

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

Processo nº 10830.007041/2008-73
Recurso nº 505.595 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.429 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de abril de 2011
Matéria SIMPLES NACIONAL.
Recorrente ALT TEC SERVIÇOS TECNICOS EM GERAL LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

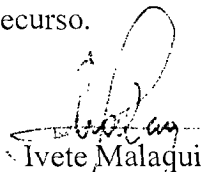
Ano-calendário: 2008

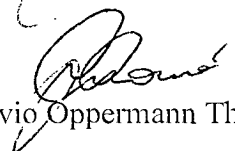
VEDAÇÕES À OPÇÃO. CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

Não pode recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso.


Ivete Malaquias Pessoa Monteiro - Presidente.


João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, João Carlos de Lima Júnior, João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barretto, José Sérgio Gomes, e Manoel Mota Fonseca.

Relatório

Trata o presente processo de exclusão da empresa acima identificada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, promovida pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/PCA nº 24, de 12 de agosto de 2008, sob o fundamento de exercer ela atividade vedada à permanência no referido regime (cessão ou locação de mão-de-obra).

A contribuinte venceu procedimento licitatório e foi contratada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP para a prestação de serviços continuados de atendimento telefônico (Contrato às fls. 4 a 16).

Em atendimento à representação feita pelo Serviço de Programação e Logística – Sepol, daquela Delegacia, foi emitido o Despacho Decisório DRF/PCA nº 931, de 12 de agosto de 2008 (fls. 20 a 24), o qual fundamentou a expedição do ADE de exclusão da empresa do Simples Nacional (fls. 25), com efeitos a partir de 1º de abril de 2008.

Cientificada de sua exclusão, a empresa apresentou manifestação de inconformidade quanto ao referido ADE (fls. 28 a 34), argumentando que, conforme a Cláusula Segunda do Contrato Social da empresa, que reproduz, não há dentre os seus serviços prestados a locação ou mesmo a cessão de mão de obra.

Que a empresa não loca mão de obra, mas sim e antes de tudo, presta os serviços determinados nos objetos das licitações que participa, a exemplo daquela em que participou para a prestação de serviço continuado de atendimento telefônico. Que a prestação de serviços de atendimento telefônico não requer mão de obra especializada e nem tampouco qualificação profissional, requer apenas a prestação dos serviços e nada mais. Que o trabalhador fica sob as suas ordens e subordinação, sendo ela responsável por todos os encargos trabalhistas e sociais, ao contrário da locação ou cessão de mão de obra, em que o trabalhador fica sob o comando do contratante.

Argumenta também que, ainda que realizasse a cessão ou locação de mão de obra, atividade a princípio vedada para a opção ao Simples Nacional, a Lei Complementar nº 123, de 2006, no seu artigo 18, parágrafo 5º, inciso V, determina que, no caso das atividades de prestação de serviços previstas nos incisos XIX a XXVIII do §1º do art. 17 desta Lei Complementar, estas devem ser tributadas na forma do seu Anexo V.

Que o referido §1º do art. 17 justamente estabelece que as vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo, e que a sua atividade estaria prevista no inciso XXVII do mencionado parágrafo, qual seja, a vigilância, limpeza ou conservação.

A 6ª Turma de Julgamento da DRJ em Ribeirão Preto/SP indeferiu o pleito da empresa, ao entendimento de que, muito embora a empresa exerça outras atividades não vedadas à opção pelo Simples Nacional, como observou em sua impugnação, o contrato de prestação de serviços firmado com a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas caracteriza locação de mão-de-obra (Acórdão 14-24.517 às fls. 56 a 62).



Cientificada desta decisão em 31.08.2009, conforme AR de fls. 64, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 02.10.2009, fls. 65 a 71, no qual reprisa todos os argumentos já expostos por ocasião da inicial, e acrescenta, ainda, o que segue (fato novo superveniente).

Que em 14 de outubro de 2008, um mês, portanto, após a data do protocolo da sua defesa inicial, recebeu o Comunicado/DRF/Campinas/Sepol 183/2008 (fls. 72/73), datado de 09 de outubro de 2008, através do qual foi cientificada da decisão de tornar nulo o Pregão Eletrônico nº 02/2008 e, por via de consequência, tornar nulo o contrato celebrado com a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas.

Em suas razões de decidir, alegou a autoridade administrativa que a empresa, aqui Requerente, por ocasião do pagamento do contrato então celebrado, encaminhou à DRF/Campinas documentação onde se verificava ser ela optante pelo regime vedado no Edital, e que diante disso, a DRF/Campinas providenciou a PSFN/Campinas que se manifestou pela anulação do processo licitatório.

Mesmo tendo recorrido de dita decisão que anulou o procedimento licitatório, foi a resp. decisão mantida, mantendo-se, de igual sorte, o entendimento de que a empresa ALT-TEC estaria enquadrada no regime Simples Nacional, impondo-se, dessarte, a anulação do certame e da sua contratação.

Obviamente, no confronto de situações há uma dupla interpretação da situação da empresa pela mesma Delegacia da Receita Federal, pois a anulação do contrato se deu justamente por estar a empresa enquadrada no Simples Nacional, ao passo que a mesma Delegacia a desenquadrou do Simples Nacional, por não poder sê-lo.

Assim, depreende-se, sem muito esforço de raciocínio, que o fato gerador do seu desenquadramento desapareceu, ou seja, a sua condição de participante do regime Simples Nacional não pode mais ser atingida porque a causa do seu desenquadramento foi declarada nula com efeitos *ex tunc*, isto é, desde a sua contratação, desde o início, como declarada nula foi a licitação feita, e operando-se a nulidade do ato principal, nulos são todos os atos praticados depois dele.

Dessarte, sob pena de se cometer uma flagrante ilegalidade, ou dupla interpretação sobre a situação da empresa, não pode prosperar a manutenção do seu desenquadramento do Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, Relator.

A recorrente foi cientificada em 31.08.2009, conforme AR de fls. 64, e no seu recurso apresentado foi carimbada pela repartição competente a data de 02.10.2009, fls. 65.

Entretanto, a empresa não está localizada na mesma cidade da Delegacia da Receita Federal que a jurisdiciona. A empresa está localizada no município de Rio Claro/SP,



onde há uma agência da Receita Federal, subordinada à Delegacia de Piracicaba/SP, município este que dista cerca de 40 km do primeiro.

Na sua peça recursal, a recorrente a datou da seguinte forma: “De Rio Claro p/ Piracicaba, 30 de setembro de 2009.”

O carimbo constante às fls. 65 é o da Delegacia da Receita Federal de Piracicaba, e não da agência de Rio Claro.

Assim, em que pese não estar juntado aos autos o envelope dentro do qual teria sido encaminhado o recurso, entendendo-se ter ele sido enviado pelo correio, é razoável o prazo de dois dias que teria transcorrido entre a postagem, pela recorrente, e o recebimento, pela Delegacia em questão, do referido recurso.

Tal fato, aliado à circunstância de que nenhuma observação foi feita pela Delegacia de origem, por ocasião do encaminhamento do recurso a este Conselho, quanto a uma eventual intempestividade do recurso — que se faria presente caso se tomasse como a efetiva data de sua apresentação o dia 02.10.2009, visto que o trintídio legal ter-se-ia encerrado em 30.09.2009 — levam-me à conclusão de que o recurso deve ser tomado por tempestivo.

Observo que semelhante situação de disparidade de datas ocorreu também por ocasião do envio da sua peça inicial de defesa, embora naquela situação não estivesse em risco de forma alguma a questão da tempestividade, o que reforça meu convencimento acima exposto, na medida em que, portanto, naquela ocasião, nenhum motivo haveria para a recorrente fazer constar na sua defesa aquela mesma observação “De Rio Claro p/ Piracicaba...” que não fosse efetivamente o fato de que a defesa estava sendo encaminhada por via postal (e o envelope, mais uma vez, não se encontra anexo aos autos).

Isto posto, sendo tempestivo o recurso, e preenchidos os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Sustenta a recorrente que ela não pratica a locação ou cessão de mão de obra, mas tão somente presta os serviços previstos no seu Contrato Social, quais sejam: serviços de instalação de acessórios de rastreamento, controle através de microchip ou qualquer outra tecnologia, serviços técnicos de monitoramento eletrônico simples ou integrado, com ou sem o fornecimento de equipamentos, limpeza, técnica e conservação de estabelecimentos, automóveis, aeronaves, embarcações, ônibus e outras instalações, de qualquer natureza, inclusive limpeza técnica hospitalar, jardinagem roçadas, podas de árvores, lavagem e caixa d'água, saneamento, desinsetização, desinfecção, manutenção predial, pinturas e demais serviços relativos à construção civil, serviços de controle, operação e fiscalização de portaria.

Segundo a recorrente, os serviços de atendimento telefônico, que motivaram a exclusão ora contestada, estão inseridos dentro dos serviços de controle, operação e fiscalização de portaria, pois são a eles inerentes. Além disto, são serviços que não requerem mão de obra especializada e nem tampouco qualificação profissional. E que o trabalhador fica sob as suas ordens e subordinação, sendo ela responsável por todos os encargos trabalhistas e sociais, o que descaracteriza a locação ou cessão de mão de obra, pois nesta o trabalhador fica sob o comando do contratante, o que não é o caso.



Analisando-se o referido Contrato para a Prestação de Serviços Continuados de Atendimento Telefônico, celebrado entre a recorrente e a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP, destaca-se a seguinte cláusula:

“CLÁUSULA SEXTA – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

Além das obrigações resultantes da aplicação da Lei nº 8.666, de 1993 e demais normas pertinentes, são obrigações da contratada:

1) Implantar em até 03 (três) dias úteis após o recebimento da autorização de início dos serviços, a mão-de-obra na DRF/Campinas nos horários fixados na escala de serviço elaborada pela Administração, informando, em tempo hábil, qualquer motivo impeditivo ou que a impossibilite de assumir o posto, conforme o estabelecido, inclusive em relação ao posto temporário;

2) Fornecer uniformes, crachás com foto e complementos à mão-de-obra envolvida, conforme descrito a seguir: calça/saia, ...

5) Prever toda a mão-de-obra necessária, adequada e capacitada, para garantir a operação dos postos, nos regimes contratados, obedecidas as disposições da legislação trabalhista vigente;

6) Submeter à CONTRATANTE, antes do início da execução do contrato, a relação de empregados e sua respectiva distribuição nos postos de trabalho;

7) Efetuar a reposição de mão-de-obra no posto, em caráter imediato, em eventual ausência do funcionário que regularmente o ocupa;

8) Manter disponibilidade de efetivo dentro dos padrões desejados para atender eventuais acréscimos solicitados pela Administração (posto adicional, temporário), nos casos de ausência do servidor da DRF/Campinas que desempenha as tarefas de atendimento telefônico (férias, faltas legais e outros), garantindo a continuidade dos serviços durante todo o horário de atendimento ao contribuinte da unidade, não sendo permitida a prorrogação da jornada de trabalho (dobra).

10) Atender de imediato as solicitações quanto a substituições de mão-de-obra, qualificada ou entendida como inadequada para prestação de serviços;

11) Instruir seu preposto quanto à necessidade de acatar as orientações da Administração, inclusive quanto ao cumprimento das Normas Internas de Segurança e Medicina do Trabalho;

18) Treinar e promover treinamentos, às suas custas, para os seus empregados, que executarão os serviços contratados segundo conteúdo programático e carga horária aprovados pelo CONTRATANTE;

(...)

PARÁGRAFO ÚNICO

Os serviços de Telefonistas serão executados pela Contratada, em jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias, de acordo com as seguintes especificações:

A) Atribuições

• Atender polidamente chamados telefônicos internos e externos, operando central telefônica;



- Comunicar os defeitos verificados na central telefônica, ramais e mesas ao responsável pela fiscalização do Contrato de manutenção;
 - Prestar informações de direcionamento relacionadas à repartição;
 - Receber e executar ligações telefônicas;
 - Anotar pedidos de ligações telefônicas e registrar duração, no caso de ligações particulares, para cobrança e controle;
 - Apresentar relatório de atividades;
 - Cumprir determinações e normas estabelecidas pela chefia responsável;
 - Zelar pela segurança, limpeza e manutenção dos equipamentos;
 - Prestar informações aos usuários relativamente a:
 - a) Horário de atendimento do Centro de Atendimento ao Contribuinte; (...)
 - Executar as demais atividades inerentes ao cargo.
- (...)"

Das cláusulas acima reproduzidas, resta claro que os serviços contratados nada tem a ver com serviços de controle, operação e fiscalização de portaria, mas sim com a prestação de serviços continuados de atendimento telefônico, que é o objeto do referido contrato.

Igualmente claro também que é a Contratante quem estabelece as normas e regras para a execução do trabalho. À Contratada compete manter disponibilidade de efetivo suficiente não somente para cumprir o contrato, com reposição em caráter imediato na ocorrência de qualquer ausência de funcionário, como também para atender a eventuais acréscimos temporários solicitados pela Contratante, e para substituir ainda, se for o caso, qualquer mão-de-obra que seja considerada pela Contratante como não qualificada ou inadequada para a prestação de serviços.

Portanto, inequivocamente caracterizada a locação ou cessão de mão de obra, que pode ser definida como o contrato pelo qual a locadora ou cedente assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico, o que inclui o vínculo empregatício com todos os seus encargos trabalhistas e sociais, e pelo qual os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária ou cessionária), que é quem detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

Tem razão a recorrente quando observa que a Lei Complementar nº 123, de 2006, expressamente prevê que as vedações relacionadas no caput deste artigo, entre elas a vedação do inciso XII (empresa que realize cessão ou locação de mão-de-obra), não são aplicáveis às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades relacionadas no §1º do art. 17, entre as quais encontram-se os serviços de vigilância, limpeza ou conservação (atividade da recorrente), desde que as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.



Assim dispunha o artigo 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em sua redação original e vigente à época dos fatos, no tocante à matéria em litígio:

“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;

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

I – creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental;

II – agência terceirizada de correios;

III – agência de viagem e turismo;

IV – centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

V – agência lotérica;

VI – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus, outros veículos pesados, tratores, máquinas e equipamentos agrícolas;

VII – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;

VIII – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;

IX – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

X – serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais, bem como manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos;

XI – serviços de instalação e manutenção de aparelhos e sistemas de ar condicionado, refrigeração, ventilação, aquecimento e tratamento de ar em ambientes controlados;

XII – veículos de comunicação, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, e mídia externa;

XIII – construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;

XIV – transporte municipal de passageiros;

- XV – empresas montadoras de estandes para feiras;*
- XVI – escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais;*
- XVII – produção cultural e artística;*
- XVIII – produção cinematográfica e de artes cênicas;*
- XIX – cumulativamente administração e locação de imóveis de terceiros;*
- XX – academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;*
- XXI – academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;*
- XXII – (VETADO);*
- XXIII – elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;*
- XXIV – licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;*
- XXV – planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;*
- XXVI – escritórios de serviços contábeis;*
- XXVII – serviço de vigilância, limpeza ou conservação;*
- XXVIII – (VETADO).”*

Ocorre que, conforme ao norte exposto, a atividade contratada, mediante cessão ou locação de mão-de-obra, com a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP (prestação de serviços continuados de atendimento telefônico), não consiste em serviço de vigilância, limpeza ou conservação, de sorte a que pudesse fazer gozo da previsão de exclusão da cláusula restritiva antes mencionada.

Assim, verificado que a empresa incorreu em hipótese de vedação prevista pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e que a empresa não comunicou a sua obrigatória exclusão deste regime, cabe à Administração Pública efetuar a exclusão de ofício, mediante termo de exclusão do Simples Nacional expedido pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício, conforme dispõe o § 3º do art. 29, assegurado ao sujeito passivo o contraditório e a ampla defesa. É o que foi feito no caso presente.

Neste quesito, irrelevantes são os argumentos da recorrente no sentido de que o seu Contrato Social não prevê, entre os serviços prestados, a locação ou mesmo a cessão de mão de obra, posto que é a efetiva prática da atividade vedada que determina a sua exclusão, e não a simples previsão de sua realização.



Com relação aos efeitos do ato de exclusão, o artigo 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 2006 é claro ao dispor que a exclusão produzirá efeitos a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, e depreende-se dos autos que os serviços prestados à DRF/Campinas tiveram início em 26 de março de 2008, o que justifica a exclusão da recorrente com efeitos a partir do dia 1º de abril de 2008, conforme foi feito.

Por fim, argumenta a recorrente que, tendo sido tornado nulo o Pregão Eletrônico nº 02/2008 e, por via de consequência, o contrato celebrado com a DRF/Campinas, teria desaparecido o fato gerador do seu desenquadramento.

Não lhe assiste razão quanto ao argumento manejado.

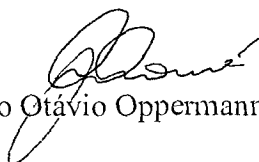
A nulidade do certame (embora este ponto não esteja em litígio no presente processo) foi determinada porque a empresa vencedora (a recorrente) encaminhou Planilha de Custos e Formação de Preços discriminando todos os custos previstos para não optantes pelo Simples, sendo que somente por ocasião do primeiro pagamento é que a DRF/Campinas constatou que a empresa vencedora do Pregão era optante pelo referido regime, sendo de se salientar que o Edital do processo licitatório expressamente vedava a participação de empresas optantes pelo Simples Nacional, justamente em virtude da vedação constante no inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/06. É o que consta na Informação (fls. 74) que acompanha a declaração de nulidade do contrato celebrado com a DRF/Campinas (fls. 73).

Contudo, nem a nulidade do Pregão, nem a consequente nulidade do contrato celebrado com a DRF/Campinas, desfazem o que já ocorrido no mundo fenomênico. Aliás, importa ressaltar que a própria Declaração de Nulidade do Contrato ressalva o dever da Administração de indenizar o contratado pelo serviços executados até a data de sua expedição, que se deu somente em 09 de outubro de 2008, ou seja, após meses de efetiva prestação dos serviços mediante cessão ou locação de mão de obra.

Portanto, nenhuma ilegalidade houve quanto à exclusão da empresa do Simples Nacional, ao contrário, esta era providência que se impunha ante as circunstâncias.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.


João Otávio Oppermann Thomé - Relator