



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

Processo n° 10945.001333/2009-96
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.608 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2014
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO - CESSÃO DE MÃO DE OBRA
Recorrente EDUCAREFOZ TURISMO E EDUCAÇÃO AMBIENTAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 01/10/2005

SIMPLES. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE ATIVIDADE IMPEDITIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Comprovado que o contribuinte não desempenhava atividade vedada para ingresso e permanência no Simples, cancela-se a exclusão combatida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, dar provimento ao recurso para cancelar a exclusão do SIMPLES, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

Tratam os autos de exclusão do Simples Federal por supostamente a Interessada realizar atividade vedada aos optantes de tal regime privilegiado (cessão de mão de obra, a teor do que disporia a alínea "f" do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

Por bem refletir o litígio até aquele momento, adoto o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples DRF/Foz do Iguaçu de 13/04/2010 (fl.195-196) emitido ao amparo da Representação Administrativa, fl. 05-07, que excluiu a contribuinte ao Simples, com efeitos a partir de 01/10/2005, em face de ter incorrido na vedação prevista na alínea "f" do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996. Instruem a representação os documentos de fls 08-189.

2. Regularmente cientificada (27/05/2010, fl. 208), em sua defesa argumenta que teria ocorrido erro de interpretação por parte da autoridade fiscal pois a atividade desenvolvida não é vedada ao Simples, posto tratar-se de mera prestadora de serviços.

3. Afirma ser empresa "incubada" pela "incubadora" Fundação Parque Tecnológico Itaipu (FPTI) e presta serviços relacionados ao turismo a educação ambiental a diversas empresas, entre as quais a ITAIPU; que propôs um programa de educação ambiental a ser desenvolvido com os visitantes de Itaipu que foi aceita pela binacional, a qual, pagou o valor convencionado, como uma espécie de patrocínio ao desenvolvimento da atividade, muito comum entre as entidades governamentais; que é fundação é empresa pública e obrigada a respeitar os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal de legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e de eficiência no trato da coisa pública; que os CNAE previstos no seu Contrato Social não tipificam atividades vedadas ao Simples, quais sejam:

- recepção e acompanhamento de visitantes em unidades de conservação para turismo ecológico, cultural e demais ações de uso público (CNAE 93.29-8/99);*
- serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas (CNAE 82.30-0/01);*
- serviços de organização, produção e promoção de eventos culturais (CNAE 90.01-9/99) e;*
- promoção de turismo local com atividade de informação e assistência a turistas, inclusive a órgãos municipais, estaduais e federais (CNAE 79.902/00).*

4. *Sustenta que a jurisprudência é farta ao sustentar que nenhuma destas atividades é vedada ao Simples; menciona e enumera o disposto no Regulamento da Previdência Social sobre quais os serviços realizados mediante cessão de mão de obra; afirma que inexistente subordinação hierárquica de seus empregados em relação à contratante Itaipu e lança mão de julgado do TRF4 ao processo nº 2008.70.00.021605-8, para afirmar que as empresas optantes do Simples não estão sujeitas ao pagamento da contribuição de 11% devida sobre a fatura ou nota de serviço.*

5. *Para demonstrar a falta de subordinação hierárquica de seus empregados à Itaipu, descreve a forma com os serviços são prestados. Alega que embora precise apresentar todo mês um cronograma das atividades a serem desenvolvidas, o qual é monitorado e fiscalizado pela contratante, isso não significa que os serviços sejam prestados mediante cessão de mão de obra; que o poder de fiscalização da contratada não inclui nenhum tipo de ordem ou diretriz transmitida diretamente aos prestadores do serviço, ficando restrito à representante da contratada; que os serviços sempre ocorreram sob o comando da administradora ou de uma das sócias da contratada, sendo forçoso concluir que não restou caracterizada a cessão de mão de obra, nos termos dos julgados administrativos que transcreve.*

6. *Faz uma análise de alguns trechos do contrato que está anexado ao processo e conclui que a Itaipu, sabia e se protegia de eventual possibilidade de demonstração de relação de emprego com os funcionários da contratada, abstraindo-se de emitir qualquer ordem.*

7. *Discorre acerca da falta de pessoalidade dos empregados quando da prestação dos serviços pela ora reclamante e chama a atenção para o seguinte: a) que nas notas fiscais emitidas pela ora reclamante não consta Cessão de mão de obra, mas sim, prestação de serviços; b) que os empregados da reclamante não utilizavam uniformes da contratante, mas da própria empresa; c) que a contratante não tinha controle de horário dos funcionários da impugnante e, assim, sendo, não há que se falar em subordinação e/ou pessoalidade na relação em análise.*

8. *Afirma ser indevida a pretensão de sua exclusão ao Simples posto que, como já demonstrado, seus empregados não trabalham exclusivamente para a contratante e não eram seus subordinados e que o monitoramento e a supervisão técnica de Itaipu em relação à contribuinte não caracteriza subordinação, mas de especificações sobre o serviço a ser desenvolvido.*

9. *Alega ser hipossuficiente e destaca que o legislador tem obrigação de proteger as empresas de pequeno porte, pois, é princípio constitucional conceder tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a elas.*

10. *Sustenta que até 13/11/2009, com a edição da Instrução Normativa RFB nº 971, não havia previsão legal apta a impedir relações jurídico-tributárias entre empresa que presta serviços e a ARFB mediante o Simples.*

11. *Discorda do efeito retroativo da exclusão, taxando-o de ilegal. Defende que as IN RFB nº 938 e 971 de 2009 permitem que empresas que*

cedem mão de obra possam aderir ao Simples e que, não podem ser consideradas irregulares as empresas em período anterior à edição das IN, senão sob alegação de má fé da administração pública. E mais, invoca que na pior das hipóteses, caso seja mantida sua exclusão ao Simples, lhe deve ser garantido o direito de usar como abatimento todos os valores pagos pelo regime ou retidos.

12. Ao final, pleiteia: que seja declarado insubsistente o ato que a excluiu ao Simples ou; que a exclusão se opere a partir da data de publicação do ADE ou; a partir da edição da IN RFB nº 971, de 2009, ou; que a exclusão se opere apenas durante a vigência do contrato firmado com a Itaipu (2005/2006), ou; que a exclusão vigore apenas durante a vigência da Lei nº 9.317, de 1996 e; que seja declarado o direito à devolução das contribuições previdenciárias ou que seja autorizada sua compensação.

A decisão recorrida julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão do Simples realizada pela autoridade fiscal, inclusive com efeitos retroativos. Os excertos da ementa do acórdão a seguir reproduzidos refletem os limites da lide:

SIMPLES. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DISPONIBILIZAÇÃO DE TRABALHADORES. SERVIÇOS CONTÍNUOS. SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA.

A cessão de mão-de-obra caracteriza-se pela disponibilização de trabalhadores nas dependências do contratante, ou de terceiros, para a realização de serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

[...]

EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte deixou de observar as hipóteses impeditivas, é admitida pela legislação.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 23 de outubro de 2012 (fl. 640), apresentando recurso voluntário de fls. 641-659.

Em resumo, alega a recorrente que não realiza cessão de mão de obra e que nenhum dos códigos CNAE que utiliza correspondem a atividades vedadas ao Simples; que as empresas optantes pela sistemática não estão sujeitas ao pagamento da contribuição de 11% devida sobre a fatura ou nota de serviço; que inexistente a subordinação de seus funcionários à Itaipu; discorda do efeito retroativo da exclusão, taxando-o de ilegal; defende ainda que as IN RFB nº 938 e 971 de 2009 permitem que empresas que cedem mão de obra possam aderir ao Simples e que, não podem ser consideradas irregulares as empresas em período anterior à edição das IN tenham realizados tais serviços, senão sob alegação de má fé da administração pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

A decisão recorrida confirmou o entendimento da autoridade fiscal quanto à atividade desempenhada pela Recorrente: tratar-se-ia de cessão de mão de obra, atividade que a impediria de usufruir do regime simplificado e privilegiado de tributação, a teor do disposto na alínea "f" do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

A Recorrente alega que sua atividade não se confunde com cessão de mão de obra, mas sim prestação de serviços. Seriam esses os serviços prestados:

- recepção e acompanhamento de visitantes em unidades de conservação para turismo ecológico, cultural e demais ações de uso público. (CNAE 93.29-8/99)
- serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas (CNAE 82.30-0/01)
- serviços de organização, produção e promoção de eventos culturais (CNAE 90.01-9/99)
- promoção de turismo local com atividade de informação e assistência a turistas, inclusive a órgãos municipais, estaduais e federais. (CNAE 79.90-2/00)

Seus trabalhadores não seriam postos à disposição da empresa contratante, mas sim desempenhando tarefas sob sua própria subordinação a fim de desenvolver os serviços que foram objeto de contratação.

Sem adentrar no mérito se há distinção entre locação e cessão de mão de obra e se tal distinção seria determinante a fim de se aplicar a literalidade do art. 9º, XII, "f" da Lei nº 9.317, de 1996, para fins de exclusão ou opção pelo Simples¹, entendo assistir razão à Recorrente.

A decisão recorrida, em resumo, assim resume seu entendimento:

43. Analisando as disposições do referido instrumento temos que a reclamante, para fazer jus ao pagamento, teria que preencher uma série de requisitos, entre eles, observar o disposto na Proposta Técnica, a qual foi anexada à Autorização de Serviço, constituindo parte integrantes desta. Na cláusula específica sobre forma e condições de pagamento constam alguns dispositivos que deveriam ser observados pela contratada, no que se refere ao cumprimento de obrigações trabalhistas, a emissão da nota fiscal, a apresentação das guias de

recolhimento do FGTS e da previdência social, além da previsão de fiscalização, por parte da Contratante, sem que isso resulte em redução ou supressão da responsabilidade da reclamante por eventuais erros, falhas ou omissões.

44. Perceba-se que toda a situação configura a cessão 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.

Compulsando os autos, concludo de modo oposto: houve prestação de serviço e não locação ou cessão de mão de obra. Analisando a proposta comercial de fls. 43-50 e autorização de serviços de fls. 51-59 resta evidente que não há qualquer compromisso da contratada em fornecer mão de obra à contratada, muito pelo contrário, o objeto do contrato é a prestação de serviços na área de educação ambiental.

Veja-se que o contrato possui valor fixo (R\$ 175.000,00) e não determina quantos funcionários serão responsáveis pela prestação do serviço, preocupando-se única e exclusivamente com os serviços a serem prestados.

Não há que se falar também em subordinação dos funcionários da Recorrente em relação. E, para caracterização de locação ou cessão de mão de obra, necessária seria a comprovação de subordinação hierárquica entre os funcionários da contratada, ora Recorrente, e a contratante. À fl. 55 pode-se observar que a atuação da contratada quanto à fiscalização da execução do contrato se dá entre ambas as empresas, e jamais entre contratante e funcionários, uma vez que as comunicações que se fizerem necessárias se dão entre contratante e contratada, por escrito.

H) GESTÃO/FISCALIZAÇÃO

1. A ITAIPU, por meio da Superintendência de Gestão Ambiental, gestora desta Autorização de Serviço, fiscalizará a sua execução, sem que esta fiscalização signifique redução ou supressão da responsabilidade da CONTRATADA por eventual erro, falha ou omissão, exceto se decorrentes de determinações emanadas da ITAIPU.

2. A área gestora deverá:

a) decidir, em nome da ITAIPU, todas as questões relacionadas com a execução dos serviços;

b) encaminhar à CONTRATADA, por escrito, as comunicações que se fizerem necessárias.

Tais elementos de convicção não se mostram abalados em razão de a Recorrente necessitar comprovar mensalmente, para fins de recebimento dos valores contratados, quitação de FGTS e previdência de seus funcionários. Tal exigência por parte da contratante é corriqueira nos contratos de prestação de serviços, e, em geral, decorre da ampla possibilidade de o contratante ter a vir que honrar com obrigações trabalhistas que a prestadora de serviços possa não fazê-lo, diminuindo, assim, as chances de condenação em futuras demandas trabalhistas relativas a funcionários da contratada.

Processo nº 10945.001333/2009-96
Acórdão n.º **1402-001.608**

S1-C4T2
Fl. 667

Isso posto, voto por dar provimento ao recurso voluntário, cancelando a exclusão do Simples contestada.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

CÓPIA