



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.729171/2015-04
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.323 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2020
Recorrente 3G - COMÉRCIO SERVIÇO E CONSULTORIA LTDA. ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

É vedada no âmbito do Simples Nacional a exploração da atividade de cessão ou locação de mão de obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, no sentido de estabelecer que os efeitos da exclusão ocorrerão a partir de 01/04/2013. Vencido o conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, que votou no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz, André Severo Chaves (suplente convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do r. acórdão nº **16-77.627**, proferido pela 1ª Turma da DRJ/SPO, que, por unanimidade de votos, decidiu julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Trata-se de manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples Nacional (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), aviado no Ato Declaratório Executivo nº 32, de 2 de dezembro de 2015 (fls. 51/52), com efeitos a contar de 27/07/2011, esse fundado no fato de que o Contribuinte explora atividade econômica impeditiva para o regime em causa, a dizer, cessão ou locação de mão de obra (art. 17, inciso XII, da LC nº 123, de 2006).

O Interessado tomou ciência no ato excludente em 28/09/2016 (fl. 56) e se insurge em 27/10/2016 (fls. 58/59, 84). Breve síntese, alega que prestaria "*serviço de apoio administrativo na preparação de documentos para respectivo órgão* [diz-se da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Tocantins, perante o qual vencera procedimento licitatório] e não cessão de mão de obra como exposto no referido ato [refere a ofício feito encaminhar por aquela Superintendência à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Palmas/TO, em que se noticiava o suposto impedimento]" (fl. 58). Demais disso, adianta que resolvera o contrato então firmado com a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Tocantins.

O pleito foi analisado pela DRJ em São Paulo que manteve o r. despacho decisório conforme se observa a seguir:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO: 2011

SIMPLES NACIONAL. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

É vedada no âmbito do Simples Nacional a exploração da atividade de cessão ou locação de mão de obra.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em litígio

Inconformada a Recorrente apresentou Recurso Voluntário em que apresenta preliminar de nulidade reitera as razões de sua inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão por que dele conheço.

Mérito

A Recorrente não inova em seu Recurso Voluntário, motivo pelo qual proponho a confirmação do r. acórdão recorrido no que diz respeito ao mérito do desenquadramento, colacionando para tanto o excerto do voto condutor:

4. Ainda que previsto na Lei de Custeio da Seguridade Social, e ali manipulado para efeitos tributários (mecânica de retenção de tributos pela fonte pagadora, então contratante de serviços executados mediante cessão/locação de mão de obra), considerado o conceito em si mesmo, cessão/locação de mão de obra consta de definição legal perfeitamente utilizável em outros ramos do Direito. Está no art. 31, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009).

[...]

*§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*

§ 4º. Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

5. A Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, em seus arts. 115/116, também regula a espécie:

Seção II

Da Cessão de Mão-de-Obra e da Empreitada

Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º. Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º. Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da 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.

§ 3º. Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Art. 116. Empreitada é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa, de obra ou de serviço, por preço ajustado, com ou sem fornecimento de material ou uso de equipamentos, que podem ou não ser utilizados, realizada nas dependências da empresa contratante, nas de terceiros ou nas da empresa contratada, tendo como objeto um resultado pretendido.

6. O § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, fornece o conceito de cessão/locação de mão de obra; no § 4º do mesmo artigo e Lei estão as formas equiparadas à cessão/locação de mão de obra (pelo menos para efeito de tratamento tributário da retenção de tributos).

7. Sob atenção o § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, percebem-se três critérios distintivos na definição de cessão/locação de mão de obra:

7.1. Os serviços hão de ser prestados nas dependências do contratante (tomador do serviço) ou na de terceiros. Por exclusão, não se caracteriza a prestação de serviço mediante cessão/locação de mão de obra se dito serviço é atualizado nas dependências do contratado (fornecedor do serviço).

7.2. A pessoa natural (segurado) que irá entregar suas forças física e mental a benefício do tomador do serviço ficará a este disponível, a dizer,

permanecerá (a pessoa física) sob suas hostes, debaixo de sua subordinação (do tomador). Esta subordinação, é importante dizer, não é aquela que se tem presente em vínculos trabalhistas (arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 19431), mesmo porque não se estabelece ligação de tal espécie entre a pessoa natural (então disponibilizada pelo prestador de serviço) e o tomador desse serviço. D'outra, sobre como exatamente a pessoa natural (então cedida) deve se portar e executar o específico serviço, dia a dia e durante cada dia, a ordem vem do tomador, sem que daí derive a caracterização de vínculo empregatício entre um e outro.

7.3. O serviço enfim atualizado pela pessoa natural há de ser contínuo. Isso significa que a utilidade (algo imaterial) vinda com o serviço prestado apenas subsiste e só subsiste enquanto a pessoa natural lá estiver e lá atuar. Por outra, o serviço prestado mediante cessão/locação de mão de obra apenas produz utilidade enquanto é prestado. Pela ideia contrária, o serviço prestado mediante cessão/locação de mão de obra não produz utilidade alguma assim que deixado de ser prestado (assim que a pessoa natural que o presta sai de cena). A utilidade vem e se mantém, momento a momento, do próprio ato de prestar. Na prestação de serviço por meio de cessão/locação de mão de obra, não há a perspectiva futura de subsistir utilidade alguma, por tempo razoável, a partir do momento em que se interrompe a prestação. Por exemplo, a contratação de serviço para desenvolvimento de software: antes de concluído, utilidade nenhuma; assim que concluído, depois que a pessoa natural encarregada pelo projeto se retira de cena, de logo e desde ali em diante, independente da pessoa que o concebeu/concretizou, produz e continua a produzir utilidade, por tempo razoável, para o tomador do serviço em questão. Na prestação de serviço por meio de cessão/locação de mão de obra: iniciada a prestação, ato contínuo segue-se a utilidade; finda a prestação, a utilidade se vai, senão imediatamente, em brevíssimo tempo. Em verdade, pode-se dizer que essa é a nota distintiva primeira para a caracterização da prestação de serviço por meio de cessão/locação de mão de obra. As formas equiparadas à cessão/locação de mão de obra previstas nos incisos I e II do § 4º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, o confirmam (pelo menos no quesito *continuidade*²). Afastado que se tenha a pessoa natural que haja de realizar limpeza, conservação, zeladoria, vigilância ou segurança, a utilidade que então vinha de se colher a benefício do tomador, senão imediatamente, há de desaparecer logo após a interrupção da prestação. Aliás, essa especial nota explica o porquê da remuneração percebida pelo contratado: o fornecedor de serviço se remunera porque explora mão de obra alheia e não pela subsistência, com duração razoável no tempo, d'algo novo (material ou imaterial) que se agrega ao patrimônio do tomador assim que finda a prestação.

8. Ao caso concreto, a partir do conceito da prestação de serviço mediante cessão/locação de mão de obra, como visto acima, e também

com atenção a eventual exceção, mormente aquelas tratadas no art. 18º, §§ 5º-B a 5º-I, da LC nº 123, de 2006.

9. Conforme Ofício nº 019/2015/SEAD/SRTE-TO/MTE, expedido pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Tocantins, o Contribuinte em epígrafe venceu licitação para efeito de fornecer ao referido órgão "**serviço de recepcionista, mediante cessão de mão de obra**" (fl. 02; destaques do original), com o respectivo contrato firmado em 12/03/2013.

(...)

12.1. A prestação de objetos que tais (daqueles fornecidos pelo Contribuinte, como antes identificados) há de se dar nas dependências do contratante (tomador do serviço) ou na de terceiros.

12.2. A mão de obra é, percebe-se pela natureza do serviço, posta à disposição do tomador, está sob seu comando e tutela no curso da execução do serviço, a despeito de eventual poder fiscalizatório atribuído ao fornecedor então contratado. Não se nega que essa é uma conclusão amparada em presunção *hominis*³. Mas isso é o que de logo se estima das espécies de serviços até aqui considerados, a menos de prova em contrário. Por exemplo, alguma cláusula em contrato de prestação de serviço que expressamente retire do tomador qualquer ingerência que seja por sobre o pessoal que é posto dentro dos lindes em que desenvolve sua atividade empresária ou, sob sua ordem, colocado no espaço físico de terceiro.

(...)

De outro lado, entendo assistir razão à Recorrente no que diz respeito ao momento do desenquadramento do regime simplificado. Isto porque, em que pese a previsão em atos societários de atividade vedada, só há efetiva comprovação de seu exercício a partir do contrato assinado com a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Tocantins, conforme Ofício nº 019/2015/SEAD/SRTE-TO/TEM.

Assim, entendo aplicável a inteligência da Súmula CARF n. 134, ainda que esta seja aplicável para o Simples Federal:

Súmula CARF nº 134

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

Acórdãos Precedentes:

9101-003.387, 9101-003.487, 9101-002.576, 1101-000.931, 1102-000.932, 1803-000.860 e 302-39.756

Assim, dado que a assinatura do contrato, para efeito de fornecer ao referido órgão "**serviço de recepcionista, mediante cessão de mão de obra**" (fl. 02; destaques do original), deu-se só em 12/03/2013 e o motivo da exclusão do Simples se deu com base na cessão de mão de obra, entendo que somente a partir desta data é que se pode entender estar preenchida a condição prevista na legislação para exclusão do regime simplificado.

Segundo o ADE (fls. 51), a exclusão se fundamenta no artigo 75 da Resolução CGSN nº 94, de 2011, que trata da exclusão de ofício e cuja regulação dos efeitos está disposta no artigo 76 da mesma norma.

Por outro lado, no ADE (fls. 51), embora esteja fundamentado no artigo 75 da Resolução CGSN nº 94, de 2011, o artigo 2º (Art. 2º Os efeitos da exclusão ocorrerão a partir de 01/08/2011, de acordo com o disposto no inciso I do parágrafo único, art. 74 da Resolução CGSN nº 94, de 2011) conferiu os efeitos se embasando no artigo dos efeitos da exclusão por comunicação.

Dessa forma, o motivo ensejador para a exclusão do Simples Nacional, isto é, a data da assinatura do contrato, se deu em 12/03/2013, de modo que os efeitos de exclusão se darão a partir de 1º de abril de 2013.

Ante todo o exposto, voto por CONHECER e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para que a exclusão seja feita partir de 1º de abril de 2013.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto