



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11007.000048/2012-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-003.898 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de julho de 2020
Recorrente PEDRO REGINALDO DE ALBERNAZ FARIA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. COPEIRAGEM.

A copeiragem é modalidade de prestação de serviço com cessão de mão de obra, pelo que o prestador desse serviço não pode permanecer no Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do recurso voluntário e, no mérito, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Bárbara Melo Carneiro, que lhe deram provimento, nos termos do voto do relator. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, Barbara Melo Carneiro e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1201-003.898 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 11007.000048/2012-16

Relatório

Por bem resumir o litígio, reproduzo parcialmente o Relatório constante da decisão de primeira instância, complementando-o no final:

Trata o presente processo de Representação para Exclusão do Simples Nacional, em face de exercício de atividades vedadas pela lei, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/PEL n.º 15, de 13 de agosto de 2012, fl. 39.

Na representação fiscal, o auditor acusa a pessoa jurídica de exercer atividade vedada à opção pelo Simples Nacional (inciso XII do art. 17 da Lei Complementar 123/2006).

Para provar o que foi alegado, o auditor juntou notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela pessoa jurídica, cf. fls. 26 e 27 e contrato de prestação de serviços continuados de copeiragem com a contratante UNIÃO FEDERAL, por intermédio da Inspeção da Receita Federal em Santana do Livramento, inscrita no CNPJ sob o 00.394.460/0158-40 (fls. 8/23).

A interessada recebeu o Ato de exclusão do Simples em 16/08/2012 e, inconformada, apresentou manifestação de inconformidade na data de 11/09/2012, alegando:

- ter efetuado prévia consulta sobre matéria que versa sobre o mesmo objeto do Ato Declaratório de Exclusão DRJ/PEL nº 15/2012 (ADE), ainda não decidida, o que torna o ADE inquinado de nulidade insanável, visto que expedido depois de a consulta ter sido realizada e antes de ser decidida;

- não faz locação de mão-de-obra, visto que a copeira faz parte de seu quadro de empregados e é responsável pelos encargos sociais e trabalhistas da mesma, sendo que a empregadora gerencia e administra a atividade, fornece uniformes e material de limpeza e paga a empregada, não restando qualquer responsabilidade da tomadora dos serviços;

- não há cessão ou locação de mão-de-obra, pelo que não merece prosperar o ADE, requerendo seja reconhecida a nulidade do ato declaratório e mantida a requerente no Simples.

A DRJ julgou a manifestação de inconformidade improcedente por meio do Acórdão de fls. 109/114, o qual recebeu a seguinte ementa:

OPÇÃO PELO REGIME. ATIVIDADE VEDADA. INDEFERIMENTO.

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que desenvolva atividade vedada ao ingresso neste regime de tributação diferenciado e que esteja relacionada na legislação de regência.

Cientificada dessa decisão em 15/07/2014 (fls. 119), a contribuinte, em 12/08/2014, interpôs recurso voluntário (fls. 121/124), onde basicamente reitera as alegações de defesa.

É o relatório.

Fl. 3 do Acórdão n.º 1201-003.898 - 1ª Seju/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 11007.000048/2012-16

Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço e passo a apreciá-lo.

Restou demonstrado que a Recorrente e a Inspetoria da Receita Federal em Sant'Ana do livramento (RS) firmaram contrato (fls. 8/23) para a prestação de serviços continuados de copeiragem, a serem executados no prédio da repartição pública.

Ressalte-se, aqui, que o despacho de fls. 2 registra que previamente à contratação o contribuinte foi informado que estaria sujeito à exclusão obrigatória do Simples em razão do serviço envolver atividade vedada no âmbito do regime simplificado.

De acordo com a DRJ:

A questão de mérito se resume em concluir se os serviços de copeiragem prestados pela manifestante tem natureza jurídica de cessão ou locação de mão-de-obra, ou não.

(...)

O serviço de copeiragem, entre outras atividades, trata de preparar e servir café, água, chás, etc e manter louças e talheres limpos e aseados para utilização pelos servidores de uma repartição pública, no presente caso. Tal atividade é prestada por um empregado, independentemente da atuação da contratante, mas sob orientação da contratada.

O contrato de prestação de serviços firmado entre a manifestante e a União não é claro para se definir se há ou não cessão ou locação de mão de obra, mas a cláusula 5ª, item 10, assim dispõe, como obrigação da contratada:

10. Nomear elemento (preposto), aceito pela Administração, para orientar a execução dos serviços, bem como manter contato com o fiscal da contratante, solicitando as providências que se fizerem necessárias ao bom cumprimento de suas obrigações, recebendo as reclamações daquela e, por consequência, tomando todas as medidas cabíveis para a solução das falhas detectadas, conforme art. 68 da Lei nº 8.666/93.

Em verdade, a atuação da pessoa jurídica, como contratada, se faz através de determinado empregado, que ela disponibiliza para a contratante e, embora represente a contratada, funciona como sua "*longa manus*". Trata-se, literalmente, de mão-de-obra colocada à disposição da contratante e, embora não se possa afirmar que seja uma locação, não há dúvidas de que se trata de uma cessão de mão-de-obra.

Com esse entendimento, fica caracterizada a ocorrência da situação prevista em lei como impeditiva ao regime do Simples Nacional. (...)

Já a contribuinte afirma que:

(...) discordamos do posicionamento esposado na decisão ora atacada, afinal, conforme já dito, **os trabalhadores jamais estiveram à disposição do contratante para receber materiais e ordens genéricas. O que existiu foi um contrato de prestação de serviços com objeto muito bem definido. Os trabalhadores apenas cumpriam a jornada nas dependências da receita, contudo não recebiam ordens ou qualquer tipo de material da mesma.**

Além do mais, a empregadora gerencia e administra a atividade de copeiragem, fornece uniformes e todo o material necessário para o serviço, isso é, não loca a mão de obra e

sim presta integralmente o serviço em tela. Assim, por não ter sido preenchidos os requisitos para a configuração da cessão de mão, não há que se falar em qualquer irregularidade realizada por parte da recorrente.

Com efeito, não é o serviço em si (*copeiragem* no caso) que a legislação do Simples veda para fins de sua inclusão, mas sim o fato dele ser prestado por meio de *cessão de mão-de-obra*.

Na prática, o entendimento da figura de cessão de mão-de-obra aponta para a existência de dois critérios: **(i)** necessidade contínua do serviço; e **(i)** livre disponibilidade do contratante em relação ao segurado colocado a seu serviço (trabalhador cedido).

Sobre a diferença entre ceder mão-de-obra e prestar serviço em sentido estrito, leciona Hugo de Brito Machado¹ que:

"É importante destacar que o contrato de cessão de mão-de-obra não se confunde com o contrato de prestação de serviços. No contrato de cessão de mão-de-obra o objeto contratado é a própria mão-de-obra, ou força de trabalho humano, e não o produto dela resultante. Em se tratando, por exemplo, de construção civil, pelo contrato de cessão de mão-de-obra o cedente coloca à disposição do cessionário segurados que podem ser um engenheiro, um pedreiro, um servente, um pintor de paredes. Não importa o que tais segurados vão fazer, **pois os mesmos trabalharão sob a gerência do contratante que deles dispõe**. Já no contrato de prestação de serviços o objeto do contrato é o produto e não a mão-de-obra. Em se tratando de construção civil, pelo contrato o prestador do serviço obriga-se a construir uma casa, ou um muro, um galpão. O objeto do contrato é o produto, e não a mão-de-obra. **Os segurados trabalham sob a gerência do prestador do serviço, e não do tomador destes**." (*grifamos*)

Nesse contexto, verifica-se que o enquadramento de um serviço na espécie "cessão de mão-de-obra" envolve uma avaliação das circunstâncias concretas pertinentes a cada contrato de serviço, bem como a devida motivação das razões fáticas que teriam levado a esta qualificação.

Não há, porém, no procedimento fiscal que culminou na exclusão do contribuinte do Simples Nacional quais teriam sido as razões fáticas que sustentariam o enquadramento do serviço de copa no conceito de cessão de mão-de-obra.

Isso chegou a ser ratificado pela decisão ora recorrida, quando assim afirmou: "o contrato de prestação de serviços firmado entre a manifestante e a União não é claro para se definir se há ou não cessão ou locação de mão de obra."

Também a cláusula 10 acima – este sim o único fundamento que foi invocado para enquadrar os serviços na modalidade de cessão de mão-de-obra – não é determinante. Pelo contrário, tal cláusula demonstra que, caso a Contratante detecte alguma falha na prestação de serviços, isso deve ser encaminhado a um preposto da contratada, para que este tome as providências cabíveis para a resolução.

Da análise do contrato, aliás, há cláusulas que apontam em sentido oposto ao da DRJ, como, por exemplo, a obrigação da contratada de fornecer todos os materiais e utensílios

¹ Revista Dialética de Direito Tributário nº 97, pág. 117.

necessários à execução dos serviços, fato este que denota, quando menos, que o objeto contratado foi o serviço de copa propriamente dito, e não os copeiros.

Enfim, entendo que a causa jurídica que levou a exclusão do Recorrente do Simples Nacional não foi devidamente motivada e comprovada, razão pela qual o ADE não tem como prosperar.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Voto Vencedor

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, redator designado.

O ilustre relator trouxe ao colegiado uma valiosa descrição do cenário fático e do cenário jurídico atinentes ao presente processo. Todavia, o entendimento majoritário no colegiado foi diferente daquele trazido no voto inicial em relação à questionada caracterização de cessão de mão de obra na atividade realizada pelo contribuinte. Diante desse fato, coube a mim redigir o correspondente voto vencedor, aqui apresentado.

Conforme muito bem relatado, a acusação fiscal implicou a exclusão do contribuinte do Simples em razão de a atividade por ele praticada ter sido considerada cessão de mão de obra. A decisão de primeira instância corroborou esse entendimento.

Por seu turno, o recorrente nega que o contrato por ele estipulado envolve a cessão de mão de obra, conforme o seguinte excerto (fls. 123):

Nesse ponto que discordamos do posicionamento esposado na decisão ora atacada, afinal, conforme já dito, os trabalhadores jamais estiveram à disposição do contratante para receber materiais e ordens genéricas. O que existiu foi um contrato de prestação de serviços com objeto muito bem definido. Os trabalhadores apenas cumpriam a jornada nas dependências da receita, contudo não recebiam ordens ou qualquer tipo de material da mesma.

Além do mais, a empregadora gerencia e administra a atividade de copeiragem, fornece uniformes e todo o material necessário para o serviço, isso é, não loca a mão de obra e sim presta integralmente o serviço em tela. Assim, por não ter sido preenchidos os requisitos para a configuração da cessão de mão, não há que se falar em qualquer irregularidade realizada por parte da recorrente.

O voto inicial acompanhou o entendimento do recorrente, fundamentando-se no fato de que o serviço prestado era supervisionado por um preposto da contratada e que era obrigação desta fornecer todos os materiais e utensílios necessários à execução dos serviços.

De fato, a distinção entre uma prestação de serviço e uma cessão de mão de obra não é trivial, pois a cessão de mão de obra ocorre para que um serviço seja realizado. Em outras palavras, em ambos os casos, haverá um serviço prestado. Assim, é necessário encontrar as características que permitem distinguir essas situações tão próximas. O relator nos dá essas

características: “(i) necessidade contínua do serviço; e (i) livre disponibilidade do contratante em relação ao segurado colocado a seu serviço (trabalhador cedido).”

Não há dúvida, por ser evidente, de que a copeiragem é uma necessidade contínua, assim ficando configurada a primeira das características acima apontadas. Com isso, a dúvida recai sobre a segunda característica, cuja solução exige que se responda se o contratante possuía livre disponibilidade sobre os empregados que executavam o serviço.

O voto inicial está no sentido de que a resposta para essa pergunta seria negativa, considerando a existência de um preposto da empresa contratada, que tinha o papel de supervisionar a execução do serviço. Todavia, o colegiado entendeu que a existência desse preposto, por si só, não afasta a ascendência do contratante sobre os empregados da contratada. Para tanto, foi relevante a leitura dos dispositivos do contrato em tela, mormente a estipulação das obrigações da contratada a seguir transcritas:

CLÁUSULA QUINTA - DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA - Os serviços, objeto do presente edital, serão executados pela contratada, obedecendo ao disposto no respectivo instrumento convocatório e seus anexos, nas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, nos Decretos nº 5.450/05 e nº 2.271/97, na IN SLTI/MPOG nº 2/08 e demais normas legais e regulamentares pertinentes.

[...]

12. Cumprir horários e periodicidade para a execução dos serviços fixados pela Administração, segundo suas conveniências e em consonância com a fiscalização do contrato.

[...]

20. Responsabilizar-se pelo cumprimento, por parte de seus empregados, das normas disciplinares determinadas pela Administração.

[...]

26. Registrar e controlar, diariamente, a assiduidade e a pontualidade de seu pessoal, bem como as ocorrências havidas, efetuando a reposição imediata da mão de obra em caso de ausência ou greve da categoria, através de esquema de emergência.

27. Substituir imediatamente, sempre que exigido pela fiscalização do contrato e independentemente de qualquer justificativa por parte deste, qualquer empregado cuja atuação, permanência e/ou comportamento sejam julgados inadequados, prejudiciais, inconvenientes ou insatisfatórios à disciplina da contratante ou ao interesse do Serviço Público.

Veja-se que o contratante tinha o poder de fixar os horários e a periodicidade na execução do serviço (item 12), tinha o poder de determinar as normas disciplinares que deveriam ser atendidas na execução do serviço (item 20) e tinha o poder de determinar a substituição de um empregado da contratada (item 27). Tudo isso demonstra que o contratante tinha livre disponibilidade em relação aos empregados do contratado. Ademais, o item 26 faz referência expressa à obrigação do contratado de realizar a reposição da mão de obra em caso de ausência, fortalecendo a ideia de que o objeto do contrato é a mão de obra cedida.

Por fim, também verificou-se que o contrato supracitado não foi o único que deu ensejo a exclusão do Simples ora atacada, uma vez que a Administração Tributária recebeu mais duas representações de órgãos públicos (fls. 99 e fls. 104) informando da necessidade de excluir o contribuinte do regime do Simples.

Pelo exposto, o colegiado decidiu por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do contribuinte do Simples.

(documento assinado digitalmente)
Neudson Cavalcante Albuquerque