



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11543.003271/2003-57
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-004.776 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2020
Recorrente PIG IRON SERVICE 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. ATIVIDADE VEDADA DE LOCAÇÃO / CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

A prestação de serviços que caracterize locação ou cessão de mão-de-obra veda a opção pela sistemática do SIMPLES. Não tendo o contribuinte demonstrado exercer atividade distinta, cabe manter a exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da contribuinte do regime do Simples, vencidos a Relatora e os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama e Luciano Bernart que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marco Rogério Borges.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu – Relatora

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente). Ausente o Conselheiro Murillo Lo Visco, substituído pelo Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, suplente convocado.

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte identificada acima em face do Acórdão exarado pela 1ª Turma da DRJ/RJ1 na sessão de 27 de maio de 2010 que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte para manter a sua exclusão do “Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte” – SIMPLES.

I – Do Litígio

2. A contribuinte foi excluída do SIMPLES, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/VIT nº 421.345, de 07 de agosto de 2003. (fl. 6, V1¹), em virtude de exercer atividade relacionada a organização do transporte de cargas, vedada à esta sistemática tributária.

3. O enquadramento legal que suportou a exclusão foi o art. 9º, XIII da Lei 9.317, de 05/12/1996:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

4. Em 03/09/2009, foi emitido o Parecer SEORT/DRF/VIT nº 2105/2009 (fl. 48-51, V. 1), que, reconhecendo que a contribuinte não exercia a atividade vedada indicada no ADE DRF/VIT nº 421.345, manteve a exclusão do SIMPLES Nacional em virtude de ter concluído que a contribuinte exercia outra atividade também vedada para a opção pelo regime tributário mais favorável, qual seja, a de cessão de mão-de-obra.

5. O Parecer chega a esta conclusão sob os seguintes fundamentos, aqui transcritos:

(...) Cabe destacar a emissão da Representação Administrativa, formalizada através do processo nº 11543.000095/2004-82, contra a empresa PIG IRON SERVICE LTDA ME. Nesta Representação a fiscalização relata a efetiva prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, com base no exame das Notas Fiscais de Serviços emitidas pela

¹ Numeração das folhas conforme processo digital

empresa representada, nas quais fica evidente a execução dos serviços mediante cessão de mão-de-obra. Assim, a Representação foi analisada e a decisão foi pela procedência, gerando a lavratura do Ato Declaratório de Exclusão com efeitos retroativos a 01 de janeiro de 2002, nos termos do art. 24, § 1º, II da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006.

Em decorrência, o Ato Declaratório Executivo - ADE nº DRF/VIT nº 421.345, de 07 de agosto de 2003 fica sem efeito, uma vez que a empresa comprova que efetivamente não exerce a atividade que motivou o referido ato de exclusão e, sim, a atividade econômica de locação de mão de mão-de-obra, impositiva à opção pelo Simples. (...)

Parecer SEORT/DRF/VIT no processo nº 11543.003271/2003-57

CONCLUSÃO

Demonstrado que efetivamente a empresa não exerce a atividade que motivou a lavratura do Ato Declaratório Executivo - ADE nº DRF/VIT nº 421.345, de 07 de agosto de 2003, opino pelo DEFERIMENTO da Solicitação de Revisão (SRS), de fls.01.

À consideração Superior.

DRF/VIT/ES, 26 de agosto de 2009.

6. Em 24/08/2009 foi emitido o Parecer SEORT/DRF/VIT nº 2102/2009 (fls. 124-129 V1), decorrente de processo de Representação Fiscal oriunda da Secretaria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (fl. 56-59, V1), o qual informa a verificação da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra pela contribuinte a partir do exame das Notas Fiscais de Serviços (fls. 72-81,V1) emitidas para tomadores de serviços vinculados ao segmento de siderurgia;

7. A fiscalização observa que no "Instrumento Particular 1ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da empresa" (fl. 60-65 V1), sociedade tem como objeto social o controle, acompanhamento e supervisão de embarque, desembarque e descarga de produtos siderúrgicos e cargas em geral; e prestação de serviços de carregamento e descarregamento de navios;

8. Transcreve trecho da Representação Fiscal feita pelo INSS para demonstrar a atividade realizada pelo contribuinte:

"A PIG IRON através de seus sócios e empregados apenas acompanha a movimentação da carga e em momento algum transporta a mesma. A responsabilidade da PIG IRON é a de verificar se chega a quantidade correta de ferro gusa nos vagões e se são acondicionados nos outros vagões sem serem misturados nos pátios e fiscalizavam se vão para o destino correto."

Registre-se que as Notas fiscais retromencionadas corroboram esta afirmativa ao descrever os serviços prestados como: *"acompanhamento de embarque e controle de estoque"*.

Ademais, o serviço de atividade impeditiva à opção pelo SIMPLES não demanda maiores aprofundamentos. Isto porque é a própria contratada quem revela ser uma empresa cedente de mão-de-obra, vez que voluntariamente enquadrava-se aos ditames do art. 31 da Lei 8.212/91, abaixo transcrito. Tal situação se comprova através do exame das notas fiscais juntadas aos autos, onde se identifica claramente o destaque da "Retenção para a Previdência Social – 11%.

(...)

-Não obstante a empresa declarar na "Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples, juntada às fls. 14/16, que não realiza a atividade de transportes, atividade esta que motivou a emissão do competente Ato Declaratório para fins de exclusão, entendemos que a mesma desenvolve a atividade impeditiva de locação de mão-de-obra, conforme declarado e confirmada pela descrição dos serviços prestados, contida nas notas fiscais precitadas e nos objetivos sociais explicitados no Contrato Social de fls. 05

9. Diante dos argumentos apresentados, conclui o Parecer:

CONCLUSÃO

Demonstrado que integra o objeto social a prestação de serviços de locação de mão-de-obra, opino pela lavratura do competente Ato Declaratório de Exclusão com efeitos retroativos a 01 de janeiro de 2002, nos termos do art. 24, § 1º, II da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006.

À consideração Superior.

DRF/VIT/ES, 24 de agosto de 2009.

10. Em face do disposto no Parecer SEORT/DRF/VIT nº 2102/2009, foi lavrado o ATO DECLARATÓRIO DRF/VIT/ES nº 117 /2009 que determinou a exclusão da Contribuinte a partir 1º de janeiro de 2002, pelo exercício de atividade de locação de mão-de-obra, atividade vedada à opção pela sistemática tributária em questão, nos termos do inciso XII, f, do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

II – Da Impugnação

11. A contribuinte apresentou impugnação (fls 148 – 165, V1) alegando em síntese que:

- a) o ato declaratório que excluiu a requerente do SIMPLES NACIONAL foi editado com fundamentação de direito apoiada em legislação revogada, qual seja, a Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996;
- b) Cita jurisprudência do CARF (Processo nº 10840.004201/99-05, 3º Conselho de Contribuintes, 3ª Turma, Relator: Carlos Fernando Figueiredo Barros, Acórdão nº 303-30836, Data da sessão: 2.7.2003) para requerer a nulidade do ato declaratório por falta de motivação, consoante o art. 50 da Lei nº 9.784/99 e decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santarém, 25 Turma, Acórdão nº 18-8439 de 7.12.2007 a qual decidiu que “a fundamentação legal incorreta determina a nulidade do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples por caracterizar cerceamento do direito de defesa”.
- c) O CTN, em seu art. 105, dispõe que “A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos Pendentes”, significando que a LC nº 123/2006 (lei revogadora) tem aplicação imediata à hipótese ora analisada porque a atividade empresarial da requerente, indubitavelmente, é um fato pendente (embora iniciada sob a égide da lei antiga, é continuada até os dias atuais);
- d) A imputação de que exerceria a atividade empresarial de cessão de mão de obra decorreu, pura e simplesmente, do fato de constar em suas notas fiscais o destaque de “Retenção para a Previdência Social - 11%”;
- e) Tal fato não pode ser fundamento para exclusão do SIMPLES, mas sim, a devida verificação de como os serviços são efetivamente prestados. Isso porque, a retenção para a Previdência Social estava sendo realizada indevidamente.
- f) Que a definição de serviços de cessão de mão de obra está prevista no §3º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

(...)

§3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

- g) Cita decisões judiciais que delimitam a caracterização de serviços de cessão de mão-de-obra, excluindo aqueles em que estão ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse) e de execução das atividades no estabelecimento comercial do tomador de serviços ou de terceiros (art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91);
- h) Ressalta que não presta serviço mediante cessão de mão de obra, pois não coloca empregados à disposição de seus contratantes, de modo que seus empregados não se subordinam aos tomadores dos seus serviços;
- i) Esclarece que “é contratada para acompanhar o desembarque da carga de ferro gusa que é descarregada dos vagões no pátio da VALE em Aroaba, Serra, ES, onde é selecionada e colocada novamente em outros vagões dirigidos aos portos de Paul (Vila Velha, ES) e Tubarão (Vitória, ES), a fim de ser embarcada em navios. A atividade consiste apenas e tão-somente de acompanhar a movimentação da carga durante todo o trajeto acima mencionado, responsabilizando-se por verificar se a mesma chega ao pátio da VALE (em Aroaba, Serra, ES) com a quantidade correta de ferro gusa, bem como se o produto é acondicionado e devidamente selecionado - isto é: sem ser misturado com outros produtos – quando colocado nos outros vagões dirigidos aos portos, fiscalizando ainda se está indo para o destino certo.
- j) Não há colocação de seus empregados à disposição dos contratantes (siderúrgicas), vez que os executores dos serviços - por vezes os serviços são prestados pelos próprios sócios da contribuinte, o que se comprova que não há subordinação aos tomadores de serviços.
- k) Aduz ainda que há uma cláusula como em todos os contratos firmados entre a contribuinte e os tomadores dos seus serviços que dispõe que “A contratada terá total independência para executar os serviços baseados estrita e exclusivamente na legislação comercial e fiscal”. Anexo os documentos aos autos de fls. 3-19, V2.
- l) Por fim, esclarece que pela própria natureza dos serviços prestados revela se tratar de atividade eventual (que ocorre somente quando o ferro gusa é transportado para os portos do Espírito Santo), fato este que afastaria de vez a hipótese de que o serviço se trata de cessão ou locação de mão-de-obra, vez

que o dispositivo legal que define a atividade impõe, para sua caracterização, que o serviço seja prestado continuamente.

- m) A Justiça Federal do Espírito Santo, no processo nº 2006.50.01.006754-0, proferiu sentença (fls. 21 e 39-52, V.2) para “declarar não estar a requerente sujeita ao regime de retenção de contribuição previdenciária previsto no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, afastando a retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto das notas fiscais ou faturas referentes aos serviços por ela prestados”;
- n) Diante da decisão judicial, a retenção de 11% (onze por cento) em suas notas fiscais - fato pelo qual a Receita Federal se apegou para caracteriza-la como praticante de atividade mediante cessão ou locação de mão-de-obra - não mais se verifica na atualidade, afastando por completo a premissa que motivou sua exclusão da sistemática de recolhimento simplificado de tributos.
- o) Por fim, pugna pelo cancelamento do Ato Declaratório DRF/VIT/ ES nº 117/2009.

III – Do Acórdão Recorrido

12. Ao avaliar as alegações e evidências apresentadas pela contribuinte, a 1ª Turma da DRJ/RJ1 entendeu que:

13. Sobre a nulidade do Ato Declaratório DRF VIT/ES nº 117/2009, por estar fundamentado em legislação já revogada, observa que este explicitou os motivos da exclusão da interessada do SIMPLES bem como a data a partir da qual a referida exclusão será aplicada, apresentando devida fundamentação legal, bem como apresentou os requisitos de validade previstos no art. 142 do CTN e no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

14. Aduz que a descrição dos fatos e as provas juntadas ao processo permitem esclarecer a causa central da vedação, bem como, por sua vez, a argumentação desenvolvida pela interessada na peça impugnatória permite concluir que o motivo da exclusão foi compreendido, tanto que contestado, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa.

15. No mérito, ressalta inicialmente, que o Ato Declaratório em exame tem por objeto unicamente a exclusão da empresa do SIMPLES Federal (e não do SIMPLES NACIONAL, como afirma a interessada em sua manifestação de inconformidade), razão pela qual está corretamente motivado na Lei nº 9.317, de 1996 e não na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que a revogou e instituiu o SIMPLES NACIONAL. Nesse sentido, não é pertinente, portanto, a aplicação dos art. 105 e 106 do CTN à situação em comento.

16. Aduz que a contribuinte presta atividade de cessão de mão de obra e que a exclusão do SIMPLES deve ser mantida, a partir dos seguintes fatos:

- A) Que a atividade de locação e/ou cessão de mão de obra foi objeto do Parecer nº 69 da Coordenação Geral de Tributação (COSIT) da Secretaria da Receita Federal, de 10 de novembro de 1999, que assim a define:

“Locação de mão-de-obra

6. Em se tratando de locação de mão-de-obra, pressupõe-se que será utilizado trabalho alheio, ou seja, alguém cederá a outrem a atividade laborativa em virtude de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou do acréscimo extraordinário de tarefas.

7. A locação de mão-de-obra pode também ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. 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. (grifei)

(...)

CONCLUSÃO

14. De todo o exposto, conclui-se que estão impedidas de optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que:

- a) têm como atividade a locação de mão-de-obra;*
- b) firmam contratos de prestação de serviços relativos à empreitada exclusivamente de mão-de-obra;*
- c) contratam serviços mediante cessão de mão-de-obra;*
- d) estabelecem contratos de prestação de serviços relativos à empreitada e subempreitada de mão-de-obra, aplicados à construção civil, independentemente do fornecimento de material (Lei nº 9.528/97, art. 4º).*

B) Que no caso concreto, o Instrumento Particular 1ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da empresa, estabelece que a sociedade tem como objeto social “o controle, acompanhamento e supervisão de embarque, desembarque e descarga de produtos siderúrgicos, granéis, sólidos e líquidos, e cargas em geral; e a prestação de serviços de carregamento e descarregamento de navios”;

C) E que a própria empresa atesta que

“A PIG IRON através de seus sócios e empregados apenas acompanha a movimentação da carga e em momento algum transporta a mesma. A responsabilidade da PIG IRON é a de verificar se chega a quantidade correta de ferro gusa nos vagões e se são acondicionados nos outros vagões sem serem misturados nos pátios e fiscalizam se vão para o destino correto.”

D) Esclarece que os contratos anexados pela contribuinte aos autos não podem servir como meio de prova, pelas seguintes razões: (i) haver declaração realizada pela própria contribuinte em 12/12/2003 às fls. 82, V1, que “o serviço é solicitado pelo Cliente por telefone, email e fax e não é feito contrato formal entre a PIG IRON e os clientes”, (ii) os contratos não possuem identificação dos signatários e/ou sem as assinaturas de duas testemunhas e sem registro público ou qualquer outro elemento que lhe confira validade perante terceiros; (iii) ainda que firmem obrigação entre as partes envolvidas, mas não faz prova perante a Fazenda Pública.

E) as notas fiscais anexadas ao P.A. (fl. 67/76) corroboram a atividade da interessada ao descrever os serviços prestados como “acompanhamento de embarque e controle de estoque” e a própria interessada revela ser uma empresa cedente de mão-de-obra, vez que voluntariamente enquadrava-se aos ditames do art. 31 de Lei nº 8.212/91.

F) No que tange à ação ordinária nº 2006.50.01.006754- interposta pela contribuinte na 2ª Vara Federal Cível de Vitória/ES, a referida ação tem por objeto “contribuições previdenciárias - não recolhimento de alíquota de 11%, optante no SIMPLES”, não versando, deste modo, sobre o não recolhimento da referida contribuição tendo em vista a não prestação de serviço mediante cessão ou locação de mão-de-obra.

IV – Do Recurso Voluntário

17. Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, apresentando os mesmos argumentos já utilizados em sua impugnação para descaracterizar a sua atividade como “locação ou cessão de mão de obra”.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Paula Santos de Abreu, Relatora.

1. O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

2. Conforme relatado, a Recorrente foi excluída do Simples por meio do ATO DECLARATÓRIO DRF/VIT/ES nº 117 /2009 a partir 1º de janeiro de 2002, em razão do exercício de atividades vedadas, no caso, serviços de cessão de mão de obra, nos termos do inciso XII, f, do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

3. A Recorrente, por sua vez, alega que sua atividade não preenche os requisitos que caracterizam tal atividade, indicando que:

- a) Não coloca seus empregados à disposição dos contratantes (siderúrgicas), e que os próprios sócios da Recorrente também prestam os serviços oferecidos, o que comprovaria a falta de subordinação dos empregados da Recorrente aos tomadores de serviços.
- b) os contratos firmados entre a Recorrente e os tomadores do seus serviços reforçam a independência da Recorrente para executar os serviços contratados;
- c) O serviço prestado é eventual (que ocorre somente quando o ferro gusa é transportado para os portos do Espírito Santo), o que afastaria a hipótese de que a atividade trata de cessão ou locação de mão-de-obra.
- d) Há decisão da Justiça Federal do Espírito Santo, no processo nº 2006.50.01.006754-0 que afastou a retenção de 11% (onze por cento) prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, do valor bruto das notas fiscais ou faturas referentes aos serviços por ela prestados.

4. No entanto, o exercício da atividade de locação / cessão de mão de obra foi constatada no Parecer SEORT/DRF/VIT nº 2102/2009 e mantida no acórdão ora recorrido, sob os seguintes fundamentos:

- a) O contrato social da Recorrente dispõe que seu objeto é “o controle, acompanhamento e supervisão de embarque, desembarque e descarga de produtos siderúrgicos, granéis, sólidos e líquidos, e cargas em geral; e a prestação de serviços de carregamento e descarregamento de navios”;
- b) Que há o reconhecimento pela da Recorrente de que presta serviços de cessão de mão de obra, quando declara que:

A PIG IRON através de seus sócios e empregados apenas acompanha a movimentação da carga e em momento algum transporta a mesma. A responsabilidade da PIG IRON é a de verificar se chega a quantidade correta de ferro gusa nos vagões e se são acondicionados nos outros vagões sem serem misturados nos pátios e fiscalizam se vão para o destino correto.

- c) as notas fiscais emitidas pela Recorrente corroboram a atividade da interessada ao descrever os serviços prestados como “acompanhamento de embarque e controle de estoque”;
- d) O fato de ter recolhido voluntariamente a contribuição previdenciária prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/91 revela sua natureza de empresa cedente de mão-de-obra;
- e) A decisão proferida na ação ordinária nº 2006.50.01.006754- interposta pela contribuinte na 2ª Vara Federal Cível de Vitória/ES, que determinou o não recolhimento de alíquota de 11%, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, não tratou da natureza da atividade exercida pela Recorrente.

5. Trata-se, portanto, de questão meramente probatória, na qual se discute se a atividade prestada pela Recorrente pode ser, de fato, caracterizada como a de prestação de serviços de locação/cessão de mão de obra.

6. A definição de serviços de cessão de mão de obra está prevista no parágrafo 3º do art. 31 da Lei 8.212/91:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

(...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

7. Segundo a própria decisão recorrida, o Parecer COSIT nº 69/1999 que examinou a da vedação à opção pelo SIMPLES de empresas que prestam serviços de locação de mão de obra, definiu a referida atividade como aquela em que:

Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob

sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. 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.

8. No mesmo sentido, a Instrução Normativa 971 de 13 de novembro de 2009 estabelece detalhadamente, os elementos objetivos dessa definição:

Art. 115. Cessão de mão-de-obra 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, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da 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.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

9. Destarte, atividades de cessão de mão de obra são aquelas que apresentam as seguintes características: (i) a colocação, pela empresa cedente, de trabalhadores à disposição da empresa tomadora dos serviços, ou seja, a subordinação de tais profissionais à empresa tomadora dos serviços; (ii) A realização de serviços pelos trabalhadores cedidos nas dependências da tomadora dos serviços ou nas de terceiros e; (iv) Que tais serviços sejam prestados de forma contínua.

10. Pois bem. Avaliando o objeto do Contrato Social da Recorrente, com o devido respeito à interpretação dada pelo julgador *a quo*, não vislumbro que a atividade de “*controle, acompanhamento e supervisão de embarque, desembarque e descarga de produtos siderúrgicos, granéis, sólidos e líquidos, e cargas em geral*”; enseja claramente a natureza de prestação de serviços de cessão de mão de obra.

11. É perfeitamente possível (e preferível à atividade realizada) que os serviços ofertados pela Recorrente de *controle, acompanhamento e supervisão de embarque, desembarque e descarga de produtos* sejam prestados para as Contratantes por profissionais aleatórios e diversos. Ademais, a atividade realizada não demanda a individualização do prestador de serviço e tampouco a fiscalização de sua execução, uma vez que o serviço prestado é justamente o de controle, acompanhamento e supervisão. Verifica-se, portanto, a ausência do elemento de subordinação, elemento necessário para a caracterização da cessão de mão de obra.

12. É importante também ressaltar o teor da Súmula CARF 134 que 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”.

13. Assim, a devida comprovação da atividade realizada é condição fundamental para que se proceda com a exclusão do contribuinte do regime de tributação pelo SIMPLES.

14. Na mesma linha, também não verifico nenhuma evidência que possa atestar a natureza de empresa de cessão de mão de obra extraída da declaração da Recorrente de que *“A PIG IRON através de seus sócios e empregados apenas acompanha a movimentação da carga e em momento algum transporta a mesma. A responsabilidade da PIG IRON é a de verificar se chega a quantidade correta de ferro gusa nos vagões e se são acondicionados nos outros vagões sem serem misturados nos pátios e fiscalizam se vão para o destino correto.”*

15. Quanto aos outros elementos probatórios, apreciando o conteúdo das notas fiscais emitidas pela Recorrente acostadas aos autos, a turma julgadora entendeu que, em virtude de a Recorrente ter recolhido, voluntariamente, 11% de contribuição previdenciária sobre o valor dos serviços, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, ela estaria a confirmar sua natureza de empresa locadora/cedente de mão de obra.

16. Primeiramente é preciso observar que, em virtude de decisão prolatada pela Justiça Federal do Espírito Santo, no processo nº 2006.50.01.006754-0, a Recorrente deixou de estar sujeita ao regime de retenção de contribuição previdenciária previsto no artigo 31 da Lei nº 8.212/91. É certo que a decisão judicial em comento não adentrou no mérito de avaliar a natureza da atividade prestada pela Recorrente. Mas, se por um lado a decisão não socorre a Recorrente, por outro lado, também não é possível entender que tais retenções possam atestar a natureza de locação / cessão de mão de obra dos serviços prestados.

17. Em segundo lugar, as notas fiscais acostadas aos autos acabam por corroborar o caráter de eventualidade dos serviços prestados. Tomemos, por exemplo, as notas fiscais anexadas abaixo, emitidas em razão dos serviços prestados à Santa Marta Siderurgia Ltda no mês de fevereiro de 2003. Uma para *“acompanhamento de estoque de 612 TM de ferro gusa Lote detalhe MV Kater Wave – Paul, no valor de R\$ 172,62 (fl. 75, V1)”* e outra para *“acompanhamento de estoque de 6005 TM Lotes duro disco MV Dehuhai – Paul, no valor de R\$ 1759,37 (fl. 74, V1)”*.

QUANT.		UNID.	DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS	UNIT.	TOTAL
			ACOMPANHAMENTO DE ESTOQUE DE 6005 TM DE FERRÃO GUSA LOTES DURO/DISCO MV DEHUHA PAUL	R\$	1.759,37
RETENÇÃO PARA A PREVIDÊNCIA SOCIAL 11% : R\$ 193,53					
VALOR TOTAL DOS SERVIÇOS R\$ 1759,37					
RETENÇÃO DO ISS NA FONTE R\$ 172,62					
OUTRAS RETENÇÕES					

18. Observa-se que os valores são pagos em virtude de cada serviço prestado, sem que haja a individualização do trabalhador que prestou o serviço. Também não se constitui o caráter de continuidade dos serviços prestados, o que afasta a presunção de que a empresa praticava atividade de locação/cessão de mão de obra.

19. Por todos esses motivos, entendo não restar devidamente comprovado que a contribuinte praticava, de fato, a atividade de locação/cessão de mão de obra o que motivou a sua exclusão do SIMPLES. Logo, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu

Voto Vencedor

Conselheiro Marco Rogério Borges, Redator designado.

Como de costume, o voto da ilustre Conselheira Paula Santos de Abreu está muito bem fundamentado. Contudo, este colegiado, conforme consignado no *decisum* do presente acórdão, contrapondo-se ao voto da relatora, divergiu, em votação decidida pelo voto de qualidade, do seu entendimento no tocante à matéria objeto em discussão nos autos.

A douta relatora entendeu que não estaria devidamente comprovado que a contribuinte praticava, de fato, a atividade de locação/cessão de mão de obra o que motivou a sua exclusão do SIMPLES, pelo o que votou em dar provimento ao seu recurso voluntário

Contudo, em sessão de julgamento, analisando os elementos constantes nos autos, o colegiado entendeu, por maioria qualificada, não restar comprovada pela recorrente que não praticava a atividade de locação/cessão de mão de obra, o que a impediria optar pelo Simples Federal (Lei nº 9.317/996).

O inciso XII, f do art. 9º da Lei nº 9.317/96, assim dispôs:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII – que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

(...)”

Através de ato declaratório, foi procedida a exclusão da recorrente do Simples Federal, a partir de 01/01/2002, por ter sido identificado, a priori, que exercia atividade vedada no ditame transcrito acima.

Em sede de impugnação, o contribuinte se insurgiu, pelo qual a decisão a quo denegou seu pleito, fundamentando-o na conjugação do parecer nº 69/1999 da Cosit, com a análise dos elementos trazidos então na sua manifestação de inconformidade.

A recorrente se insurge, reiterando sua posição anterior, pelo qual a relatora entendeu satisfatórios as alegações e elementos apresentados.

A relatora, acompanhando as alegações do recorrente, entendeu que as notas fiscais emitidas pela mesma demonstrariam uma eventualidade dos serviços prestados que lhe impediriam a adesão.

Contudo, em análise extensa durante o julgamento, houve divergência deste caráter eventual, entendendo parte do colegiado que a descrição dos serviços reforçaria a

recorrente exercer uma atividade impeditiva. Tais serviços foram descritos como “acompanhamento de embarque e controle de estoque”, o que revelaria uma caráter eminente de cedência de mão-de-obra.

Além do mais, tal prova apresentada (notas fiscais), não podem ser algumas, como apresentou a recorrente, e sim, compreender todo um período de tempo, anexando todas as emitidas então, para analisar todas as atividades exercidas no período.

Entendo que instaurado o litígio, quando da expedição do ato declaratório de exclusão do simples, é dever do contribuinte tentar provar da maneira mais completa o que alega, não tentando passar esta responsabilidade ao órgão fiscal. No caso, deveria ter trazido a documentação completa do período para se verificar o que alega.

Por conseguinte, votei por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, pelo que fui acompanhado pela maioria qualificada aplicável ao caso, conforme consta no *decisum*.

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges