



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10950.000472/2008-42
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.289 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 07 de maio de 2020
Recorrente BOSS SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. ATIVIDADE VEDADA. ÔNUS DA PROVA.

A mera menção de que a empresa exerce de atividade vedada ao regime do SIMPLES é insuficiente para a sua exclusão sendo da Administração Tributária o ônus de demonstrar por outros meios de prova o efetivo exercício de atividade vedada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 06-36.206 da 2ª Turma da DRJ/CTA, de 22 de março de 2012 (fls. 312 a 319):

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo nº 02, de 17/01/2008 emitido ao amparo da Representação Administrativa, fl. 03-11, acompanhada de documentos, que excluiu a contribuinte ao Simples, com efeitos a partir de 03/09/2004, em face de ter incorrido na vedação expressa prevista na alínea “f” do inciso XII do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996 que corresponde às atividades de limpeza, conservação e locação de mão de obra.

2. A exclusão decorre de representação, conforme já relatado, sendo de se destacar os trechos abaixo:

A empresa ESCRITÓRIO CONTÁBIL ALVORADA S/C LTDA, CNPJ 75.253.567/0001-79, empresa de contabilidade, com vedação à opção pelo SIMPLES, está obrigada a recolher ao INSS, as contribuições previdenciárias a cargo da empresa e de outras entidades e fundos (SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO) e as retidas dos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais, incidentes sobre as respectivas remunerações pagas, devidas ou creditadas. A empresa é administrada pelos Sócios Gerentes, ANISIO LUIZ RE, MARIA CÉLIA FERREIRA PINELLI e ARCHANJUINO ALVES FERREIRA NETO.

Já a empresa BOSS SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA ME, CNPJ 06.973.683/0001-40, empresa de processamento de dados, sendo optante pelo SIMPLES não está obrigada a recolher, as contribuições previdenciárias a cargo da empresa e de outras entidades e fundos, uma vez que estas contribuições estão substituídas pela sistemática de recolhimento do SIMPLES, mas devem recolher as contribuições retidas dos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais, incidentes sobre as respectivas remunerações pagas, devidas ou creditadas. A empresa é administrada pela Sócia Gerente, MARIA CÉLIA FERREIRA PINELLI, que ingressou na sociedade da empresa ESCRITÓRIO CONTÁBIL ALVORADA S/C LTDA como técnica em contabilidade na sexta alteração de contrato social em 18/08/1999.

Esta empresa iniciou suas atividades em 03/09/2004, sendo optante pelo SIMPLES desde a data de sua abertura. Verificou-se que a Sócia Gerente, MARIA CÉLIA FERREIRA PINELLI também Sócia Gerente da empresa ESCRITÓRIO CONTÁBIL ALVORADA S/C LTDA, e que deixou de efetuar, nesta empresa, as retiradas de Pró-Labore (remuneração paga pelos serviços prestados pelo administrador da empresa), a partir da competência 09/2004, mas passou a fazer retiradas pela empresa BOSS SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA ME. Se fizesse as retiradas de Pró-Labore pela empresa de contabilidade, estaria sujeita ao recolhimento de contribuições previdenciárias correspondentes a 20% sobre o valor do Pró-Labore, sendo esta a parte a cargo da empresa, e mais 11% que seria retida (descontada do segurado) do valor do Pró-Labore. Sobre o Pró-labore não tem incidência da contribuição previdenciária destinada a outras entidades e fundos. Como passou a fazer as retiradas pela empresa de processamento de dados, está sujeita apenas ao recolhimento da parte retida de 11% incidente sobre a retirada de Pró-Labore, pois a parte a cargo da empresa e a destinada a outras entidades ou fundos fica substituída pela sistemática do SIMPLES. A empresa não possui empregados, fato que pode ser confirmado também em consultas ao Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED do Ministério do Trabalho e Emprego, e no Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS. [...]

No local da empresa ESCRITÓRIO CONTÁBIL ALVORADA S/C LTDA, CNPJ 75.253.567/000179, empresa de contabilidade, verificamos a atividade laboral da sócia gerente da empresa de processamento de dados, BOSS SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA ME. Fato constatado pelo atendimento da Sra. MARIA CÉLIA FERREIRA PINELLI, nesta ação fiscal e em outras ações realizadas. Assim, com a abertura da empresa de processamento de dados

e respectivas transferências de retiradas de pro-labore, verifica-se que a empresa de contabilidade reduziu seus encargos previdenciários, mas como a sócia gerente MARIA CÉLIA FERREIRA PINELLI continua exercendo suas atividades através da empresa de processamento de dados, esta deve ser excluída do SIMPLES pelo conceito de locação de mão de obra.

Embora não tenha sido apresentado o contrato de prestação de serviços é evidente que pelos fatos citados anteriormente que de um lado temos como empresa CONTRATADA a empresa de processamento de dados BOSS SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA ME, e como CONTRATANTE a empresa de contabilidade ESCRITÓRIO CONTÁBIL ALVORADA S/C LTDA. A contratada disponibiliza a sócia gerente MARIA CÉLIA FERREIRA PINELLI para empresa contratante que exerce suas atividades no mesmo local da contratante, sob o comando e a direção da contratante, exercidos pelos sócios gerentes ARCHANJUINO ALVES FERREIRA NETO, ANÍSIO LUIZ RE e MARIA CÉLIA FERREIRA PINELLI, sendo esta última a mesma sócia gerente da contratada. Evidenciou-se, assim, que o comando e a direção dos trabalhos são exercidos pela contratante.

3. Na manifestação de inconformidade sustenta que sua atividade é serviços de digitação e prestação de serviços de processamento de dados; que à época da ação fiscal não havia nenhum funcionário razão pela qual em 01/04/2007 foi contratada uma funcionária para serviços gerais, que estava subordinada às ordens de seu empregador, não tendo ligação com outras pessoas jurídicas ou físicas a qual já se encontra desligada da empresa; que a atividade que exerce não tipifica locação de mão de obra; que o auditor não possui nenhuma prova convincente para a elaboração do processo, tendo agido de forma arbitrária e que deve ser declarada a insubsistência e improcedência do ADE.

A DRJ/CTA julgou improcedente a manifestação de inconformidade da empresa recorrente, por entender que o fato de a sócia-gerente da empresa contribuinte exercia suas atividades nas dependências da tomadora dos serviços, numa relação de contratante e contratado, e por entender pela existência da transferência da direção da execução dos serviços ao estabelecer a seguinte distinção (fl. 317):

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

[...]

22. 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. Concluindo, a contribuinte exerce trabalhos para o Escritório Contábil, que está impossibilitado de aderir ao Simples, permitindo a este reduzir ao mínimo seu quadro de funcionários e assim, diminuir drasticamente as obrigações fiscais e trabalhistas. De outro lado a reclamante pode aderir ao Simples e reduzir suas obrigações por conta da

tributação mais favorecida. E a sócia gerente da empresa Boss, Maria Célia, como passou a fazer as retiradas pela empresa de processamento de dados, está sujeita apenas ao recolhimento da parte retida de 11% incidente sobre a retirada de Pro-Labore, pois a parte a cargo da empresa e a destinada a outras entidades ou fundos fica substituída pela sistemática do SIMPLES

31. O último argumento da contribuinte é de que o auditor não possui nenhuma prova convincente para a elaboração do processo. Ledo engano. A ação fiscal comprova que a titular da ora reclamante, Maria Célia Ferreira Pinelli, que também é sócia do escritório contábil, presta serviços dentro deste, sendo que foi ela que recepcionou e atendeu ao fisco nas visitas que lhe foram feitas. A reclamante foi constituída com o fim de reduzir os custos do escritório contábil que, por força da legislação de regência não pode aderir ao Simples e, para ela própria, foi a oportunidade de beneficiar-se da tributação favorecida.

Ante o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão do Simples efetuada pelo Ato Declaratório Executivo n.º 02/2008 da DRF/Maringá.

Face ao referido Acórdão da DRJ/CTA, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 322 a 323) alegando, em síntese:

- que embora fosse contabilista, não prestava serviço de contabilidade para a empresa tomadora (Escritório Alvorada);
- que não há contrato de prestação de serviços da contribuinte com o Escritório Alvorada;
- que poderia estar em qualquer lugar, inclusive nas dependências do Escritório Alvorada, do qual também era sócia;
- que a empresa contribuinte foi baixada em 29/05/2009;
- que o Fiscal não apresentou prova convincente capaz de ensejar a sua exclusão do SIMPLES.

A título de confirmação, constatou-se que a empresa contribuinte foi baixada em 29/05/2009, conforme pesquisa junto ao *site* da RFB:

NUMERO DE INSCRIÇÃO 06.973.683/0001-40 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 03/09/2004
NOME EMPRESARIAL BOSS SERVICOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) *****		PORTE ME

SITUAÇÃO CADASTRAL BAIXADA	DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 29/05/2009
MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL EXTINCAO - TRAT. DIF. DADO AS ME E EPP	

Ao fim, a recorrente pede o provimento do recurso voluntário (fl. 323).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF n.º 329/2017, considerando-se tratar de exclusão no regime de tributação pelo SIMPLES, desvinculada de crédito tributário em cobrança.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 11/05/2012, vide carimbo da RFB, fl. 322, face ao recebimento da intimação datada de 11/04/2012, fl. 321) e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário indicar que o ponto controvertido ainda sob análise diz respeito à caracterização, ou não, dos serviços prestados pela empresa contribuinte como cessão de mão-de-obra.

A DRJ se baseou nos fatos verificados *in loco* por parte de Auditor Fiscal da Previdência Social e demais documentos por ele relacionados (fls. 7 a 10), o qual entendeu que o “comando e a direção dos trabalhos são exercidos pela contratante” (fl. 9).

Ocorre que referido Auditor não indicou em qual meio de prova presente no processo, seja pelos fatos ou pela documentação, teria ensejado à conclusão da existência da

transferência do comando/direção dos trabalhos da prestadora contratada para a tomadora contratante.

De igual modo, a DRJ reiterou os argumentos da representação de fls. 3 a 10, sem indicar categoricamente qual meio de prova teria permitido concluir pela transferência do comando/direção dos trabalhos da prestadora para a tomadora.

O STJ fixou entendimento de que, na cessão de mão-de-obra, os empregados ficam submetidos ao poder de comando do próprio contratante, não do cedente, nos seguintes termos:

São, portanto, requisitos caracterizadores da cessão de mão-de-obra, a colocação de empregados (“segurados”) à disposição do contratante. Nesse sentido, os empregados ficam submetidos ao poder de comando do próprio contratante, não do cedente.

REsp 499955/RS, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 14.06.2004, p. 164).

O fato de a sócia-gerente da empresa contribuinte ser encontrada fisicamente nas dependências do Escritório Alvorada, não induz necessariamente a existência de poder de comando do Escritório Alvorada sobre a empresa contribuinte ora Recorrente, isso porque a Sra. Maria Célia Ferreira Pinelli era sócia-gerente de ambas as empresas, podendo, portanto, ser encontrada em quaisquer empresas.

Não foi juntado ao processo qualquer documento que comprovasse a relação entre referidas empresas, na medida em que as Notas Fiscais apresentadas de fls. 254 a 264 não indicam como tomador o Escritório Alvorada, tampouco tendo sido apresentados contratos entre referidas empresas.

A contribuinte nega que tenha prestado serviço ao Escritório Alvorada, e a ausência de provas cabais, nos autos, contrárias à contribuinte, enseja a impossibilidade de demonstrar a existência de relação contratual e, por decorrência lógica, de qualquer poder de comando sobre suposta mão-de-obra cedida entre referidas empresas.

Diante dos argumentos e informações apresentados nos autos, importante mencionar a Súmula nº 134 desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que assim dispõe:

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, **sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.**

Em que pese o presente processo não tratar especificamente de exclusão de empresa optante pelo SIMPLES pelo fato de manter atividade vedada em seu contrato social, de referida Súmula se extrai que a fiscalização possui o dever de cabalmente demonstrar a efetiva execução de atividade vedada à opção pelo SIMPLES.

Em relação ao presente processo, sequer foi comprovada a relação contratual entre as empresas.

Dessa forma, seria ônus da Administração Tributária trazer elementos que indicassem que a empresa prestava serviços de cessão de mão-de-obra, e não efetuar a exclusão baseando-se apenas no argumento de que, em tese, estaria a contribuinte exercendo atividade de cessão de mão-de-obra (vedada aos optantes do SIMPLES).

Sobre o tema, necessário é mencionar as Soluções de Consulta - Cosit nº 312 de 06 de novembro de 2014 e a de nº 28, de 16 de janeiro de 2017, que trazem pertinentes esclarecimentos sobre os requisitos necessários para a caracterização ou não de cessão de mão de obra.

Considerando o cenário fático em discussão, a Solução de Consulta nº 28 de 2017 nos esclarece quanto a cessão de mão-de-obra, no seguinte sentido:

13. Com relação à colocação do trabalhador à disposição do tomador, esse requisito pressupõe que o trabalhador atue sob as ordens do tomador dos serviços (contratante), que conduz, supervisiona e controla o seu trabalho.

13.1. Percebe-se, assim, que a empresa contratada, ao ceder trabalhadores a outra, transfere à contratante a prerrogativa, que era sua, de comando desses trabalhadores. Ela abre mão, em favor da contratante, de seu direito de dispor dos trabalhadores que cede, do direito de coordená-los. Dessa forma, a empresa contratante dos serviços poderá exigir dos trabalhadores cedidos a execução de tarefas objeto da contratação.

13.2. Enfim, **se os trabalhadores se limitarem a fazer o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, não ocorrerá a disponibilização da mão de obra e, por conseguinte, não restará configurada a sua cessão. Nesse tipo de prestação de serviço, a empresa contratada compromete-se à realização de tarefas específicas, que por ela devem ser levadas a cabo.**

Do mesmo modo são os ensinamentos contidos na Solução de Consulta n.º 312 de 2014, que assim dispõe:

10. Conclui-se, assim, que quando uma empresa cede trabalhadores a outra empresa, ela **transfere a essa outra empresa a prerrogativa que era sua de comando desses trabalhadores**. Ela abre mão, em favor da contratante, do seu direito de dispor dos trabalhadores que cede; abre mão do seu direito de coordená-los. Dizer, então, que trabalhadores de uma empresa contratada estão à disposição de uma empresa contratante de serviços significa dizer que essa empresa contratante pode deles dispor; pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à empresa que os cedeu. Nesse tipo de contrato o objeto é a mão de obra. Nesse tipo de contrato a empresa contratante define a quantidade de trabalhadores que ela necessita para executar serviços que são de sua responsabilidade.

11. Por outro lado, se os trabalhadores simplesmente fizerem o que está previsto em contrato firmado entre as empresas, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, ou melhor dizendo, se a empresa contratante de serviços não puder deles dispor, não puder coordenar a prestação do serviço, não ocorre “o ficar a disposição” e, por conseguinte, não ocorre a cessão de mão de obra nos termos do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 1991. Nesse tipo de prestação de serviço é a empresa contratada que, por força do contrato firmado, está à disposição da empresa contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados a ela; nesse tipo de prestação de serviço, se houver necessidade, é a empresa contratada que receberá orientações da empresa contratante e as repassará aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo; a empresa contratante não está preocupada com a mão de obra, no que diz respeito à quantidade de trabalhadores que irão executar o serviço; para ela não interessa se, por exemplo, serão dois, três, ou dez trabalhadores, pois essa definição caberá à empresa contratada; para ela o que interessa é o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da empresa contratada.

(grifos nossos)

Conforme estabelece a Instrução Normativa n.º 1.396 de 16 de setembro de 2013, que dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária, os entendimentos prolatados nas soluções de consulta da Coordenação Geral de Tributação- Cosit anteriormente referidas, passam a valer para todos os auditores e contribuintes, pois se revestem de caráter vinculante (grifo nosso):

Art. 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consultante, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.

(grifos nossos)

Resta, portanto, evidente a não caracterização da relação entre referidas empresas, muito menos a existência de cessão de mão-de-obra.

Nesses termos, a nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/MGA n.º 02, de 17 de janeiro de 2008, é medida que se impõe, a fim de se afastar a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES.

Dispositivo

Posto isso, restando comprovado a não caracterização de cessão de mão-de-obra por parte da empresa contribuinte, torna-se inviável seu reconhecimento, havendo motivos para a reforma do Acórdão da DRJ.

Considerando-se, portanto, os fatos e provas apresentados aos autos, alinhados aos entendimentos da Súmula do CARF n.º 134, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bem como de Soluções de Consultas da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo contribuinte, declarando nulo os efeitos do Ato Declaratório Executivo DRF/MGA n.º 02, de 17 de janeiro de 2008, e atos administrativos ulteriores que o ratificaram, afastando-se a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros