



Processo nº 11060.002082/2009-85
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-001.884 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Turma Extraordinária**
Sessão de 02 de setembro de 2020
Recorrente PEREIRA E PERIPOLLI LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2008

EXCLUSÃO SIMPLES NACIONAL. INOCORRÊNCIA. ATIVIDADE NÃO VEDADA.

Demonstrada através de documentação hábil que a empresa exerce apenas atividade permitida pelo Simples Nacional, não há que se determinar a sua exclusão do sistema simplificado.

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)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 12-36.730, de 18 de abril de 2011, da 12^a Turma da DRJ/RJ1, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

Por bem descrever os fatos e por julgar suficientes as informações constantes no Relatório do acórdão recorrido, adoto-o abaixo:

Trata-se de Processo de Exclusão da empresa da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, de acordo com a Lei nº 9.317/96, no período de 01/01/2004 a 30/06/2007 e no período de 01 a 12/2008 da opção pelo SIMPLES NACIONAL de que trata a Lei Complementar nº 123/2006.

2. Do Relatório Fiscal, às fls. 01 a 04, destacamos o seguinte:

2.1. Que a empresa foi excluída do Simples por exercer atividade vedada, conforme Ato Declaratório Executivo AD Extra-SIVEX nº 017/2004, de 22/11/2004, cópia às fls. 05, em consequência da Representação Administrativa do INSS, de 04/07/2003;

2.2. Que o contribuinte apresentou impugnação contra o referido ato, obtendo êxito, sendo o mesmo cancelado em 05/02/2007, pois, de acordo com o julgamento, a pessoa jurídica que desenvolve a atividade de distribuição de livros, jornais e revistas, poderia optar pelo Simples;

2.3. Que o contrato de prestação de serviços que a empresa mantém com a empresa jornalística Zero Hora, fls. 12 a 41, firmado em 01/01/2004 e renovado em 26/05/2006, tem por objetivo os seguintes serviços: ;

2.3.1. Gestão do Centro de Distribuição que atende as localidades estabelecidas no contrato;

2.3.2. Distribuição, recolhimento do encalhe e cobrança dos jornais editados pela contratante e de produtos agregados aos mesmos e ou intermediados pela contratante, ou pessoa por ela autorizada, nos termos especificados no instrumento.

2.4. Que diferentemente da prestação de serviços anteriormente analisadas e que deu origem ao Ato Declaratório mencionado e julgado improcedente, os contratos ora analisados, introduzem um novo item, qual seja: a Gestão do Centro de Distribuição;

2.5. Estabelece, também, que a contratada prestará à contratante, com pessoal próprio, sendo a única responsável pelo cumprimento de todas as obrigações de natureza trabalhistas, social, tributária e previdenciária, os serviços pactuados, desenvolvidos em áreas indicadas pela contratante;

2.6. Que o presente Relatório tem o intuito de demonstrar que a empresa em questão exerce a atividade de locação de mão-de-obra ou cessão de mão-de-obra, com base nos contratos de prestação de serviços, cópias anexas às fls. 12/41, atividade elencada nas vedações previstas no inciso XII, alínea "f, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96 e no art. 17, XII, da LCnº 123/2006;

2.7. A convicção de que a empresa realiza cessão de mão-de-obra é firmada no exame do contrato de prestação de serviços entre a mesma e a empresa RBS - Zero Hora Editora Jornalística S/A, do qual se infere que, diariamente, os empregados da contratada são colocados à disposição da contratante, durante o prazo, locais e na forma de trabalho definido pela contratante, caracterizando-se, assim, a prestação de serviços com locação de mão-de-obra, atividade impeditiva para opção pelo Simples;

2.8. Para caracterizar cessão de mão-de-obra, necessária a presença dos seguintes requisitos: a colocação de funcionários à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros e a prestação de serviços contínuos, condições todas essas presentes para a consecução do contrato em tela;

2.9. Que o próprio contribuinte declara nas GFIP que presta serviços com cessão de mão-de-obra, conforme consta do cabeçalho das GFIP, às fls. 46/51, destacando e sofrendo a retenção que a Lei nº 9.711 /98 determina.

3. As fls. 52 e 53 dos autos, constam, respectivamente, o Termo de Exclusão do Simples Nacional, TE - SN nº 03/2009/DRFSTM, de 20/08/2009, que declara o contribuinte excluído do Simples Nacional a partir de I.º de janeiro de 2008 e o Ato Declaratório Executivo - AD Extra - SIVEX nº 020, de 20/08/2009, que declara a exclusão do contribuinte a partir de I.º de janeiro de 2004, tendo a empresa tomado ciência de ambos em 26/08/2009.

4. A empresa apresentou impugnação de fls. 55/77, para o TE - SN nº 03/2009 e de fls. 78/100, para o AD Extra - Sivex nº 020/2009, ambos de mesmo conteúdo, alegando, em síntese o seguinte:

4.1. Que não se configura a locação de mão-de-obra quando não há pessoalidade nem subordinação entre o trabalhador e a empresa tomadora;

4.2. Que não houve qualquer alteração ou mesmo modificação na fisionomia ou mesmo sistemática de prestação dos serviços objeto do contrato que implique em admitir a existência de uma locação ou cessão de mão-de-obra;

4.3. Que, inobstante a retenção que vem sendo levada a efeito pela empresa tomadora dos serviços, por si só, não tem força suficiente para alterar a natureza jurídica da relação de trabalho existente entre a contratada e seus empregados.

4.4. Que a locação de mão-de-obra é regida pela Lei nº 6.019/74 e tem como requisitos essenciais para sua caracterização a pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e a empresa tomadora do serviço. Em ocorrendo tal instituto verifica-se a hipótese de vedação;

4.5. Que para analisar a possibilidade de opção da impugnante pelos referidos sistemas, deve-se avaliar se existe locação ou cessão de mão-de-obra no contrato entre a impugnante e a empresa RBS - Zero Hora Ed. Jornalística S/A. Nota-se que a legislação tributária não define com clareza a "prestação de serviço de locação de mão-de-obra" (...);

4.6. Faz distinção entre terceirização, prestação de serviço e locação de mão-de-obra;

4.7. Que existe apenas uma única forma de intermediação lícita de pessoas, qual seja: aquela prevista na Lei nº 6.019/74. Assim, o conceito de "locação de mão-de-obra", previsto na legislação tributária (art. 9.º, XII, "f, da Lei nº 9.317/96 e art. 17, inc.XII da LC 123/2006 é aquele previsto na Lei nº 6.019/74;

4.8. Que quando as Lei nº 9.317/96 e a LC 123/2006 falam em "cessão ou locação de mão-de-obra", referem-se à empresa que realiza a intermediação de trabalhadores, sendo que o ENUNCIADO 331, I do TST, dispõe que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, salvo no caso de trabalhador temporário, conforme a Lei nº 6.019/74;

4.9. Que, admitindo-se a exclusão da Impugnante do Simples Federal e do Simples Nacional, considerando a LC nº 123/06, bem como a Lei nº 9.317/96, estar-se-ia admitindo forma ILÍCITA de intermediação de pessoas, uma vez que aquele que contrata mão-de- obra indiretamente, através de pessoa jurídica interposta, é considerado pela legislação trabalhista como empregador da mesma, ante a existência de vínculo empregatício, descharacterizando, desse modo, qualquer contrato ou forma de convenção entre as partes;

4.10. Que mesmo considerando o art. 31 da Lei nº 8.212/91, não é possível enquadrar a impugnante como prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra;

4.11. Que a existência de um contrato de prestação de serviços é claramente identificada nas cláusulas segunda, terceira e quinta, do contrato existente entre as partes, uma vez

que há especificação de todos os serviços prestados, detalhando-se expressamente as atividades a serem desenvolvidas pela contratada, sem, no entanto, haver exigências no tocante ao pessoal contratado. As obrigações requisitadas pela impugnante em relação a seus empregados consistem na realização de treinamentos, na apresentação de atestado de saúde, na proibição de contratar menores de 18 anos para realização de atividades perigosas e insalubres. Essas obrigações não representam subordinação da mão-de-obra, nem mesmo pessoalidade para a contratante (...);

4.12. (...) Que é relevante trazer ao conhecimento deste Juízo o fato de que a sociedade presta serviços a outras empresas, como o Contrato de Prestação de Serviços de Transportes e Entrega de Mercadorias com a empresa Dimed S/A - Distribuidora de Medicamentos;

4.13. Que os funcionários da impugnante que efetuam as entregas dos produtos da DIMED são os mesmos que executam as atividades previstas no contrato com a RBS.

4.14. Que os funcionários são destacados para a execução dos serviços conforme a disponibilidade e organização do quadro de pessoal da impugnante, sendo que sua obrigação, para cumprimento dos contratos, é prestar os serviços em conformidade com as exigências feitas pelas contratantes, inexistindo qualquer vinculação quanto aos empregados que prestam serviços;

4.15. Que ocorreu uma interpretação equivocada da empresa tomadoraKlos serviços, tendo em vista que os serviços de distribuição de periódicos, jornais e revistas constam na lista da IN/MPS/SRP nº 3/2005. Contudo, a condição para o enquadramento desses serviços na obrigatoriedade é a prestação através de cessão de mão-de-obra, conforme se depreende do caput do art. 146 da mesma IN. Portanto, além de ser incompatível com o regime de recolhimento de tributos próprio das micro e pequenas empresas (Simples e Simples Nacional), o pagamento de 11% sobre o valor da fatura ou nota de serviço a título de contribuição previdenciária não é devido pela impugnante.

5. E o relatório

A 12^a Turma da DRJ/RJ1 julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da Recorrente do Simples Nacional por entender que a mesma exerce atividade vedada – cessão/locação de mão-de-obra, conforme a seguinte ementa:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2008

Ementa:

SIMPLES NACIONAL. VEDAÇÃO.

Não poderão recolher os impostos e as contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que realizem cessão ou locação de mão-de-obra.

Impugnação Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ no dia 12/05/2011 (e-fl. 112) e apresentou recurso voluntário no dia 13/06/2011 (e-fls. 113 e 129), repetindo os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

É o relatório

Voto

Conselheiro Bárbara Santos Guedes, Relator.

O recurso é tempestivo e cumpre com os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento e passo a apreciar.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal)¹.

Verificada a ocorrência em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o indeferimento da opção é formalizado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente para excluir a empresa do Simples Federal.

No caso dos autos, a Recorrente recebeu o ADE s/nº, de 20 de agosto de 2009 (e-fls. 54), originado em razão de renovação de contrato de serviços com a empresa RBS - ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA S.A. (e-fls. 29 a 38).

O contrato firmado com a citada empresa já havia sido motivo de uma primeira exclusão da Contribuinte do Simples Federal (ADE de 22/11/2004, e-fl. 7), em razão de representação fiscal apresentada pelos fiscais do INSS, contudo, através do processo administrativo de nº 11060.002.I32/2004-10, a DRJ de Santa Maria deu provimento à manifestação de inconformidade, concluindo que a atividade desempenhada pela empresa – distribuição de revistas, jornais e periódicos - não era incompatível com o Simples Federal (e-fls. 8 a 10).

A Recorrente defende que não exerce atividade vedada, pois os serviços desempenhados através do contrato de serviço que originou a exclusão da Recorrente do Simples Federal não sofreu alteração em relação ao primeiro contrato, restando ainda configurado não se tratar de locação/cessão de mão-de-obra.

Diante disso, o objeto do processo é identificar se a empresa Recorrente praticou a atividade de cessão ou locação de mão de obra.

Para configuração da operação de locação de mão de obra devem estar reunidas concomitantemente as seguintes condições: (a) o trabalho seja executado nas dependências da

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

tomadora/contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados, (b) o trabalhador seja cedido pela prestadora/contratada para ficar à disposição da tomadora/contratante, em caráter não eventual e (c) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da tomadora/contratante relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário.

Consideram-se (a) dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços, (b) serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da tomadora/contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores e (c) por colocação à disposição tomadora/contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Na locação a mão de obra o objeto é que os trabalhadores da prestadora/contratada estão à disposição da tomadora/contratante de serviços, o que significa dizer que 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 prestadora/contratada. A mão de obra é originada do chamado *locatio operarum*, com característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência desse tipo de contrato.

Na prestação de serviços os trabalhadores simplesmente fazem o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da prestadora/contratada, que está à disposição da tomadora/contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados prestadora/contratada. Em caso de necessidade, é a prestadora/contratada que recebe orientações da tomadora/contratante e as repassa aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo. A tomadora/contratante está interessada no o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da prestadora/contratada.

No presente caso, identificamos que a atividade desempenhada pela empresa Recorrente não é de locação ou cessão de mão-de-obra. Explico.

Pela leitura do contrato de prestação de serviços apresentado nos autos (e-fls. 29 a 38), verifica-se ser o objeto o seguinte:

CLÁUSULA PRIMEIRA — OBJETO O presente contrato tem por objeto a prestação pela CONTRATADA à CONTRATANTE dos seguintes serviços:

- a) gestão do centro de distribuição que atende às localidades descritas' no Anexo 1, nos termos especificados neste instrumento.
- b) distribuição, recolhimento do encalhe e cobrança dos jornais editados pela CONTRATANTE e de produtos agregados aos mesmos e/ou intermediados pela CONTRATANTE, ou por pessoa por ela autorizada, nos termos especificados neste instrumento.

Em relação à atividade de distribuição de jornais e revistas, a própria Receita Federal já reconheceu, em decisão anterior, não se tratar de atividade impeditiva para a opção do Simples, restando analisar apenas a atividade relacionada à gestão do centro de distribuição.

O próprio contrato, ora em debate, define o que constitui a atividade de gestão do centro de distribuição, conforme se extrai das cláusulas abaixo reproduzidas:

CLÁUSULA SEGUNDA — PRIMEIRO SERVIÇO: GESTÃO DO CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO A fim de realizar o objeto do serviço previsto na letra "a" da Cláusula Primeira deste instrumento, a CONTRATADA responsabiliza-se por gerir e administrar o Centro de Distribuição, compreendendo a realização de cobrança de exemplares entregues nos pontos de venda, o repasse de comissões, o atendimento a reclamações, o manuseio interno dos materiais disponibilizados pela CONTRATANTE, a realização de encartes nos referidos jornais e produtos, bem como as demais obrigações atinentes à atividade ora em referência, descritas na Cláusula Quinta deste instrumento.

Nas obrigações estabelecidas pela Contratante, no contrato cláusula sexta, não há nenhuma previsão de fiscalização dos trabalhos da Recorrente, nem de seus funcionários, pelo contrário, é obrigação da Contratante informar à Contratada, ora Recorrente, quaisquer reclamações em relação ao serviços prestados por essa. Da mesma forma, a cláusula oitava do contrato, estabelece aquilo que será considerado como defeito na prestação do serviço que deve ser informado à Recorrente. Tais cláusulas deixam clara a inexistência de subordinação entre os funcionários da Recorrente e a Contratante, visto que as reclamações e as consequentes soluções dos problemas que surgirem na prestação do serviço serão direcionadas à empresa Contratada e não a seus funcionários.

Não há no contrato informações quanto ao local da prestação dos serviços, devendo obedecer os locais dos centros de distribuição. Contudo, ainda que seja prestado no estabelecimento da Contratante, a execução nesses locais faz sentido em razão da natureza do serviço, de gestão dos centros de distribuição da contratante.

Em relação à remuneração, ela pode ser aumentada ou diminuída conforme a qualidade dos serviços prestados, é o que estabelece a cláusula relativa ao pagamento, conforme abaixo:

CLÁUSULA QUARTA - REMUNERAÇÃO A CONTRATADA receberá pelo serviço previsto na letra "a" da Cláusula Primeira os valores constantes no Anexo III, e receberá pelo serviço previsto na letra "h" da Cláusula Primeira os valores constantes no Anexo IV.

Parágrafo Primeiro. Além do disposto acima, a remuneração do presente contrato poderá ser aumentada ou diminuída conforme a qualidade dos serviços prestados. O Anexo V disporá 'os valores, metas e a forma de variação da remuneração em virtude da qualidade da prestação de cada serviço que comporte esta sistemática.

Conclui-se, por todo o exposto, que o foco do contrato de serviços em análise é o próprio serviço. Diante disso, no tocante à continuidade do serviço, a diferença entre a prestação de serviço e a cessão de mão-de-obra é o foco de cada uma dessas atividades. Na prestação de serviços, o relevante é o próprio serviço. Na locação da mão-de-obra, o objeto principal é a pessoa cuja mão-de-obra se transfere.

No caso em análise, não restam dúvidas que o foco está no serviço, tanto que a remuneração pode aumentar ou diminuir de acordo com a qualidade do serviço executado, independentemente de quem o execute.

Conclui-se, por todo o exposto, que a atividade de gestão de centro de distribuição, descrito no contrato analisado, não se configura locação ou cessão de mão-de-obra.

Isto posto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes