



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº 10940.002261/2003-59
Recurso nº 132.612 Embargos
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 302-39.889
Sessão de 16 de outubro de 2008
Embargante PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado SOELI DA APARECIDA MENDES

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

Data do fato gerador: 01/01/2002

EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

Merecem ser conhecidos, porém, não providos os embargos declaratórios interpostos, uma vez que não existe omissão no acórdão embargado que dêem margem a retificação. A decisão refletiu perfeitamente, à época, o entendimento do Colegiado, sufragado pelas provas carreadas aos autos.

EMBARGOS REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, conhecer e rejeitar os Embargos Declaratórios, nos termos do voto do relator.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Ricardo Paulo Rosa, Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente), Davi Machado Evangelista (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausentes os Conselheiros Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Reporto-me ao relato de fls. 81 e seguintes, por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, e adotado quando da conversão do julgamento em diligência. A diligência (para virem aos autos ordens de serviço relativas ao contrato de prestação de serviços de fls. 08/10, bem como outros contratos celebrados entre a recorrente e outras empresas, se houver, juntamente com outros elementos informativos da atividade, e bem assim o contrato social da empresa) foi levada a efeito, com os documentos vindo aos autos às fls. 88 e seguintes, culminando no relatório de fls. 191 a 193. O julgamento do recurso voluntário, fls. 195 e seguintes, ficou com a seguinte ementa:

INEXISTÊNCIA DE LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXCLUSÃO INDEVIDA.

Analisando o objeto social, as notas fiscais de prestação de serviços e os contratos celebrados pela empresa, nota-se que não há como caracterizar as atividades da empresa como sendo locação ou cessão ou empreitada de mão-de-obra simplesmente, dessarte, nenhum impedimento à opção pelo SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

O texto da decisão ficou assim consignado: ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Em 18/06/2008, foram opostos embargos declaratórios, fls. 206 e seguintes, tempestivos, pela douta Procuradoria da Fazenda Nacional, alegando omissão quanto à não apreciação das notas fiscais de fls. 12 e 13, cujo conteúdo expressaria o exercício, por parte do contribuinte, de atividade incompatível com a opção pelo SIMPLES - locação ou cessão de mão-de-obra. É que das indigitadas notas fiscais constam a retenção de 11% ao INSS, por força do art. 31 da Lei n.º 8.212/91, com redação dada pela Lei n.º 9.711/98, cujo comando é dirigido aos contratantes de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra. Ao final, pede o saneamento da omissão apontada, para que haja manifestação acerca do teor das aludidas notas fiscais.

À fl. 210, despacho da insigne Presidente desta Câmara, encaminhando os embargos a este Relator. ✓

É o relatório.

Voto

Conselheiro Corintha Oliveira Machado, Relator

Os embargos declaratórios são tempestivos, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Em não havendo preliminares, passa-se de plano ao mérito dos embargos declaratórios, que consiste em saber-se se, de fato, houve omissão por não serem levadas em consideração no julgado as notas fiscais de fls. 12 e 13, cujo conteúdo expressaria o exercício, por parte do contribuinte, de atividade incompatível com a opção pelo SIMPLES - locação ou cessão de mão-de-obra.

A tese da embargante é a de que o fato de constar nas notas fiscais a retenção para o INSS de 11% (de acordo com o art. 31 da Lei n.º 8.212/91, com redação dada pela Lei n.º 9.711/98) consubstanciaria prova inequívoca de exercício, por parte do contribuinte, de atividade incompatível com a opção pelo SIMPLES - locação ou cessão de mão-de-obra - uma vez que o comando legal é dirigido aos contratantes de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

Em primeiro plano, devo apontar que o exame das supraditas notas fiscais foi levado a efeito por ocasião da lavratura do voto do acórdão embargado, e não me passou despercebida a retenção ao INSS, por parte do contribuinte, porém tal fato não prova, ao meu sentir, que, de fato, tenha havido cessão de mão-de-obra nos serviços prestados pelo contribuinte. Tanto é assim que foi esclarecido no voto:

O conceito de cessão de mão-de-obra, buscado na legislação securitária, está expresso no art. 23 da Lei n.º 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei n.º 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 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 art. 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;

IV – contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

De tal sorte que para restar caracterizada a cessão de mão de obra, necessária a presença de um requisito fundamental que, ao meu sentir, não se encontra presente no caso vertente, qual seja, a colocação de funcionários à disposição da contratante. Em nenhum momento dos contratos ficou clara a subordinação dos empregados da contratada à prepostos ou gestores da contratante. (Grifou-se).

Ainda no que concerne às notas fiscais, há um parágrafo inteiro do voto dedicado a elas:

As notas fiscais de prestação de serviços da empresa, ora litigante, fls. 12 a 17, juntadas pela fiscalização, nos dá conta de utilização de equipamentos para extração de toras de pinus, plantios de pinus, combate a formigas e roçadas, sendo a mão-de-obra destacada em uma das notas no percentual de 35% do total dos serviços. Significa dizer que a mão-de-obra é tão-somente um dos elementos constituintes dos serviços prestados, portanto, mesmo sem analisar os contratos que deram azo às notas fiscais pode-se dizer que os serviços prestados pela recorrente também não se encaixam em nenhuma das hipóteses elencadas pelas conclusões do aludido Parecer COSIT.

E disse isso porque o Parecer COSIT n.º 96/99, malgrado eu não concordar com as suas conclusões de que locação de mão-de-obra, cessão de mão-de-obra e empreitada de mão-de-obra se equivalem, quando faz alusão às pessoas jurídicas impedidas de optar pelo SIMPLES, não agasalhava a atividade da recorrente, porquanto dizia o Parecer:

De todo o exposto, conclui-se que estão impedidas de optar pelo SIMPLES, as pessoas jurídicas que:

a) têm como atividade a locação de mão-de-obra;

b) firmam contratos de prestação de serviços relativos à empreitada exclusivamente de mão-de-obra;

c) contratam serviços mediante cessão de mão-de-obra;

e) estabelecem contratos de prestação de serviços relativos à empreitada e subempreitada de mão-de-obra, aplicados à construção

civil, independentemente do fornecimento de material (Lei nº 9.528/97, art. 4º).

De todo modo, aproveito a oportunidade desses embargos declaratórios para esclarecer que o fato de a recorrente interpretar ser contribuinte do INSS e reter os 11% nas suas notas fiscais, não significa, para mim, que ela, de fato, preste serviços mediante cessão de mão-de-obra. E mais, cessão de mão-de-obra, locação de mão-de-obra e empreitada de mão-de-obra são institutos distintos, tanto para o Direito Civil como para o Direito Tributário, e mesmo no âmbito do Direito Previdenciário é de se perquirir se não há distinção, pois o § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91 teve o cuidado de definir cessão de mão-de-obra para os fins daquela lei específica (Plano de Custeio).

Ante o exposto, conheço dos embargos, e NEGO-LHES PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2008


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator