



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.720300/2011-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.093 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de janeiro de 2021
Recorrente NMS REPRESENTACAO COMERCIAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

PROVA. INDEFERIMENTO. VALIDADE.

A prova produzida em processo administrativo tem, como destinatária final, a autoridade julgadora, a qual possui a prerrogativa de avaliar a pertinência de sua realização para a consolidação do seu convencimento acerca da solução da controvérsia objeto do litígio, sendo-lhe facultado indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

SIMPLES. EXCLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO.

Diante da constatação de a receita da recorrente ser oriunda do serviço de cessão e locação de mão de obra, não há como se questionar a correção da exclusão da empresa do Simples Federal e do Simples Nacional.

SÚMULA CARF Nº 76

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar que dos valores de contribuição previdenciária patronal lançados sejam deduzidos os eventuais recolhimentos espontâneos de mesma competência e natureza efetuados na sistemática do Simples Nacional, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Rodrigo Lopes Araújo, Matheus Soares Leite, André Luís Ulrich Pinto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 411/428) interposto em face de decisão (e-fls. 390/407) que julgou improcedente impugnação contra os Autos de Infração AIs nº 37.327.232-4 (Empresa), nº 37.327.233-2 (Segurados) e nº 37.327.234-0 (Terceiros) (e-fls. 02/63 e 248/254), no valor total de R\$ 1.226.445,41, 56.555,08 e 366.793,93, respectivamente, e competências 01/2006 a 12/2008, cientificados em 23/05/2011 (e-fls. 2, 3 e 4). Do Relatório Fiscal (e-fls. 71/78), extrai-se:

25. Tendo em vista que a empresa teve sua exclusão do SIMPLES efetivada com os atos acima descritos (item 23 e 24) e considerando que os efeitos foi retroativo a 01/01/2006 quanto ao Simples Federal e 01/07/2007 relativo ao Simples Nacional, a fiscalização procedeu aos lançamentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos segurados empregados e contribuintes individuais relativo aos períodos em que surtiram os efeitos da exclusão do SIMPLES (anos de 2006 a 2008).

(...) relativamente à prestação de informações à Previdência Social em GFIPs no período de 01/2006 a 13/2008, não declarou corretamente os valores devidos a Seguridade Social relativo às contribuições sociais incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais nos anos de 2006, 2007 e 2008, tendo em vista que a empresa se declarou como sendo Optante pelo SIMPLES, mas que pelo anteriormente exposto, a mesma exercia uma atividade vedada, e dessa forma suas informações prestadas em GFIP estavam incorretas, já que a empresa deveria entregar suas GFIP's como sendo Não Optante pelo Simples.

(...) 27) Tendo em vista que a fiscalização apurou que não houve pagamento destinado a Outras Entidades (Terceiros) referente ao período de 01/2006 até 13/2008 e que a data do pagamento efetuado é considerado no cálculo da decadência do crédito tributário, dessa forma para fins de lançamento dos valores devidos a Outras Entidades (Terceiros) foi observado a seguinte regra constante do artigo 173 do Código Tributário Nacional, cujo texto reproduzo abaixo, a qual diz que para fins de decadência do crédito tributário será considerado o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nesse caso, a decadência das competências 01/2006 a 04/2006 relativo às contribuições devidas a Outras Entidades somente irá se operar a partir de 01.01.2012 já que a contagem começou em 01.01.2007: (...)

34.1) O comparativo da multa pelo descumprimento da obrigação acessória e multa moratória poderá ser conferido no ANEXO II denominado "Multa por falta de Declaração em GFIP de Fatos Geradores de Contribuições Previdenciárias – Planilha Comparativa do Cálculo da Multa Aplicada" o qual indicou que a multa a ser aplicada ao sujeito passivo para as competências de 05/2006 a 11/2008 de forma menos gravosa é aquela vigente após a edição da MP 449/2008, ou seja, com multa de 75% (setenta por cento).

Fato a ser observado é que os valores devidos a Outras Entidades não fazem parte do comparativo ora efetuado.

34.2) Informo também que a comparação das multas deu-se até a competência 11/2008, sendo que as competências 12/2008 (inclusive) e as seguintes não são passíveis de comparação sendo aplicada a multa constante do Artigo 35-A da Lei 8.212./1991 a qual remete ao Artigo 44 da Lei 9.430/1996 de 27.12.1996, cujos textos reproduzo abaixo

Na impugnação (e-fls. 258/275 e 297/316), em síntese, se alegou:

- (a) Tempestividade.
- (b) Nulidade do processo administrativo.
- (c) Correta opção pelo Simples. Pedido de Diligência.
- (d) Compensação da contribuição previdenciária patronal.

A impugnação foi julgada improcedente pelo Acórdão de Impugnação nº 06-34.225, de 2011 (e-fls. 323/326) e, interposto recurso voluntário (e-fls. 331/345), ele restou anulado pelo Acórdão de Recurso Voluntário nº 2401-002.687, de 2012, por ausência de apreciação do pedido de compensação dos valores recolhidos pelo Simples (e-fls. 369/378).

Do novo Acórdão de Impugnação nº 06-39.121, de 2013 (e-fls. 390/407), transcrevo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2007, 2008

UNICIDADE DE PROCESSO. MESMO ELEMENTOS DE PROVA. POSSIBILIDADE.

Os autos de infração e as notificações de lançamento tributário, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

SIMPLES NACIONAL. LOCAÇÃO OU CESSÃO DE MÃO DE OBRA. IMPEDIMENTO.

Constitui impedimento ao ingresso do Simples Federal e do Simples Nacional o exercício da atividade de cessão ou locação de mão de obra.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CONCEITUAÇÃO.

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.

RECOLHIMENTO. SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

O Acórdão de Impugnação nº 06-39.121, de 2013, foi cientificado em 05/03/2013 (e-fls. 408/410) e o recurso voluntário (e-fls. 411/428) interposto em 19/03/2013 (e-fls. 411), em síntese, alegando:

- (a) Tempestividade. O recurso é apresentado tempestivamente.
- (b) Necessidade de suspensão do processo. O Acórdão de Recurso Voluntário nº 2401-002.687, de 2012, determinara que o processamento do recurso voluntário deveria ser sobrestado até o julgamento do processo de exclusão do Simples, mas o Acórdão recorrido não o observou.
- (c) Nulidade - Auto baseado em suposições e indeferimento de diligência. A recorrente jamais cedeu mão de obra, tendo sido seu pedido de diligência indeferido. Logo, o Auto de Infração não é válido por faltar prova da realidade das atividades da empresa, devendo a decisão recorrida ser anulada para que a instância inferior decida depois de verificados os fatos. Caso se entenda por não haver supressão de instância, que o julgamento seja convertido em diligência para que se esclareça o quesito: “a atividade da empresa é marketing e promoção de vendas ou é de cessão de mão de obra?”. Caso se indefira a diligência, requer prazo para juntar Ata Notarial e Declarações de Testemunhas.
- (d) Correta opção pelo Simples. Considerando que a decisão recorrida simplesmente reiterou o decidido em primeira instância nos processos de exclusão do Simples Federal e Nacional, o recorrente também reitera as razões recursais vertidas nos processos nº 10935.720285/2011-72 e nº 10935.720286/2011-17, a demonstrar que exerceu promoção de vendas e marketing direto e não cessão de mão de obra, sendo indevidas as exclusões efetuadas.
- (e) Compensação da contribuição previdenciária patronal. No período em que foi tributada com base na Lei Complementar nº 123, de 2006, efetuou o recolhimento conforme o anexo III da lei, sendo cabível a exclusão dos valores de contribuição previdenciária patronal recolhida em tal sistemática, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem* e do art. 165 do CTN.

Por força da Resolução nº 2401-000.324, de 2013 (e-fls. 434/437), acolheu-se o pedido de sobrestamento do feito até a conclusão dos processos nº 10935.720285/2011-72 e nº 10935.720286/2011-17, nos quais o sujeito passivo recorreu ao CARF para contestar a sua exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional, tendo sido a recorrente dela cientificada (e-fls. 439/440).

Após a juntada aos autos de cópias dos Acórdãos de Recurso Voluntário proferidos nos processos nº 10935.720285/2011-72 (e-fls. 449/463) e nº 10935.720286/2011-17 (e-fls. 466/475) e dos respectivos despachos de trânsito em julgado (e-fls. 465 e 477), o processo foi distribuído por novo sorteio em razão de o Relator anterior não mais integra nenhum dos colegiados da Seção (e-fls. 480).

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Tendo havido transito em julgado nos processos em que se discutia a situação da recorrente perante o Simples Federal e o Simples Nacional, não mais persiste o motivo para o sobrestamento do feito. Diante da intimação em 05/03/2013 (e-fls. 408/410), o recurso interposto em 19/03/2013 (e-fls. 411) é tempestivo (Decreto n.º 70.235, de 1972, arts. 5º e 33). Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário, estando a exigibilidade suspensa (CTN, art. 151, III).

Nulidade - Auto baseado em suposições e indeferimento de diligência. Os Autos de Infração não se basearam em suposições, mas na exclusão do Simples Federal, conforme Ato Declaratório Executivo de e-fls. 82, e na exclusão do Simples Nacional, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional de e-fls. 83.

O Acórdão recorrido invocou como razões de decidir a mesma motivação vertida nos Acórdãos de Impugnação proferidos nos processos n.º 10935.720285/2011-72 e n.º 10935.720286/2011-17, restando indeferido o pedido de diligência.

A prova produzida em processo administrativo tem, como destinatária final, a autoridade julgadora, a qual possui a prerrogativa de avaliar a pertinência de sua realização para a consolidação do seu convencimento acerca da solução da controvérsia objeto do litígio, sendo-lhe facultado indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 18, *caput*).

Nesse sentido, sua realização não constitui direito subjetivo do contribuinte, não havendo nulidade em razão do indeferimento da produção de prova prescindível.

Por fim, indefere-se o pedido subsidiário de conversão do julgamento em diligência ou de abertura de prazo para juntada de ata notarial ou de declarações de testemunhas, eis que a oportunidade para a produção de provas já restou preclusa e o pedido é manifestamente protelatório (Decreto n.º 70.235, de 1972, arts. 16, §§ 4º, 5º e 6º, e 18, *caput*).

Correta opção pelo Simples. Para sustentar a indevida exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional, o recorrente asseverou reiterar os argumentos vertidos nos recursos voluntários pertinentes aos processos de exclusão. O presente feito ficou sobrestado até a decisão final nos processos n.º 10935.720285/2011-72 e n.º 10935.720286/2011-17, impondo-se, por conseguinte, a observância do decidido nos processos de exclusão, transcrevo:

Processo n.º 10935.720285/2011-72

Acórdão n.º 1402-003.990, de 18 de julho de 2019

(...) Acordam os membros do colegiado, p provimento ao recurso voluntário, mantendo conforme Ato Declaratório de Exclusão.

(...) Voto (...)

Passo a analisar o mérito relativo a exclusão do Simples Nacional devido a cessão e locação de serviço de mão de obra.

De acordo com o artigo 9º, inciso XII, alínea “f” combinado com o artigo 13, inciso II, alínea “a” da Lei nº 9.317, de 1996 não poderão aderir ao Simples Federal as empresas que praticarem serviço de cessão ou locação de mão de obra.

Como a Fiscalização demonstrou de forma clara no Termo de Representação Administrativo (fls. 2/09) que ao analisar os contratos e notas fiscais de serviço, constatou que a receita obtida pela Recorrente era de serviço de cessão e locação de mão de obra para reposição e abastecimento de mercadorias em expositores e gôndolas de supermercado, bem como serviços de promoções de vendas e Merchandising, entendendo que a exclusão deve ser mantida.

Para melhor esclarecer a motivação da acusação fiscal transcrevo trecho pertinente do v. acórdão que tratou especificamente da constatação da prestação de cessão e locação de serviço de mão de obra.

28. Quanto ao apego da autoridade fiscal aos contratos de prestação de serviços que instruem este processo sustenta que uma coisa é vender serviço de mão de obra por meio de contrato de cessão e outra coisa, totalmente diferente, é ter contratos de prestação de serviços com objeto fim (promoção de vendas, reposição de produtos, marketing direto). Afirma que contrata seus funcionários, os quais não ficam vinculados às ordens dos contratantes, mas sim da própria contratada, que se obriga a um serviço fim, e não meramente a entregar mão de obra como atividade meio.

29. Muito embora a contribuinte alegue não exercer a locação de mão de obra, este não será o entendimento depois de analisadas as ponderações a seguir. Um dos fatos que justificaram a exclusão de ofício ao Simples ocorreu sob a alegação de que a empresa presta serviços com cessão de mão de obra, o que a impediria de optar pelo Sistema, consoante dispõe a Lei nº 9.317, de 1996, art. 9º, inciso XII, alínea “f” e, Decreto nº 3.048, de 1999, art. 219, § 2º, incisos IV e XIX verbis:

30. Conforme se verifica do dispositivo da Lei do Simples, alínea “f” do inciso XII do artigo 9º acima, é vedado de optar pelo Simples as pessoas jurídicas que tenham como atividade a locação de mão de obra.

22. Pois bem, sobre a cessão de mão de obra, importa esclarecer que o contrato de locação de serviços, hoje, mais chamado de contrato de prestação de serviços, é o contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra a fornecer a prestação de uma atividade mediante remuneração.

23. O objeto da prestação jurídica é o serviço. Serviço é qualquer atividade humana lícita, seja ela material ou imaterial, física ou intelectual. Tal contrato está regulado no Código Civil, artigos 593 a 609, de forma a pressupor a igualdade das partes. Para a execução do serviço os empregados da prestadora do serviço poderão estar atuando nas dependências da tomadora do serviço. Neste caso, não será caracterizada a locação ou a cessão de mão de obra, mas, sim, a mera presença dos trabalhadores da contratada nas dependências da contratante, com o objetivo de realizar o serviço, pois, o preço e o objeto do contrato referem-se ao serviço.

24. Este contrato também é designado de contrato de empreitada, pois, é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa ou de obra ou de serviço, por preço ajustado, com ou sem fornecimento de material ou 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 fim específico ou um resultado pretendido, vide artigo 101, da IN/INSS/DC nº.071/2002. Nesta esfera, também é comum a chamada terceirização de serviços, contudo, esta ocorre nas atividades meio das empresas.

25. Por outro lado, o contrato de locação de mão de obra tem como objeto colocar à disposição de outras empresas, trabalhadores devidamente qualificados. Neste caso, o objeto do contrato é a locação de mão de obra, onde haverá a cessão onerosa de mão de obra.

26. Assim, por exemplo, se uma empresa industrial contrata outra para fazer a digitação para processamento de dados de inventário anual de mercadorias e produtos por determinado preço, trata-se de prestação de serviços porque a decisão da quantidade e da seleção dos digitadores que vai colocar cabe à empresa prestadora de serviços. Por outro lado, se uma empresa cede dois digitadores para executar o mesmo serviço com preço fixado por dia, semana ou mês, trata-se de locação de mão de obra.

27. A distinção é que na locação de mão de obra, a locatária, (a tomadora do serviço), dirige os trabalhadores, determinando o que fazer, cabendo-lhe a direção da execução.

28. Na prestação de serviços, a locadora, (a empresa prestadora do serviço), é quem dirige os trabalhadores, cabendo-lhe, a direção da execução dos serviços.

29. Também existe a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, que ocorre quando a empresa prestadora de serviços (cedente) cede a mão de obra de seus trabalhadores à empresa contratante (tomador). 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. Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, de natureza repetitiva ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

30. Neste caso, o objeto do contrato é o fornecimento de mão de obra, dessa forma, a força de trabalho do trabalhador é a principal prestação da empresa cedente.

31. Conclui-se que as expressões cessão de mão de obra e locação de mão de obra apenas se distinguirão se utilizarmos a primeira no sentido estrito de designar a situação da mera presença dos trabalhadores da contratada nas dependências da contratante, com o objetivo de realizar o serviço previsto em contrato de empreitada, quando as despesas e custos de mão de obra estarão embutidos no preço do serviço.

32. Excluída esta situação, há de se entender cessão de mão de obra e locação de mão de obra como expressões com o mesmo alcance jurídico.

33. Tal conclusão tem fundamento no artigo 31, e seu parágrafo 3º., da Lei nº.8.212, de 1991, que dispõe:

[...]

34. Portanto, como regra, cessão de mão de obra e locação de mão de obra, não se distinguem uma vez que, em ambos os casos, haverá a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

35. Do caput do artigo 31, conclui-se que o regime de trabalho temporário é um tipo de cessão de mão de obra. O trabalho temporário está regulado pela Lei nº. 6.019, de 1974. O seu artigo 4º., diz que, compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados. O contrato entre as empresas é de cessão de mão de obra, vale dizer, contrato empresarial; e, a empresa prestadora da mão de obra é a empregadora dos trabalhadores, isto é, responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas.

36. Por mais esta razão locação e cessão de mão de obra, excetuada a situação anteriormente exposta, tem o mesmo efeito jurídico.

37. Portanto, no presente caso a locação de mão de obra restou plenamente caracterizada, 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 Sepac Serrados e Pasta de Celulose Ltda houve a colocação de funcionários da contratada à disposição da contratante nas dependências que esta determinou e a prestação de serviços contínuos.

34. Portanto, como regra, cessão de mão de obra e locação de mão de obra, não se distinguem uma vez que, em ambos os casos, haverá a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

35. Do caput do artigo 31, conclui-se que o regime de trabalho temporário é um tipo de cessão de mão de obra. O trabalho temporário está regulado pela Lei nº. 6.019, de 1974. O seu artigo 4º, diz que, compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados. O contrato entre as empresas é de cessão de mão de obra, vale dizer, contrato empresarial; e, a empresa prestadora da mão de obra é a empregadora dos trabalhadores, isto é, responsável pelo pagamento das obrigações trabalhistas.

36. Por mais esta razão locação e cessão de mão de obra, excetuada a situação anteriormente exposta, tem o mesmo efeito jurídico.

37. Portanto, no presente caso a locação de mão de obra restou plenamente caracterizada, 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 Sepac Serrados e Pasta de Celulose Ltda houve a colocação de funcionários da contratada à disposição da contratante nas dependências que esta determinou e a prestação de serviços contínuos.

38. Dentre as obrigações da contratada (ora reclamante) consta:

- a) abastecimento dos expositores e gôndolas nas lojas especificadas no Anexo I;
- b) envio semanal de relatório de pesquisa de preços dos produtos da contratante e seus concorrentes;
- c) envio semanal de relatório de reposição dos produtos e número de frentes de gôndola da contratante em todas as lojas especificadas no Anexo I;
- d) zelar pela manutenção da boa imagem da contratante, pelo desenvolvimento dos esforços e atitudes necessárias à correta exposição dos produtos da contratante, mantendo os espaços sempre em perfeitas condições de higiene, limpeza e apresentação;
- e) prestar os serviços objeto deste contrato e especificados nesta cláusula em todas as lojas especificadas na planilha Anexo I, devidamente rubricadas e assinadas.

39. Instrui o contrato o intitulado Anexo I que corresponde ao Roteiro de Visitas de repositores/promotores a diversos estabelecimentos durante a semana. O processo foi sendo prorrogado e o valor inicialmente estipulado foi reajustado, conforme os termos aditivos juntados.

40. Outro contrato que instrui os autos é aquele firmado com a empresa Bettanim Industrial Ltda, onde as obrigações da contratante no que se refere ao recolhimento de tributos, inclusive encargos previdenciários resta expressa na cláusula quarta. Um terceiro processo firmado com a empresa Aloés Indústria e Comercio Ltda também especifica a obrigatoriedade de cumprir com os encargos fiscais e previdenciários.

41. Por fim há um contrato com a empresa AC Comercial Importação e Exportação Ltda, nos mesmos moldes dos anteriores, em termos de obrigações da contratada. Quanto às obrigações, os contratos possuem a mesma configuração.

42. As notas fiscais de prestação de serviços juntadas por amostragem, contém a descrição serviços prestados no mês tal, sendo que várias delas possuem o destaque da previdência de 11%.

43. Perceba-se que toda a situação configura a locação de mão de obra, conforme explicitado na legislação transcrita. A reclamante fornece a mão de obra que irá prestar serviços à contratante, nos locais por ela especificados.

44. Quanto à alegação de que presta serviços contínuos mas não de forma exclusiva, uma vez que dispõe de funcionários que atuam de forma volante, que atuam em diversos pontos de venda de uma certa região, para diversos clientes ao mesmo tempo, conforme os contratos de serviço que obtém, isto não tem o condão de descaracterizar a locação de mão de obra, posto que seus funcionários recebem por período trabalhado, conforme estipulado pela contratante.

45. Outro argumento que não merece prosperar é a discordância em relação à afirmativa do fisco de que os serviços executados estariam diretamente relacionados com a atividade fim da contratante pois, os contratos analisados por ele foram firmados por indústrias, que têm como atividade fim a produção de determinado produto e não a promoção de venda dos mesmos, enquanto que a ora reclamante ter por atividade fim comercializar estes produtos. Pois bem, se as contratantes são empresas industriais elas atuam com um fim específico, qual seja, fazer com que seus produtos cheguem ao mercado consumidor e sejam adquiridos. De outra forma a sua finalidade, que é industrializar, restaria inócua pois, sem consumo, ela não teria porque produzir.

46. Sustenta que não prospera a observação do fiscal de que como vários empregados seus residem em localidades diversas da sede da empresa, estaria caracterizada a locação de mão de obra. Defende que uma vez que estabelece uma rota de visitas para a equipe é evidente que por algum determinado período, pode se fazer necessário que a equipe permaneça nos locais da prestação do serviço. O argumento da contribuinte depõe contra

ela à medida em que sustenta que por vezes faz-se necessário que a equipe permaneça por um determinado período no local da prestação de serviços. O deslocamento ou a necessidade de manter pessoal disponível nas mais diversas cidades configura a colocação da mão de obra à disposição dos contratantes, nos locais por eles definidos e esta é uma das características da locação.

Desta forma, tendo em vista a constatação de que a receita da Recorrente é oriunda do serviço de cessão e locação de mão de obra, voto por manter sua exclusão do Simples Nacional.

Pelo exposto e por tudo que consta processo nos autos conheço do Recurso Voluntário e nego provimento para manter a exclusão da empresa do SIMPLES FEDERAL, conforme Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

Processo n.º 10935.720286/2011-17

Acórdão n.º 1402-003.991, de 18 de julho de 2019

(...) Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, conforme Ato Declaratório de Exclusão.

(...) Voto (...)

Passo a analisar o mérito relativo a exclusão do Simples Nacional devido a cessão e locação de serviço de mão de obra.

De acordo com o inciso XII, do artigo 17º da Lei Complementar nº 123 de dezembro de 2006, não poderão aderir ao Simples Nacional a empresas que praticarem serviço de cessão ou locação de mão de obra.

Como a Fiscalização demonstrou de forma clara no Termo de Representação Administrativo (fls. 2/11) que ao analisar os contratos e notas fiscais de serviço, constatou que a receita obtida pela Recorrente era de serviço de cessão e locação de mão de obra para reposição e abastecimento de mercadorias em expositores e gôndolas de supermercado, bem como serviços de promoções de vendas e Merchandising, entendo que a exclusão deve ser mantida.

Para melhor esclarecer a motivação da acusação fiscal transcrevo trecho pertinente do v. acórdão que tratou especificamente da constatação da prestação de cessão e locação de serviço de mão de obra.

Da análise dos contratos firmados pelo contribuinte e seus clientes (SEPAC – Serrados e Pasta de Celulose Ltda, Bettanin Industrial S/A, Aloés Ind. e Com. Ltda, A.C. Comercial Importação e Exportação Ltda), verifica-se que os locais de execução dos serviços eram em dependências de terceiros (geralmente grandes redes de supermercados e atacadistas) as quais eram definidas pelos contratantes dos serviços, consoante consta expressamente das disposições contratuais acostadas aos autos.

Por outro lado, verifica-se que os serviços prestados constituem necessidade permanente das empresas contratantes, conforme se verifica da duração contratual (mínimo de 12 meses e prorrogação de igual período) estabelecida nos contratos e aditamentos presentes nos autos.

Cabe por oportuno esclarecer que a necessidade permanente da empresa, para fins de conceituação de cessão de mão de obra, não precisa estar relacionada com a atividade fim da empresa, conforme se observa do caput do Art.31 da Lei 8212/91. Cabe, a propósito reproduzi-lo:

§ 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.

O que importa é se o serviço seja contínuo e necessário a manutenção do empreendimento das contratantes. No caso, os serviços de promoção de vendas e abastecimentos de gôndolas de supermercados são necessários ao sucesso dos negócios dos contratantes, pois facilitam que seus produtos cheguem ao mercado consumidor. Desse modo, o

argumento de que a atividade dos trabalhadores não estão ligados a atividade diretamente industriais das empresas tomadoras, não macula a exclusão do Simples Nacional.

Por fim, para se concluir pela cessão de mão de obra locação, devem existir profissionais “à disposição da empresa” contratante. O art. 115, §3º da Instrução Normativa 971/2009, esclarece com propriedade a esse respeito:

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.

(...)

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

Analisando o teor contratual, verifica-se que a prestadora de serviços mantinham em locais determinados pelas tomadoras, ao longo do ano, número pré estabelecidos de trabalhadores para executar os serviços de promoção, marketing, demonstração, degustação, reposição de mercadorias nas gôndolas e expositores e arrumação de mercadorias. Trata-se, pois de serviços de natureza não eventual, visto que são realizados periodicamente e ligados à consecução dos objetivos comerciais das empresas.

Ressalta-se que o fato dos trabalhadores não estarem vinculados a ordens diretamente do tomadoras, igualmente, não torna a exclusão do Simples Nacional nula. A cessão de mão de obra, não pode, aliás, por sua própria natureza, se revestir de “vínculo empregatício” disfarçado. O que pode existir, como de fato se observa da cláusula segunda dos contratos juntados, é acompanhamento pela contratante da execução dos serviços (por meio da obrigação estabelecida a contratada de enviar relatórios mensais de pesquisas de preços dos produtos da contratante e de seus concorrentes, relatório de reposição dos produtos e números de gôndolas, obrigação de manter as gôndolas em perfeitas condições de higiene e apresentação) e não interferência direta do tomador nas atividades dos trabalhadores, como se empregador fosse.

Por derradeiro, cabe salientar que são exceções ao impedimento no Simples Nacional, ainda que executado por meio cessão de mão de obra, somente as prestações de serviços citadas nos § 5ºB a § 5ºE, do art. 18 da Lei Complementar 123/2006, por força do §1º, do art. 17 da mesma lei complementar, in verbis.

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

[...]

Considerando que atividade de prestação de serviço da empresa impugnante não se encontra relacionada nas exceções acima transcritas, entendo que resta a empresa impedida de optar pelo Simples Nacional.

Ressalta-se que os CNAEs secundários citados pela empresa não tem o condão de autorizar seu ingresso no Simples Nacional, visto que, conforme amplamente demonstrado, a empresa fornece, na prática, mão de obra continuamente a seus tomadores de serviços, configurando-se hipótese indiscutível de cessão de mão de obra, atividade impedida de participar do sistema simplificado de pagamento de tributos de que trata a Lei Complementar 123/2006.

Por fim, cabe afastar o pedido de diligência, posto que a documentação constante dos autos demonstram com meridiana clareza a ocorrência de cessão de mão de obra, demonstrando, assim, desnecessária a realização da citada providência, nos termos do art.18, caput, do Decreto 70.235/72.

Desta forma, tendo em vista a constatação de que a receita da Recorrente é oriunda do serviço de cessão e locação de mão de obra, voto por manter sua exclusão do Simples Nacional.

Pelo exposto e por tudo que consta processo nos autos conheço do Recurso Voluntário e nego provimento para manter a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, conforme Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

Portanto, diante da constatação de a receita da recorrente ser oriunda do serviço de cessão e locação de mão de obra, não há como se questionar a correção da exclusão da empresa do Simples Federal e do Simples Nacional.

Compensação da contribuição previdenciária patronal. Diante do pedido de compensação dos valores de contribuição previdenciária patronal recolhidos em DAS – Documento de Arrecadação do Simples Nacional, a decisão recorrida, de plano, o afastou sob a alegação de as INs SRP nº 03, de 2005 e RFB nº 900, de 2008, vedarem expressamente tal pedido. A recorrente insiste no pedido de exclusão de tais valores (Lei Complementar nº 123, de 2006, anexo III).

A questão de direito está pacificada pela jurisprudência sumulada da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

Súmula CARE nº 76

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 1803-01.000, de 2/8/2011 Acórdão nº 9101-01.037, de 27/6/2011 Acórdão nº 9101-00.949, de 29/3/2011 Acórdão nº 1402- 00.017, de 28/7/2009 Acórdão nº 105-17.110, de 26/6/2008.

A fiscalização já excluiu do lançamento os valores referentes a recolhimentos de contribuição previdenciária patronal devidos na sistemática do Simples Federal confessados pela recorrente, transcrevo do Relatório Fiscal (e-fls. 77):

26.6 Foram considerados também pela fiscalização os recolhimentos efetuados através das Guias de Recolhimento da Previdência Social (Código 2621 – Retenção) e o valores do partilhamento da contribuição previdenciária informadas na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES Federal das competências de 05/2006 06/2007, conforme demonstrado nas planilhas ANEXO III (ano 2006) e ANEXO IV (ano 2007)

No Relatório RADA – Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados dos Autos de Infração (e-fls. 13/20, 27/34 e 43/50) estão discriminadas não apenas as GPSs apropriadas, mas também o Documento Tipo CRED a informar os valores apurados nos Demonstrativos do Partilhamento do Simples constantes dos Anexos III (e-fls. 252) e IV (e-fls. 253), sendo que este se encerra na competência 06/2007.

Em relação ao período do Simples Nacional, o Relatório Fiscal (e-fls. 71/81) é omissivo quanto a existência ou não de valores recolhidos nessa sistemática e os Relatórios RADA revelam apenas a discriminação de GPSs (e-fls. 13/20, 27/34 e 43/50).

Apesar de o recorrente não ter carreado aos autos Documento de Arrecadação do Simples Nacional recolhidos para o período do débito pertinente ao Simples Nacional, em homenagem ao princípio da celeridade processual (Constituição, art. 5º, LXXVII) e supondo ter a contribuinte agido de boa-fé ao sustentar ter efetuado recolhimentos em DAS, entendo como possível a imediata aplicação da inteligência cristalizada na Súmula CARE nº 76, ou seja, a determinação para que sejam deduzidos dos valores de contribuição previdenciária patronal lançados de ofício os eventuais recolhimentos espontâneos de mesma competência e natureza

efetuados na sistemática do Simples Nacional, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Por outro lado, ressalte-se que eventuais recolhimentos não espontâneos de mesma natureza efetuados na sistemática do Simples Nacional não têm o condão de afetar o lançamento da contribuição previdenciária patronal, podendo, contudo, serem aproveitados para amortizar o crédito tributário constituído, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário, REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para determinar que dos valores de contribuição previdenciária patronal lançados sejam deduzidos os eventuais recolhimentos espontâneos de mesma competência e natureza efetuados na sistemática do Simples Nacional, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro