado que houve prestação reiterada de serviços exclusivamente para a empresa STARKFEST, sendo que as notas fiscais em questão se referem a prestação de serviços, conforme estabelecido em contrato.

Da análise deste Contrato de Prestação de Serviços (fls. 15 a 16), assinado em 07/07/1999, todo o material utilizado para confecção das peças, tais como: modelagem, tecido, etc., seria fornecido pela contratante STARKFEST, bem como as despesas de água, energia elétrica e telefone também seriam suportadas pela STARKFEST.

Constatou-se ainda que não havia lançamentos contábeis na empresa CLEMENTE GALON, referentes às despesas básicas e indispensáveis, como por exemplo: material de limpeza, material de higiene, tesouras, agulhas, linhas, papéis, canetas, arquivos, etc., como também o mesmo escritório contábil prestava serviços para as duas empresas: CLEMENTE GALON e STARKFEST, sendo que a empresa GALON não registrava despesas com pagamentos de honorários contábeis.

Observa-se ainda, da leitura de um Contrato de Comodato (fls. 13 a 14), também assinado entre as partes, em especial na cláusula 4ª, estabeleceu-se que a recorrente seria obrigada a conservar, como se fosse seu o imóvel cedido a título de empréstimo gratuito, porém em todo período fiscalizado (01/01/2004 a 31/12/2007), não foi encontrado nenhuma despesas referente à manutenção do imóvel.

Assim, de uma forma geral, as despesas registradas na contabilidade da recorrente eram basicamente os salários, encargos, impostos e despesas bancárias, não havendo registros contábeis das demais despesas operacionais.

No que diz respeito às receitas auferidas pela CLEMENTE GALON, verificou-se que eram resultantes exclusivamente da prestação de serviços à empresa STARKFEST.

Entre os empregados que compõem ou compuseram a folha da empresa CLEMENTE GALON, verificou-se que alguns (vários) deles também fizeram parte dos quadros da empresa STARKFEST. Conforme quadro elaborado pela fiscalização, os empregados deixavam os quadros da empresa STARKFEST e eram imediatamente admitidos, na mesma função, na empresa CLEMENTE GALON.

Ao se cotejar as relações de cargos e funções das empresas, a fiscalização constatou ainda que os empregados da empresa CLEMENTE GALON e STARKFEST exercem diversas funções ligadas à atividade-fim da "empresa contratante" (STARKFEST), e que esta empresa (STARKFEST) não possuía, no período, empregados na área administrativa, sendo que os empregados que exerciam esta tarefa eram registrados na empresa CLEMENTE GALON, que possuía, no mês de competência 12/2007, 93 (noventa e três) empregados, enquanto a empresa STARKFEST nesse mesmo mês possuía apenas 05 (cinco) empregados.

Em sede de recurso, afirma a recorrente existir erros na descrição do relatório do Parecer SAFIS nº 002/2009, e entende cruciais para o deslinde da causa.

Inicialmente consigna que apenas mudou-se para a Rua Aracaju, n. 113, na cidade de Pinhalzinho, Santa Catarina, na data de 05.05.2005, não merecendo prosperar, portanto, o desenquadramento retroativo a data de 05.05.2005

Alega que afirmações consignadas no referido Parecer são incorretas, sobretudo quanto aos endereços das empresas aqui referidas.

No entender da fiscalização, declinado no referido Parecer, elas estariam situadas em um mesmo endereço, diferenciando apenas o número (vide CNPJ folhas 11 e 12, porém, conforme se verifica na Certidão juntada as folhas 17 a 20 e na fotografia da folha 37, trata-se do mesmo terreno (lote Urbano n. 01 da Quadra n. A-6), com dois prédios separados.

Por outro lado, a defesa faz juntada de Certidão emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pinhalzinho, dizendo que o imóvel matrícula 7.148, situado no lote Urbano n.01 da Quadra n. A-6, seria de propriedade de Galon S/A Participação e Investimento, CNPJ: 09.409.214/0001-90 e de Fábio Zordan Fraracio, CPF: 099.654.058-08, **e que antes de ser cientificada de sua exclusão**, foi protocolada junto a JUCESC a sexta alteração contratual da STARKFEST, onde em sua cláusula 01, dispõe que os sócios por decisão unânime decidiram que a sociedade passou a partir daquela data (18.03.2009) a estabelecer-se na Rua Aracaju, n. 203, Bairro Centro, na Cidade de Pinhalzinho, /estado de Santa Catarina.

Aduz ainda que procurou saber quem seria o proprietário do imóvel onde passou a STARKFEST estabelecer-se, sendo informada pelo Município de que o proprietário desse imóvel seria a empresa CB LUX, o que comprova, em sua ótica, a impossibilidade de se encontrar todos os empregados trabalhando em um mesmo local.

Dessa forma, ainda de acordo com suas razões de recurso, não haveria como se admitir que os fatos e documentos juntados pela Autoridade Fiscal mereçam fé, pois, sequer

n. predial 113 estaria localizado no referido lote Urbano n. 01 da Quadra A-6, não havendo prova nos autos de que o endereço da recorrente realmente se localizava neste lote.

Em que pese suas ponderações, entendo que não lhe assiste razão.

A discussão acerca de endereço onde se encontram estabelecidos as empresas locatária e locadora de mão-de-obra, não é o centro da controvérsia destes autos. Controverte-se nos autos a existência ou não da prática de atividade vedada, qual seja, a locação de mão-de-obra.

Neste tipo de atividade, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade, sendo, assim, responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), para execução dos serviços em sua sede, ou em outro local, porém, a seu mando, independente se o estabelecimento do prestador se encontra situado nas proximidades físicas do estabelecimento do tomador. Importa ao caso que a empresa tomada detenha o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

No caso dos autos, a locação de mão-de-obra restou caracterizada devido à notas fiscais emitidas e ao contrato de prestação de serviços com a empresa STARKFEST, e aos fatos que qualificam a subordinação dos empregados da contratada aos ditames da contratante. Esta mantinha o controle do imóvel e do acesso dos funcionários, era proprietária da maior parte das máquinas utilizadas no trabalho, enfim, detinha a locatária o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

Portanto, sendo o caso de locação de mão-de-obra, entendo correta a expedição do Ato Declaratório Executivo em referência, pois não há que se falar em adesão ao Simples nesta hipótese (artigos 9º, inciso XII, “f”, e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006).

Quantos aos efeitos da exclusão do Simples, também não há reparos a fazer do que restou decidido pelo Colegiado da DRJ, que manteve os efeitos consignados nos Atos Declaratórios atacados pelo sujeito passivo. Assim, mesmo observando que no objeto social da declaração de empresário não constava a prestação de serviço de locação de mão-de-obra, esta de fato era a atividade do contribuinte desde 1999, conforme contrato celebrado e datado de 02/07/1999 (fls. 15 e 16) e demais razões consignadas acima.

Conclusão

Portanto, correta a expedição do Ato Declaratório Executivo nº 020 (que retificou o Ato Declaratório nº 014, de 23 de março de 2009) e Ato Declaratório Executivo nº 13, e os efeitos decorrentes, pelo Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joaçaba/SC, excluindo a empresa recorrente do Simples Federal e Nacional.

Isso posto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

Processo n° 13982.000193/2009-81
Acórdão n.º **1301-003.083**

S1-C3T1
Fl. 191
