



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.002505/2008-31
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.292 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 07 de maio de 2020
Recorrente FLORESTAL RIO NEGRO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

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 exclusão sendo da Administração Tributária o ônus de demonstrar por outros meios de prova o efetivo exercício de atividade vedada.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ÔNUS DA PROVA.

Cabe à Administração Tributária o ônus de comprovar a presença dos requisitos indispensáveis à caracterização de cessão de mão de obra, quais sejam, os trabalhadores devem ser colocados à disposição da empresa contratante, os serviços prestados devem ser contínuos, a prestação de serviços deve se dar nas dependências da contratante ou na de terceiros com transferência do poder de comando sobre os empregados da empresa contratada para a empresa contratante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, 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

Fl. 2 do Acórdão n.º 1002-001.292 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10980.002505/2008-31

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 06-32.868 da 2ª Turma da DRJ/CTA, de 28 de julho de 2011 (fls. 62 a 67):

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório no 18, de 26/01/2010 (fls. 42), emitido ao amparo do Despacho Decisório SECAT/EQCAD/DRF/CTA de fls 40-41, que excluiu a contribuinte ao Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002, em face de auferir receitas decorrentes da locação de mão de obra. Portanto, a exclusão ao benefício ocorreu por impedimento expresso e o fundamento legal para a emissão do ato é o artigo 90, inciso XII, alínea "f" combinado com o artigo 15, inciso II da Lei n.º 9.317, de 1996 com a redação dada pelo artigo 33 da Lei n.º 11.196, de 21/11/2005.

2. Na manifestação de inconformidade afirma que o ato de exclusão deve ser reformado pois não ocorre no caso em tela, a subsunção dos fatos ao comando do artigo 9º, inciso XII, alínea "P" da Lei n.º 9.317, de 1996; que os contratos e as notas fiscais não mencionam a locação de mão de obra; que eles se referem à execução de serviços de preparação de madeira, incluindo o corte e a rachadura; que tais serviços são realizados por equipamentos específicos, não podendo ser executado mediante a aplicação de mão de obra; que não se trata de locação de mão de obra, mas prestação de serviços com equipamentos; que, caso tivesse ocorrido algum tipo de locação, esta seria a locação dos equipamentos; que o volume de metros cúbicos de madeira e toras demonstram que as tarefas eram realizadas por equipamentos especializados; que muito antes da publicidade do ADE já havia solicitado sua exclusão ao Simples; que o ADE é inócuo, posto que nos termos do artigo 14, inciso I da Lei n.º 9.317, a exclusão se dará de ofício somente quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica; que o pedido de exclusão decorre de um de seus sócios participar com mais de 10% do capital social de outra empresa, cuja receita bruta ultrapassa o limite previsto no artigo 2º da lei e, portanto, o ato ora atacado perdeu sua razão de existir, deixando de possuir qualquer eficácia jurídica.

A DRJ/CTA julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade, por entender a DRJ que a empresa contribuinte supostamente exercia atividades vedadas de cessão de mão de obra (fls. 64 a 67), determinando com isso a sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, instituído pela Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, nos seguintes termos:

[...] 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 [...].

[...] 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**.

[...] No caso, restou caracterizada a cessão de mão-de-obra, 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 já mencionada houve a

colocação de funcionários da contratada à disposição da contratante nas dependências que esta determinar e a prestação de serviços contínuos.

[...] Ante o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão do Simples efetuada pelo Ato Declaratório Executivo n.º 18/2010 da DRF/Curitiba.

Dessa forma, a 2ª Turma da DRJ/CTA decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo a decisão de Unidade de Origem.

Face ao referido Acórdão da DRJ/CTA, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 82 a 94), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do SIMPLES levada a efeito pela autoridade fiscal.

A contribuinte apresenta, ainda, documento de identificação, procuração e Contrato Social (fls. 95 a 99).

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 2ª Turma da DRJ/CTA, requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário interposto.

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 nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES, desvinculados de exigência de crédito tributário, ano-calendário 2002.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (protocolado em 17 de abril de 2012, fl. 82, face ao recebimento da intimação datada de 23 de março de 2012, fl. 81), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Preliminares

A Recorrente, dentre seus pedidos, incluiu, ao fim de seu Recurso Voluntário (fl. 94), pedidos relativos ao tratamento de intimações.

Desse modo, por não encerrar questões de mérito, reputa-se adequado conferir-lhes o tratamento de questões preliminares.

Considerando, portanto, o pedido de que as futuras comunicações do presente processo sejam dirigidas não só ao contribuinte, mas também ao advogado, sob pena de nulidade, entendo que o presente pedido se demonstra improcedente, já que contrário à Súmula n.º 110 do CACRF, que assim dispõe: “No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (**Vinculante**, conforme Portaria ME n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).”

Acerca do pedido de intimação da empresa contribuinte acerca da inclusão do processo em pauta de julgamento, a fim de “eventual” sustentação oral, a parte não demonstrou categoricamente tal necessidade, na medida em que tratou tal sustentação como “eventual”, bem como não apresentou requerimento de tal sustentação oral no prazo de até 5 dias da publicação da pauta no *site* do CARF, nos termos do art. 61-A, §2º, do Anexo II, da Portaria n.º 343/2015 (RICARF).

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo DRF/CTA n.º 18, de 26 de janeiro de 2010, face o artigo 9º, incisos XII, “f”, da Lei n.º 9.317 de 05 de dezembro de 1996, conforme despacho decisório proferido nos autos do processo administrativo n.º 10980.002505/2008-31, em razão do exercício de atividades vedadas, no caso, serviços de cessão de mão de obra.

Ocorre que, conforme constatado em documento da Receita Federal, de fls. 04 e 05, foi proposta a exclusão da Contribuinte do Simples pelo argumento de que, em tese, a Pessoa Jurídica FLORESTAL RIO NEGRO LTDA exercia atividades de cessão de mão de obra na prestação de atividades de corte, descascagem e baldeação de madeira, sob entendimento de se tratarem de atividades vedadas aos optantes pelo SIMPLES.

Isso se deu pelo fato de constar, em contratos de prestações de serviços entre a contribuinte e a empresa PLACAS DO PARANÁ S.A., que a execução de serviços de preparação de madeiras eram realizados pelos funcionários da contratada.

Não obstante as decisões administrativas contidas no presente processo, a contribuinte reitera não havia cessão de mão de obra para a empresa contratante, mas sim a prestação de serviços, realizados por seus funcionários bem como fornecimento de equipamentos e maquinários para a realização do tratamento de madeiras, atividades tais como corte, descascagem, baldeação e carga.

Menciona a recorrente, ainda, que a Administração Tributária não logrou êxito em comprovar suas alegações para a exclusão em comento, por inexistência nos autos de elementos de prova capazes de refutar a sua opção pelo regime de tributação pelo SIMPLES.

Diante dos argumentos e informações apresentados nos autos, importante mencionar a Súmula n.º 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.**

(grifos nossos)

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 Pessoa Jurídica FLORESTAL RIO NEGRO LTDA exercendo esta atividade vedada aos optantes do SIMPLES.

O fato de a opção pelo SIMPLES ser um regime fiscal especial não permite que a autoridade exclua a pessoa jurídica do sistema com argumentos frágeis e que se transfira ao contribuinte o ônus de produzir prova de seu direito, em especial quando nada dele se exigiu de forma específica.

Analisando atentamente o Contrato de Prestação de Serviços 04/2000, bem como seus termos aditivos, bem como notas fiscais de serviços, anexados pela Administração Tributária (fls. 09 a 24), sendo as únicas provas utilizadas a fim de excluir do SIMPLES a empresa Contribuinte, conclui-se pela fragilidade dos argumentos do Fisco, na medida em que tais meios de prova se demonstram incapazes de demonstrar a transferência do poder de

comando/diretivo da empresa contratada para a empresa contratante sobre os empregados da empresa contratada.

Assim, não merece prosperar o argumento da vedação da empresa à opção pelo SIMPLES, disposto no artigo 9º, XII, “f”, da lei supramencionada.

Sobre o tema, necessário mencionar as Soluções de Consulta - Cosit n.º 312 de 06 de novembro de 2014 e a de n.º 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 n.º 28 de 2017 trata acerca da 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.**

De igual modo é o tratamento dado à matéria pela 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:

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 cessão de mão de obra, haja vista as cláusulas e condições contidas nos Contratos de Prestação de Serviços, em especial as cláusulas de números 02, 03 bem como 05 letra “e”:

02. **Para tanto a CONTRATADA se obriga a fornecer por sua conta, responsabilidade e risco, toda a mão de obra especializada ou não, bem como todos os instrumentos, ferramentas e demais equipamentos necessários consecução do objeto deste contrato,** a fim de preparar a quantidade de madeira estimada no quadro preambular deste instrumento, no prazo, pelo prego e aceitando as condições de pagamento também ali estabelecidas.

03. **A CONTRATADA responde pela perfeita execução dos serviços mencionados neste contrato e por todos os atos de seus empregados, inclusive perante terceiros, assumindo integral responsabilidade pelos trabalhadores por ela empregados na execução dos serviços ora contratados, respondendo como empregadora perante esse pessoal para todos os efeitos legais,** inclusive de legislação trabalhista, de previdência social, de legislação de seguro contra acidentes de trabalho e demais encargos correlatos, bem como pelos tributos de competência dos municípios, ficando ainda obrigada a fornecer acampamentos, sanitários, calçados, capacete e outros equipamentos de proteção individual (EPI's) apropriados e necessários ao pessoal encarregado do corte, descascagem e baldeação da madeira, sendo vedada a contratação de sub-empregados.

[...]

05. A quantidade de madeira a ser preparada pela CONTRATADA, durante o mês de dezembro de 2.000, será a de 1.000 m st para corte c/casca.

[...]

e) **A CONTRATADA deverá cortar somente nos talhões que forem designados; após neles serem terminados os serviços, será(ão) indicado(s) outro(s) talhão(ões) pelo funcionário da PLACAS DO PARANÁ responsável do setor;**

(grifos nossos)

Em síntese, cabe à contratante PLACAS DO PARANÁ a mera, natural e óbvia definição da demanda a ser trabalhada, ocasião em que a contratante se dirige à contratada, e não aos empregados da contratada, não havendo qualquer prova processual de interferência de comando direto da contratante sobre os empregados da contratada.

Ao contrário disso, cabe à contratada a integral responsabilidade pelos trabalhadores atuantes na execução dos serviços contratados.

Nesse contexto, insta ainda mencionar o entendimento jurisprudencial do Egrégio do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). **EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA.** RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282 do STF.

2. Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros.

3. **Não há, assim, cessão de mão-de-obra ao Município na atividade de limpeza e coleta de lixo em via pública, realizada pela própria empresa contratada, que, inclusive, fornece os equipamentos para tanto necessários.**

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 488.027/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2004, DJ 14/06/2004, p. 163)

(grifos nossos)

Alinhado à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consta expressamente no Contrato de Prestação de Serviços, em sua Cláusula de nº 02, que a empresa contratada, ora recorrente, é a responsável pelo fornecimento de todos os instrumentos, ferramentas e demais equipamentos necessários consecução do objeto deste contrato.

A respeito das informações contidas nas notas fiscais de serviços sobre os recolhimentos de 11% a título de contribuição previdenciária, não há como se ter conclusões

incontroversas, haja vista que tais valores foram informados como meros destaques, sem indicações sobre a existência de retenções e qual das empresas teria recolhido tais valores.

Ainda assim, a existência de retenções ou recolhimentos de tal percentual não demonstram categoricamente, por si só, a existência de atividade de cessão de mão de obra.

Nesses termos, diante de todo o exposto, a nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA n.º 18, de 26 de janeiro de 2010, é medida que se impõe, a fim de se afastar a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES.

Dispositivo

Posto isso, não restando comprovada a caracterização de cessão de mão de obra pela 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 REJEITAR a preliminar e **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pela contribuinte, declarando-se nulos os efeitos do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA n.º 18, de 26 de janeiro de 2010, e os atos administrativos posteriores que o ratificaram, afastando-se a exclusão da empresa do regime de tributação pelo SIMPLES.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros