



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

Processo n° 10940.000010/2005-00
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1301-00.594 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria SIMPLES - ATIVIDADE VEDADA
Recorrente JOSÉ ZITO BALABAN
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2003

SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Se as provas acostadas aos autos pelo Fisco são insuficientes para que se possa afirmar que a interessada exerce a atividade de locação de mão de obra, a qual, diga-se, não consta entre seus objetos societários, sua opção pelo regime simplificado de pagamentos deve ser tida por válida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, dar provimento ao recurso voluntário da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Valmir Sandri e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

JOSÉ ZITO BALABAN, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão n.º 06-23.130, de 24/07/2009, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata o processo de manifestação de inconformidade pela exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, por motivo de exercício de atividade vedada.

2. O Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples DRF/Ponta Grossa n.º 022, emitido em 30/12/2004, à fl. 68, excluiu o contribuinte do regime do Simples, com efeitos a partir de 01/02/2002, por incorrer nas vedações previstas no art. 9º, XII, “f” da Lei n.º 9.317, de 1996.

3. Intimada do ADE em 18/01/2005, conforme AR de fl. 71, tempestivamente, em 25/02/2005, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 74/79, instruída com os documentos de fls. 80/93, que se resume a seguir:

- a. Entende que o conceito de locação de mão de obra não tem definição legal específica, podendo esta atividade, às vezes, ser confundida com a prestação de serviços como fornecimentos de mão de obra, e que a definição contida na IN SRF n.º 34/89 não é suficiente para o deslinde da questão no campo do Simples, permanecendo a dúvida;
- b. Cita decisões proferidas pelas superintendências da 7ª e 8ª regiões;
- c. Explica que tem por objeto social “serviços de preparo do solo, plantio e colheita de espécies florestais”, e que presta serviços de extração de toras de madeiras, sendo que, para o desenvolvimento de suas atividades, utiliza máquinas como tratores e motosserras;
- d. Esclarece que, as empresas para as quais presta serviços fazem retenção do INSS à alíquota de 11% sobre o valor que corresponde à mão de obra de tratoristas, motorneiros e demais funcionários necessários para a execução dos serviços;
- e. Justifica que, juntamente com os documentos solicitados por parte do INSS, foi remetido erroneamente uma cópia de um esboço do contrato com o título de “Instrumento particular de contrato de empreitada”, anexada, que foi elaborado pela empresa Serrarias Campos de Palmas S/A, e que tal contrato, analisado e não aceito pelo contribuinte, sequer foi assinado, o que caracteriza como nulo, por não possuir todos os elementos necessários para gerar direitos e obrigações, e assim não poderia

ter sido citado pelo INSS e SRF ao apreciar a exclusão do Simples, que foi fundamentada única e exclusivamente nesse contrato;

- f. Afirma que é contratada para efetuar determinado serviço de corte, arraste e estaleiramento de toras de pinus, e é isso que faz com a utilização de tratores e motosserras, além de alguns funcionários para a parte braçal, e que em qualquer tipo de prestação de serviço a empresa contratada executará os serviços conforme algumas regras impostas pelo contratante, como por exemplo, corte de árvores com diâmetros acima de 30cm, corte seletivo, bem como obrigações e cuidados que a contratada deve ter para o bom e fiel cumprimento dos serviços que a mesma é contratada para realizar;
- g. Acrescenta que não fica à disposição do contratante, e que pode ter vários contratantes ao mesmo tempo, o que demonstra que em hipótese alguma loca mão de obra, já que se assim fosse, receberia por horas trabalhadas e não pela produção, e que seus funcionários estão sob seu comando e subordinação, tendo vínculo empregatício como a empresa e não com a contratante;
- h. Cita a pergunta 157 do questionário Perguntas e Respostas disponível no site da SRF e ADI SRF nº 32, de 22/12/2004, que autoriza a atividade de reflorestamento.

A 2ª Turma da DRJ em Curitiba/PR analisou a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 06-23.130, de 24/07/2009 (fls. 96/99), indeferiu a solicitação com a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EMPREITADA DE MÃO DE OBRA. EQUIPARAÇÃO À LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. CARACTERIZAÇÃO.

Por equiparar-se à locação de mão de obra, é vedada ao Simples a execução de empreitada de mão de obra, cujos traços distintivos são: i) assunção do risco pelo empreiteiro, quanto à fiscalização, orientação e planejamento do bem objeto da contratação, segundo as especificações estabelecidas de tempo e preço; ii) apresentação de um resultado que, no caso da empreitada exclusivamente de mão de obra, é a própria execução do serviço.

Ciente da decisão de primeira instância em 07/08/2009, conforme Aviso de Recebimento à fl. 101, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 03/09/2009 conforme carimbo de recepção à folha 103.

No recurso interposto (fls. 103/110), a interessada reforça os argumentos já aduzidos em primeira instância.

Inicialmente, busca explicitar as diferenças, por sua ótica, entre a atividade de locação de mão-de-obra e a de prestação de serviços. No primeiro caso, na locação de mão-de-obra, *“os serviços a serem prestados são vaga e imprecisamente mencionados, já que o que importa são as pessoas que serão colocadas à disposição da contratante para a prestação dos serviços que lhes forem assinalados, dentro, é claro, de sua habilitação profissional. É comum, nesse tipo de contrato inserção de cláusulas que assegurem ao contratante influir a escolha dos empregados utilizados pela contratada na execução contratual, exigindo dispensas, solicitando novas admissões, vedando substituições, etc.”.*

Diversamente, na prestação de serviços, atividade que afirma exercer, *“a empresa prestadora de serviços não apenas coloca empregados seus à disposição da empresa tomadora dos serviços, mas também o comando das tarefas, responsabilizando-se pela suas fiscalização e pelo seu andamento”.*

Conclui, então, que *“em tal hipótese (em que a prestadora dos serviços é responsável pelo comando das tarefas e pela fiscalização e andamento dos serviços), a prestação de serviços não se caracteriza como locação de mão-de-obra, não ficando a pessoa jurídica que presta tais serviços impedida de optar pelo SIMPLES”.* As provas dos autos confirmariam o exercício desta atividade, e não da locação de mão-de-obra.

A recorrente cita diversos atos legais e infra-legais que entende sustentarem seu direito à adesão e permanência no sistema simplificado de pagamentos:

- Lei nº 9.317/1996, art. 9º, que não relacionaria sua atividade como impeditiva.
- Perguntas e Respostas da Receita Federal, pergunta 157;
- Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 32, de 22/12/2004 (por analogia);
- Solução de Divergência nº 13, de 07/08/2003;
- Solução de Consulta nº 204, de 16/07/2004, da 9ª RF.

Conclui com o pedido de provimento de seu recurso para declarar legítima sua opção pelo SIMPLES, mantendo-a no sistema simplificado nos exercícios de 2002 e seguintes.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Gira a lide em torno da atividade efetivamente exercida pela interessada: se locação de mão de obra, como afirma a autoridade administrativa, o que a impediria de optar pela tributação na forma do SIMPLES; ou se prestação de serviços de plantio, preparo do solo,

colheita e baldeamento de espécies florestais, como afirma a recorrente, com o que não haveria óbice a sua opção pela forma simplificada de pagamento.

Inicialmente, é de se constatar que na Declaração de Firma Mercantil Individual (fl. 07) consta como objeto (atividades) “*Serviços de preparo do solo, plantio e colheita de espécies florestais*”. Ora, tal atividade, por si considerada, não implica a locação de mão de obra, e não estaria automaticamente vedada no âmbito do SIMPLES, incumbindo à autoridade administrativa carrear aos autos provas do efetivo exercício da atividade impeditiva.

Exatamente a isso se propôs a Representação Administrativa de fls. 01/06, lavrada pelo diligente Auditor-Fiscal da Previdência Social. O conjunto probatório acostado aos autos consiste em:

- a) Cópia de Instrumento Particular de Contrato de Empreitada (fls. 09/11), datado de 02/01/2002, firmado entre Serrarias Campos de Palmas S/A (contratante) e a interessada (contratada), tendo por objeto “*os serviços de corte, estaleiramento e carregamento de toras de PINUS [...]*”.
- b) Cópias de Notas Fiscais de Prestação de Serviços, emitidas pela interessada nos períodos entre outubro e dezembro de 2002 para a Lavradora Rac. Madeiras Lavrama S/A (fls. 12/15); e entre março e maio de 2003 para a Serrarias Campos de Palmas S/A (fls. 16/22).
- c) Cópias de documentos diversos (fls. 23/57) correspondentes aos recolhimentos de FGTS e às informações à Previdência Social – GFIP – da empresa José Zito Balaban, interessada neste processo.

De sua análise conjunta, concluiu o Auditor-Fiscal que a atividade exercida pela interessada possuiria características de locação de mão de obra, conclusão esposada pela Delegacia da Receita Federal em Ponta Grossa/PR e, já em fase contenciosa, também pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR.

A recorrente reclama, com propriedade, que o contrato apresentado não se encontra assinado por ela, mas somente pela outra parte. Além disso, também não há testemunhas ou registro de qualquer espécie. Seria, então, mera minuta, esboço que não teria chegado a bom termo por discordância da contratada. De fato, a força probante de referido contrato fica muito reduzida, especialmente ao se observar que a data que nele consta é 02/01/2002, com prazo de vigência de 180 dias, o que o levaria, no máximo, até 01/07/2002. As notas fiscais emitidas entre outubro e dezembro de 2002 o foram para outra empresa, diversa da suposta contratante, e não podem ser associadas de qualquer forma ao contrato. Quanto às notas fiscais emitidas para as Serrarias Campos de Palmas S/A entre março e maio de 2003, correspondem a período não abrangido pelo contrato que consta dos autos. Ainda que, por hipótese, se pudesse ter o contrato não assinado como válido, não há como saber se correspondem a uma prorrogação, ainda que tácita, ou a outros termos, ajustados entre as partes. Tratar-se-ia de suposição muito frágil, firmada sobre outra suposição. Considero, assim, que o contrato de fls. 09/11 não pode ser tido como elemento determinante para a constatação acerca do tipo de atividade exercida pela interessada.

Quanto às notas fiscais de sua emissão, observo que a descrição dos serviços é “*prestação de serviços de corte, traçamento e estaleiramento de toras de pinus*” (fls. 12/15) ou, simplesmente, “*prestação de serviços*” (fls. 16/22). Nada evidencia a forma ou modalidade

de contratação desses serviços, de modo a permitir a afirmação de que se trata de locação de mão de obra. Aliás, de se ressaltar que a retenção de 11% a título de contribuição previdenciária, destacada em todas as notas fiscais, não incide sobre o valor total do serviço, mas tão somente sobre uma parte, identificada como “*mão de obra*”. Ou seja, há uma parcela relevante das receitas auferidas que se destina à cobertura de outras despesas e custos diversos da mão de obra, incorridos pela contratada, além de sua margem de lucro, o que é coerente com suas alegações.

Finalmente, quanto aos documentos correspondentes aos recolhimentos de FGTS e às informações à Previdência Social – GFIP, de seu exame não consigo chegar à conclusão da representação (fl. 05) de que “*nas GFIP apresentadas constata-se que os empregados da CONTRATADA, inclusive o seu titular, encontram-se à disposição da CONTRATANTE para a prestação do serviço contratado*”. Por certo que a interessada possuía empregados para o exercício de suas atividades, e que cumpria suas obrigações trabalhistas e previdenciárias da forma que lhe parecia correta. Mas não encontro nos documentos acostados aos autos qualquer evidência de que esses empregados estivessem “*à disposição da contratante*”.

Diante do exposto, considero não restar cabalmente comprovado o exercício, pela interessada, da atividade de locação de mão de obra, a impedir sua opção pelo SIMPLES. Voto, pois, pelo provimento do recurso voluntário interposto.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha