



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

Processo nº 16007.000198/2009-48
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.090 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de novembro de 2013
Matéria SIMPLES
Recorrente R.S. ROCHA - TRANSPORTES - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO E/OU CESSÃO DE MAO-DE-OBRA.

A pessoa jurídica que presta serviços de cessão/locação de mão-de-obra, não pode optar pelo Simples Federal, por determinação legal, portanto, cabe sua exclusão.

EXCLUSÃO. CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Dar-se-á exclusão de ofício quando a pessoa jurídica tiver sido constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiro sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual.

Recurso desprovido.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

Assinado digitalmente

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

Assinado digitalmente

Maurício Pereira Faro – Relator

Participaram do julgamento os conselheiros Jorge Celso Freire da Silva, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Sergio Luiz Bezerra Presta, e Mauricio Pereira Faro.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo contribuinte contra acórdão que julgou procedente em parte o auto de infração. Por bem resumir a questão ora examinada, adoto o relatório do órgão julgador *a quo*:

Trata o processo, de exclusão da contribuinte acima identificada do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES (Federal), a partir de 01/01/2005, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/ São José do Rio Preto/SP, nº 018/2010 (fl. 195), e Despacho Decisório/Sacat no 094/2010 (fls. 193/194), tendo em vista o exercício de atividade vedada e a constituição da pessoa jurídica com interposição de pessoa, conforme o disposto na Lei nº 9.317, de 1996, art. 90, XII, f, e art. 14, IV.

Além disso, trata de exclusão da contribuinte do Simples Nacional, a partir de 01/01/2008, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/ São José do Rio Preto/SP, nº 019/2010 (fl. 198), e despacho decisório nº 095/2010 (fls. 196/197), tendo em vista o exercício de atividade vedada e a constituição da pessoa jurídica com interposição de pessoa conforme o disposto na Lei Complementar nº 123, arts. 17, XII e 29, IV.

*De acordo com os referidos despachos, embora conste da Declaração de Firma Individual a atividade econômica "transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, interestadual e internacional", a contribuinte realiza "**prestação de serviços com cessão/locação de mão-de-obra**", conforme definido no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998, atividade considerada impeditiva*

para a opção pelo sistemas simplificados de tributação. Além disso, segundo informado nos respectivos despachos, teria sido constituída a pessoa jurídica por interpostas pessoas — que não são os verdadeiros sócios ou acionista, ou titular de firma individual.

Ciente dos ADE(s) e dos despachos decisórios em 01/03/2010, a contribuinte ingressou em 30/03/2010 com a impugnação de fls. 207/226, na qual refuta as exclusões, apresentando, em suma, os seguintes argumentos:

Atividade da empresa

*A exclusão da empresa do Simples Nacional não pode prosperar, constituindo-se em excesso de rigorismo por parte do Fisco, na medida em que não se levou em consideração que a atividade exercida pela recorrente é caracterizadamente, de fato, "**a prestação de serviço de transporte.**" Em momento algum praticou irregularidades que lhe foram imputadas como consta do relatório fiscal. Logo, a acusação fiscal apresenta inequívoco erro de formação, razão pela qual, os atos declaratórios de n's. 18 e 19 podem e devem ser anulados.*

A empresa celebrou contrato de prestação de serviços de transporte de açúcar e outros serviços internos, mediante utilização de tratores, com a empresa Açúcar Guarani S/A, em 03/05/2005 (fls. 15/21). Esse contrato foi aditado em 04/05/2008 (fl. 22/23) ressaltando no item 7.6 do referido documento que a contratada deve disponibilizar 11 (onze) tratores para a prestação dos serviços contratados enquanto que o item 5.4 reza que o contrato versa sobre serviço de transporte certo, também, que para fazer face à sua finalidade social, a requerente celebrou contrato de comodato com a empresa S.R. Transportes e Serviços Automotivos Ltda (fls. 24/27), motivo pelo qual esta cedeu 11(onze) unidades a título de comodato).

Não obstante a cláusula 1.1 noticie que além dos serviços de transporte de açúcar da fábrica para os depósitos, caberia à recorrente os serviços de limpeza do pátio de cana, roçagem de grama dentro do pátio na área industrial e manuseio de bags, o fato é que a mesma cláusula destaca que referidos serviços seriam executados mediante a utilização de 07(sete) tratores na unidade industrial de Olímpia e 04(quatro) na unidade industrial de Severinea.

É preciso sublinhar, que em momento algum executou os serviços adicionais constantes da referida cláusula, limitando-se tão somente ao serviço de transporte.

Repise-se, a recorrente somente prestou serviço de transporte de açúcar, entulhos, lixo, resíduos, etc..

Nessa linha de equívoco e contradição a empresa Açúcar Guarani sugeriu que nas notas fiscais emitidas pela recorrente constasse a expressão "locação de mão-de-obra" que na realidade não espelha a verdade dos fatos, induzindo a recorrente a erro material, pois, nunca prestou qualquer outro tipo de serviço que não fosse o de transporte.

Para comprovar esse fato incontestável, observe-se que todos os funcionários constantes de seu quadro de pessoal e informados na GFIP (docs. 39/80), foram contratados para operar os onze (11) tratores nos turnos, todos qualificados nas suas respectivas funções de tratoristas e motoristas. Tanto é que a própria contratante Açúcar Guarani, reconheceu o equívoco consignado nos documentos fiscais em relação à locação de mão obra que firmou declarações não deixando dúvida que o serviço prestado pela recorrente era único e exclusivamente de transporte e remoção mediante utilização de tratores.

Com clareza foi declarado que não obstante o objeto do contrato firmado com a empresa R.S. Rocha Transportes —Me, em 3 de maio de 2005, indique de modo genérico a "prestação de Serviços de transportes", pela Contratada à Contratante, de fato "a Contratada concorria apenas e tão somente com os tratores MF 265, bem como com seus respectivos condutores, os quais, eram seus empregados.

Todos os serviços relacionados com a carga e descarga de mercadorias e materiais eram realizados por empregados da Contratante. Da mesma forma, as carretas e equipamentos de apoio utilizados no Parque Industrial para o transporte de materiais pertenciam à contratante. Assim a expressão "locação de mão-de-obra" foi empregada de forma equivocada.

Tendo em vista que a recorrente não realizou locação de mão-de-obra, não é caso de aplicação do disposto no art. 9º, XII, f da Lei nº9.317, de 1996.

Interposição de sócio na pessoa jurídica

Não houve qualquer simulação ou desejo de fraude, mas se isso tivesse ocorrido, o Fisco estaria impedido de qualquer medida coativa, repressiva ou fiscal. Com efeito, é preciso sublinhar que a recorrente foi constituída em 22 de outubro de 2004 (fl.6), enquanto os atos declaratórios. executivos de n.ºs. 018 e 019 (fls. 195 e 198), foram expedidos em data de 10 de fevereiro de 2010 e a recorrente tomou ciência das acusações que pesam contra si em 01 de março de 2010. Assim, entre a constituição e a expedição do ato declaratório, acrescida da data da ciência da recorrente, decorreram mais de 5(cinco) anos, operando contra o Fisco, o instituto da prescrição.

O art. 3º da Emenda Constitucional (EC) nº 42, de 19 de dezembro de 2003, deu nova redação ao artigo 94 das Disposições Constitucionais Transitórias, conferiu tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

No caso específico das empresas de transportes de cargas, estas passaram a ter o benefício da tributação com base no Simples Nacional a partir de 1º de março de 2008, por força da LC nº 127, de agosto de 2007, cujo artigo 1º deu nova redação ao artigo 18 da LC nº 123, de 2006. Assim não resta dúvida que a partir de 01/01/2008, a atividade de transporte de cargas intermunicipal e interestadual passou a integrar o rol das atividades que permitem a tributação instituída para o Simples Nacional.

Em vez de excesso de rigorismo e prepotência, houvesse o representante do Fisco contemplado a requerente com o tratamento diferenciado de que fala a LC nº 42, certamente teria observado que o quadro de pessoal da recorrente, constituído de motoristas e tratoristas habilitados não são os adequados para a prestação de serviços de locação de mão-de-obra, e mais, eles não concordariam e se prestariam a esse trabalho. Segundo a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Recurso Especial decidiu: "há de haver cautela na interpretação da letra da lei, para que não ocorra um exacerbado rigorismo interpretativo que afaste o hermeneuta do melhor processo de compreensão da vontade real do legislador aplicação, no caso, o disposto no art. 2º da Lei nº 9.784, de 28 de janeiro de 1.999.

A recorrente preenche todos os requisitos contidos na legislação para que a acusação seja relevada, principalmente porque não houve prejuízo ao Fisco, nem houve intenção de fraudá-lo. Ressalta que a ocorrência de fraude não se presume, prova-se. A boa fé, esta sim, presume-se, mas a má fé, prova-se. Assim a medida impositiva de exclusão da recorrente do Simples Nacional, seria ilegal.

Embora não seja o objeto dessa manifestação o fato é que, o que ensejou a expedição dos atos declaratórios n's 18 e 19 foi o pedido de ressarcimento da contribuição ao INSS, descontadas nas notas fiscais de prestação de serviços de transporte. Ao postular pela restituição de contribuição à qual não esta sujeito, pois foi descontada ilegalmente, a recorrente acabou sendo duplamente penalizada, pois foi acusada de exercer atividade vedada pela legislação para ingresso no sistema simplificado de tributação, sendo excluída do Simples.

O ato administrativo-fiscal sem motivação adequada e pertinente é ato administrativo nulo, ineficaz, porque sendo sempre vinculado e regrado deve ficar sempre de acordo com as previsões legais pertinentes.

Diante de ,tamanha evidência e de provas tão robustas à luz de uma análise correta é de se concluir que a exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional não pode prosperar.

Finalmente solicita que o inteiro teor da decisão singular seja comunicada ao patrono da requerente, como corolário do seu direito de petição (CF/88, art. 5º X)OIV, a) e que lhe seja assegurado a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção de nenhum, inclusive, juntada de novos documentos.

Analisando a questão, entendeu o órgão julgador *a quo* por julgar improcedente o requerimento do contribuinte, em textual:

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

PORTE – SIMPLES Ano-calendário: 2005

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO E/OU CESSÃO DE MAO-DE-OBRA.

A pessoa jurídica que presta serviços de cessão/locação de mão-de-obra, não pode optar pelo Simples Federal, por determinação legal, portanto, cabe sua exclusão.

EXCLUSÃO. CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Dar-se-á exclusão de ofício quando a pessoa jurídica tiver sido constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiro sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO E/OU CESSÃO DE MAO-DE-OBRA.

A pessoa jurídica que exerce atividades que envolvem locação/cessão de mão-de-obra, por vedação contida em lei, não pode optar pelo Simples Nacional, devendo ser excluída do sistema.

EXCLUSÃO. CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Dar-se-á exclusão de ofício quando a pessoa jurídica tiver sido constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiro sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual.

INTIMAÇÃO. ENDEREÇAMENTO.

Feita a eleição pelo sujeito passivo do domicílio tributário, não se admite domicílio especial no processo administrativo.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTAÇÃO.

O protesto pela juntada posterior de documentação não obsta a apreciação da impugnação e ela só é possível em casos especificados na lei.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Irresignado, interpôs o contribuinte o recurso ora analisado reiterando os argumentos apresentados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Maurício Pereira Faro

Verifica-se do contrato firmado entre a manifestante e a empresa Açúcar Guarani S/A (fls. 15/21):

a) Na cláusula primeira, o objeto do contrato é a prestação de serviços de transportes de açúcar da fábrica para os depósitos, limpeza do pátio de cana, roçagem de grama dentro do pátio na área industrial estabelecida no município de Olímpia —Sp e 4 (quatro) tratores MF256 para utilização na unidade industrial estabelecida no município de Severinia-SP, **todos conforme a necessidade da contratante;**

b) Na cláusula terceira, consta que pelos serviços contratados **e efetivamente prestados** a contratante pagará à contratada, a importância mensal de R\$ 11.806,86, por trator efetivamente disponibilizado pelo período de 24 horas por dia. Do valor indicado, a importância mensal de R\$ 4.722,74, corresponde aos custos com a mão-de-obra utilizada e R\$ 7.084,12, correspondem aos custos com equipamentos empregados na prestação dos serviços objeto deste contrato.

c) Consta da cláusula quarta, no item 4.1, que a contratada deverá fornecer e manter em operação os tratores de sua propriedade bem como os seus respectivos operadores, necessários para a perfeita execução dos serviços ora contratados nos prazos de atendimentos solicitados pela contratante, durante 24 (vinte e quatro) horas por dia. No item 4.13, a contratada se obriga a atender aos chamados da contratante para execução dos serviços descritos na cláusula primeira no prazo máximo de 24 horas a partir da chamada, que poderá ser feita através de telefones, *email*, fax etc.;

d) A cláusula 7.3 determina que a contratada obriga-se a obedecer, rigorosamente, os itinerários e os horários determinados pela contratante, arcando com o ônus decorrente da falta de cumprimento destes.

e) Na cláusula 7.5 consta que a contratante, mediante prévia comunicação poderá efetuar vistorias nos tratores utilizados na execução do objeto do presente contrato, a fim de certificar-se das condições mecânicas e de segurança dos mesmos, emitindo laudo no qual, quando necessário, requisitará os reparos e ou substituição de peças que deverá ser prontamente atendido pela contratada.

Conforme se verifica as fls. 30/37, a contribuinte emitiu notas fiscais que discriminam locação de tratores e **locação de mão-de-obra**, com retenção da contribuição de 11% devida ao INSS.

Ressalte-se, ainda, que os serviços prestados foram efetuados com segurados empregados admitidos na prestadora para exercer a função de **tratoristas**, o que se confirma nos livros "Registro de Empregados" (fls.118/140). Esses empregados que ficaram a disposição da contratante 24 (vinte e quatro) horas por dia, de acordo com a cláusula quarta, item 4.1, também foram informados em GFIP-Guia de Recolhimento do FGTS e Informações Previdência Social (fls. 39/60), como trabalhadores da mecanização agrícola, conforme consulta de vínculo empregatício dos trabalhadores (fls. 81/117).

Assim, constatado que os empregados foram admitidos na prestadora para exercer a função de tratoristas, trabalhadores da mecanização agrícola; os serviços foram efetuados nas dependências da contratante ficando A disposição da contratante 24 (vinte e quatro) horas por dia; as importâncias pagas A contratada foram apuradas de acordo com fatores mencionados no item 3.3 do contrato aditivo, anexo As fls. 15 a 23, o que descaracteriza empreitada por não ser a empresa remunerada pelos serviços prestados como um todo; os serviços são executados nas dependências determinadas pela contratante; os trabalhadores recebem determinações e fiscalização por ordem da tomadora, ficando a disposição desta e fornecendo empregados utilizados na execução dos serviços contratados é de se considerar que a contribuinte preenche os requisitos que caracterizam a locação/cessão de mão-de-obra, conforme definido no art. 31 da Lei nº8.212, de 1991.

Como visto, embora a contribuinte alegue que somente realizou serviços de transporte, as provas contidas nos autos revelam que o os serviços contratados foram efetivamente cessão/locação de mão-de-obra.

Portanto, observada a legislação que rege a matéria, tendo em vista que a contribuinte estava impedida de optar e, portanto, de manter-se no sistema simplificado não há como permitir sua permanência no Simples Federal, tampouco no Simples Nacional.

Constituição da pessoa jurídica com interposta pessoa, não com o verdadeiro sócio.

Além de impedida de ingressar nos sistemas de tributação simplificada, em face da realização de locação de mão-de-obra, a empresa incorreu, também, em outra hipótese de vedação de ingresso, que é a **constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual.**

Conforme se constata dos autos As fls. 28/29, a empresa excluída, representada pela titular Roberta Secchieri Rocha (CPF 225.689.348-09) constitui como seus procuradores, Roberto Aparecido Rocha (CPF 828.384.538-15), pai da titular da firma outorgante, e Edwanil de Oliveira (CPF 072.154.708-73), aos quais **conferiu amplos poderes gerais e ilimitados para o fim especial de gerirem e administrarem a firma outorgante**, etc.

O Sr. Roberto Rocha é sócio administrador da empresa RS Serviços Automotivos Ltda. e sócio de Edwanil de Oliveira na empresa Seveterra-Terraplanagem e Transportes Ltda.

A empresa SR Transportes e Serviços Automotivos Ltda, tendo como sócio administrador o Sr. Roberto aparecido Rocha, firmou Contrato de Comodato (fls. 24/27) com a empresa prestadora de serviços, emprestando para seu uso tratores e equipamentos, os quais foram locados para a empresa tomadora dos serviços Açúcar Guarani S/A, infringindo a cláusula quarta desse contrato, a qual veda cessão A terceiros.

Embora cada uma das empresa possua personalidade jurídica própria, estão sob a direção, administração e controle das mesmas pessoas : Roberto Aparecido Rocha e Edwanil de Oliveira, caracterizando assim a constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas que não são os verdadeiros sócios, no caso, de firma individual. Esse fato, como visto, também impede a empresa de manter-se nos sistemas simplificados.

Ressalte-se que embora a contribuinte tenha em sua manifestação citado a interposição de pessoa na constituição da pessoa jurídica, não apresentou argumentos e provas contrários aos fatos apontados pela Fiscalização.

Sobre a alegada prescrição, em face de o prazo entre a constituição e a expedição do ato declaratório, acrescida da data da ciência da recorrente, ter decorrido mais de 5(cinco) anos, cabe citar o contido na IN SRF nº 608, de 2006, que dispõem nos artigos 20 a 24:

Das vedações à opção

Art. 20. Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

XI- que realize operações relativas a:

e) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-deobra;

Art. 21. A exclusão do Simples será feita mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício.

Exclusão por comunicação

Art. 22. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-6:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 20;

(..)

Exclusão de ofício

Art. 23. A exclusão dar-se-6 de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual; (...)

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;

Como visto, desde a constituição da contribuinte ocorreu hipótese de vedação. Portanto, em obediência ao disposto na norma, deve ser excluída a partir do mês subsequente Aquele em que incorrida a situação excludente, ainda que passado o prazo de cinco anos da opção. O que deve ser respeitado, no caso, é o prazo decadencial previsto no CTN, com relação aos tributos devidos com base no regime de tributação, ao qual deveria se submeter. Todavia, este processo não trata de lançamento de ofício e, portanto, não cabe suscitar sobre tal prazo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

Maurício Pereira Faro - Relator