



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

Processo n° 10630.000262/2005-24
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.733 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria Simples Federal
Recorrente UNIPRESS – PRESTADORA ÚNICA DE SERVIÇOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1999

**EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO
DE MÃO-DE-OBRA.**

Veda a opção pelo Simples e implica a exclusão desse sistema a atividade de locação de mão-de-obra, caracterizada por trabalhos de mão-de-obra intensiva, sem a produção de um resultado determinado, nos quais a contratada (locadora) assume a obrigação de contratar trabalhadores sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico, sendo que os trabalhadores ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, José Roberto Adelino da Silva e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Ato Declaratório 08/2005 (e-fl. 55), da Delegacia da Receita Federal em Governador Valadares, através do qual o contribuinte referenciado foi excluído do SIMPLES FEDERAL "em razão de constatação de situação incluída nas hipóteses de vedação à opção pela sistemática tributária em questão, no caso, locação de mão-de-obra, por força do artigo 9º, inciso XII, alínea f da Lei 9.317/96."

A contribuinte apresentou sua inconformidade (e-fls. 72/79) argumentando:

- em preliminar, que não foi observado o devido processo legal, uma vez que não foi regularmente intimada no processo 10630000262/2005-24;

- no mérito, que, "uma vez presentes todos os requisitos da prestação de serviço pela requerente (1 - direção e fiscalização do empregado pela própria empresa; 2 - subordinação jurídica e econômica do empregado à empresa; 3 - vínculo de trabalho por prazo indeterminado dos trabalhadores com a empresa), não pode a autoridade fiscal pretender transformar esta relação obrigacional de fazer numa relação obrigacional de dar (ou disponibilizar mão-de-obra)".

Ao final, a contribuinte requereu provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial através da prova documental e testemunhal.

A decisão de primeira instância (e-fls. 106/111) julgou a manifestação de inconformidade improcedente, por entender que o contrato de prestação de serviço que deu azo à exclusão do Simples refere-se a serviços de utilização de mão-de-obra intensiva, quais sejam: "administração almoxarifado, transportes, vendas, crediário, caixa, serviços gerais e manipulações de medicamentos". Completou o Acórdão, referindo-se às cláusulas do contrato (e-fls. 45/48):

O Valor pago pela contratante é "equivalente ao número de prestadores de serviços disponibilizados em cada período" (Cláusula Quarta), ou seja, não há pagamento pela produção de um resultado determinado. Conforme a Cláusula Segunda, a responsabilidade pelas obrigações legais para com os empregados é da contribuinte (contratada), mas a própria contratante pode determinar a substituição do prestador de serviço, o que denota que esta detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços (Cláusula Quarta - Parágrafo Primeiro). A continuidade do serviço está caracterizada pelo prazo indeterminado do contrato em comento (Cláusula Quinta).

Em face das características do contrato de prestação de serviço e do constatado em curso de procedimento fiscal, entendo que a prestação de serviços oferecida pela contribuinte se caracteriza, de fato, como locação de mão-de-obra, o que nos termos da legislação regente da matéria afasta-a do SIMPLES.

No que tange ao pedido da contribuinte para produção de provas, o momento para mencionar "os motivos de fato e de

direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir" é na manifestação de inconformidade (art. 16, III, do Decreto n.º 70.235/72).

Cientificada da decisão de primeira instância em 14/05/2009 (e-fl. 122) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 10/06/2009 (e-fl. 128), em que repete os argumentos da manifestação de inconformidade. Complementa a Recorrente que o ADE emitido em 2005 é declaradamente e inconstitucionalmente retroativo. Seus efeitos seriam a partir de 11/2002. Aduz:

Dai porque o princípio constitucional da segurança jurídica deve ser invocado e prevalecido, porque ninguém pode ser atingido por fatos passados ou situações já consolidadas, ainda mais para prejudicá-la, nem mesmo por força de lei, pois senão, afrontarão ato jurídico perfeito e acabado (art. 5º, XXXVI, CF. 88). A empresa optante pelo Simples enquanto não excluída é uma participante de um regime legal, que lhe foi regularmente autorizado pela repartição fiscal.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

O recurso ao CARF é tempestivo. Dele conheço.

Conforme já destacado pela decisão de primeira instância, haveria nulidade se o servidor fosse incompetente para o ato (art. 59, I do Decreto 70235/72), ou se tivesse havido preterição do direito de defesa na fase processual, ou seja, após instaurado o litígio (fase posterior à lavratura do ato pela autoridade fazendária (art. 59, inciso II)). Quanto a competência, tratava-se de Auditora Fiscal legalmente habilitada para atos de exclusão do benefício fiscal e regimentalmente autorizada para a execução do ato (artigo 250 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 030, de 25 de fevereiro de 2005).

No que se refere à segunda hipótese de nulidade, por alegada falta de ciência do ADE, ou das provas que compõe os autos, há que se ressaltar que não vislumbramos caracterizada a preterição do direito de defesa (art. 59, II, do Decreto 70.235/72). Isto porque as fases do contencioso foram todas cumpridas, razão pela qual o próprio contribuinte trouxe à discussão todos os argumentos de defesa.

Quanto ao mérito do recurso, alega a recorrente que o contrato em questão refere-se a prestação de serviço em que mantém a direção e fiscalização de seus empregados, a subordinação jurídica e econômica do empregado e o vínculo de trabalho por prazo indeterminado dos trabalhadores. Não poderia a autoridade fiscal pretender transformar esta relação obrigacional de fazer numa relação obrigacional de dar (ou disponibilizar mão-de-obra) e excluí-la do Simples. A respeito, o artigo 9º, inciso XII, alínea "t", da Lei n.º 9.317/96, prescreve:

*“Art. 9º - Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:
(..)*

XI- que realize operações relativas a (...)

j) prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locução de mão-de-obra; ”

Para melhor entender o conceito de locação de mão de obra que ensejou a referida exclusão, necessário transcrevermos o art. 31 da Lei n.º 8.212/91:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § .5º do artigo 33.

§ 1º. O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§ 2º. Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

§ 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.

§ 4º. Enquadram-se 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;

O que se verifica é que, para que seja caracterizada a cessão ou locação de mão de obra, necessária a presença de dois requisitos, quais sejam, colocação de funcionários à disposição da contratante e prestação de serviços contínuos (CARF, Ac 1301000.805 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária), o que me parece estar configurado neste caso.

Após análise dos contratos e das notas fiscais, restou caracterizada a cessão/locação de mão-de-obra, nos termos definidos pelo art. 31, § 3º, da Lei n.º 8.212/91, isto porque pelo "Contrato de Prestação de Serviços" realizado entre a contribuinte (contratada) e a contratante houve a colocação de funcionários da contratada à disposição da contratante nas dependências que esta determinar e a prestação de serviços contínuos (e-fls. 45/49).

Os efeitos da exclusão foram fixados a partir de 1º de janeiro de 2002 e obedecem ao disposto no art. 15, II, da Lei 9.317/96, regulamentada pelo parágrafo único do artigo 24 da Instrução Normativa SRF nº 355/2003, considerando-se a vigência do contrato (a partir de 1º/08/2001, e-fl. 48).

Ressalte-se que alegações de excesso inconstitucional do legislador ordinário deve ser levado a apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe a verificação da compatibilidade da norma jurídica com os preceitos constitucionais. Estes argumentos são inoponíveis na esfera administrativa. Nesse sentido o art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972.

Pelo exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade e negar provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa