



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11634.000301/2009-40
Recurso nº 919.081 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.974 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de julho de 2012
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente LEANDRO CARLOS BONDEZAM & CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2006

Ementa:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE VEDADA. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE.

Tratando-se de norma restritiva de direitos, o fato propulsor de sua aplicação deve estar suficientemente provado. No caso dos autos, em que a atividade impeditiva da permanência no SIMPLES está representada por suposta cessão de mão de obra, os elementos carreados ao processo não autorizam concluir que o contratado, a fiscalizada, limitou-se a fornecer os trabalhadores para a execução dos serviços, deixando, assim, de assumir os riscos inerentes à produção dos resultados esperados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

“documento assinado digitalmente”

Alberto Pinto Souza Junior

Presidente

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 07/07/2012 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 07/0

7/2012 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 23/07/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA J

UNIOR

Impresso em 27/08/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA

Processo nº 11634.000301/2009-40
Acórdão n.º **1301-00.974**

S1-C3T1
Fl. 109

Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Alberto Pinto da Souza Junior, Paulo Jakson da Silva Lucas, Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

LEANDRO CARLOS BONDEZAM & CIA LTDA, já devidamente qualificada nestes autos, inconformada com a decisão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba, Paraná, que manteve a exclusão do SIMPLES promovida por meio de Ato Declaratório expedido pela Delegacia da Receita Federal em Londrina, interpõe recurso a este colegiado administrativo objetivando a reforma da decisão em referência.

Trata o processo de exclusão do SIMPLES fundada na alegação de exercício de atividade vedada (locação de mão de obra), conforme disposto no inciso XII, do art. 9º, da Lei nº 9.317, de 1996.

Em sede de manifestação de inconformidade (fls. 43/57), a contribuinte sustentou:

- que haveria diferença entre "ter" e "exercer" locação de mão-de-obra, sendo que o fato de a empresa "ter" atividade vedada no contrato social, sem que seja exercida, não obstaría a opção pelo Simples, que seria o seu caso;

- que o Ato Declaratório deveria ser anulado porque a administração incorreu em erros e porque o motivo nele inscrito inexistiria;

- que, não obstante as descrições de atividades de comércio arroladas na representação fiscal, estas nunca teriam sido exercidas, não podendo, assim, servir de motivo para a exclusão do Simples;

- que nunca teve locação de mão-de-obra como atividade;

- que haveria diferença entre locação ou cessão de mão-de-obra e empreitada de serviços, que seria o que ela desenvolvia (na primeira atividade, a mão-de-obra é a própria razão de existência da contratação, já na segunda, a mão de obra é mero meio de atingir a obra ou tarefa desejada pelo contratante, embora em ambos casos haja emprego de mão de obra);

- que desenvolvia atividade de gradagem e cultivo mediante contrato de empreitada, na qual há utilização de mão-de-obra como meio para fins do contrato mas, apesar de o contrato impor condições, regras e peculiaridades para o desenvolvimento da atividade, como em qualquer contrato, os empregados não estão cedidos ao tomador do serviço, nem estão sob o poder diretivo deste, como comprovaria a cláusula contratual 1.4 que a obrigaria a não permitir consumo de bebidas alcoólicas antes ou durante a jornada de trabalho; a fazer revisões e manutenções periódicas do maquinário objeto do contrato; e a arcar com o óleo diesel consumido, sendo ela a responsável pelo serviço e pela sua fiscalização;

- que a autoridade fiscal, sem qualquer análise material ou prova, concluiu que ela desenvolvia atividade vedada

que a verdade material deveria prevalecer sobre a presunção;

- que mesmo nas presunções legais o Fisco não estaria dispensado de fazer prova cabal do fato indiciário;

- contesta a retroatividade dos efeitos do ADE à data de 17/03/2005 (citou jurisprudência e invocou o princípio da irretroatividade das leis);

- que os efeitos do Ato Declaratório só poderiam se dar a partir da notificação.

A já citada 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba, analisando os elementos reunidos aos autos, decidiu, por meio do Acórdão nº 06-29.957, de 20 de janeiro de 2011, pela manutenção da exclusão.

O referido julgado restou assim ementado:

ADE. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. DISPONIBILIZAÇÃO DE TRABALHADORES. SERVIÇOS CONTÍNUOS.

A cessão de mão-de-obra caracteriza-se pela disponibilização de trabalhadores nas dependências do contratante, ou de terceiros, para a realização de serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

A exclusão da empresa do Simples produz efeitos a partir do mês subsequente ao que for comprovadamente incorrida a situação excludente de desempenho de atividade vedada.

Irresignada, a contribuinte apresentou o recurso de folhas 75/92, por meio do qual sustenta:

- que, sem muito esforço, conclui-se que os argumentos expendidos na decisão recorrida são inconsistentes, visto que o contrato de serviços estabelece que os trabalhadores disponibilizados estão sob sua inteira responsabilidade;

- que a presunção de que as máquinas e equipamentos são de propriedade da contratante dos serviços não se sustenta;

- que as máquinas e equipamentos são de propriedade do próprio prestador de serviços, conforme documentos fiscais anexos;

- que é inquestionável a presença, no caso, da empreitada de serviços;

- que a retenção previdenciária por parte do tomador dos serviços, por si só, não pode materializar a obediência ao art. 219 do Decreto nº 3.048/99;

Processo nº 11634.000301/2009-40
Acórdão n.º **1301-00.974**

S1-C3T1
Fl. 112

- que a retenção, no caso concreto, foi operada por imprecisão técnica do tomador dos serviços.

Adiante, a contribuinte renova a argumentação expendida na peça inicial de defesa.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

A lide a ser enfrentada no presente processo diz respeito à exclusão do SIMPLES, fundada na imputação de exercício de atividade vedada.

O fundamento para referida exclusão encontra-se estampado no ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 37, de 2009, expedido pela Delegado da Receita Federal do Brasil em Londrina, Paraná, fls. 37, qual seja: inciso XII, letra “f”, art. 9º, Lei nº 9.317, de 1996 (abaixo transcrito).

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

[...]

XII - que realize operações relativas a:

[...]

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

O referido ATO DECLARATÓRIO teve por base Representação Fiscal (fls. 01/03), cujos excertos reproduzo a seguir.

[...]

1. A empresa supra tem como descrição de Atividade Econômica Principal no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, "Atividades de apoio à agricultura não especificadas anteriormente", código 01.61-0-99 e como Atividades Secundárias "Serviço de pulverização e controle de pragas agrícolas, código 01.61-0-01, Serviço de preparação de terreno, cultivo e colheita, código 01.61-0-03, Comércio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores, código 45.30-7-03, Comércio a varejo de peças e acessórios usados para veículos automotores, código 45.30-7-04, Comércio a varejo de pneumáticos e câmaras de ar, código 45.30-7-05, Manutenção e reparação de tratores agrícolas, código 33.14-7-12, Comércio varejista de combustíveis para veículos automotores, código 47.31-8-00 e Comércio varejista de lubrificantes, código 47.32-6-00"

[...]

3. Outro fator relevante que cabe informar é que **a empresa supra elaborou Contratos de Prestação de Serviços de Gradagem com a empresa Contratante denominada Agrícola Carandá Ltda. com o seguinte objeto "Obriga-se o CONTRATADO a prestar serviços durante o horário previamente estipulado pela Contratante, inclusive aos domingos e feriados... Contratar operador para**

cada máquina, para prestação de serviços objeto do presente, ficando estabelecido que tais operador (sic) deverão seguir as orientações dos encarregados de setores onde os serviços serão prestados...Fornecer identificação a todos os seus funcionários a fim de facilitar o trânsito dos mesmos nas dependências da Contratante...", observamos que, notadamente o serviço prestado pela empresa era de natureza "Locação de Mão de Obra".

4. Pelos fatos acima expostos e Considerando que a empresa infringiu a Lei 9.317 em seu artigo 9º, inciso XII, letra "f" que prevê: "Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica...que realize operações relativa a... prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão de obra", atividade esta impeditiva de optar pelo SIMPLES, propomos a sua exclusão do SIMPLES, conforme previsto na Lei nº 9.317 em seu art. 14, inciso I, com efeitos a partir de 17/03/2005, data de sua constituição na Junta Comercial do Paraná.

(GRIFEI)

Da decisão exarada em primeira instância, extraio os seguintes fragmentos:

[...]

2 Atividade desenvolvida. Provas.

16. O comprovante de inscrição no CNPJ, fl. 4, especifica como atividade principal o "CNAE-Fiscal 01.61-0/99 - atividades de apoio à agricultura não especificadas anteriormente" e atividade secundárias de pulverização e controle de pragas, preparação de terreno, cultivo e colheita, comércio, manutenção e reparação de tratores.

17. Elementos concretos sobre o significado da atividade principal constam do Contrato de Prestação de Serviços de Gradagem para a Agrícola Carandá Ltda., fls. 7/11 e notas fiscais de prestação de serviços de gradagem, adubação, sulcação e tríplex operação em máquinas agrícolas, reboque, moagem, preparo de solos, para esta empresa, datadas de 10/04/2006 a 05/04/2007, nas quais a contratante efetuou a retenção de 11% de seguridade social em obediência à determinação contida do art. 219 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social), com a redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 9 de junho de 2003 (retenção sobre a cessão de mão-de-obra), fls. 31/36; também foram juntados recibos de pagamentos de salários dos funcionários ocupantes dos seguintes cargos: tratoristas agrícolas, um supervisor administrativo e um administrador.

18. Consta do processo apenas o Contrato de Prestação de Serviços de Gradagem assinado em 01/01/2006, embora conste na representação que foram elaborados diversos contratos, seu teor é: "contrato de locação de imóvel comercial", o que aparenta ser erro de redação, porque nenhum outro elemento dos autos, ou da impugnação o confirma; prestação de serviços de gradagem pesada com grade de disco (...), cultivo com adubo, gradagem intermediária e terraceamento com dois tratores de grade e com trabalhadores por si contratados; prazo de 6 meses ou até o término dos serviços; a contratada deve contratar operadores de máquinas que deverão seguir as orientações dos encarregados dos setores onde os serviços serão prestados, nomear um funcionário como responsável pelo maquinário e que se manterá em contato com a contratante, contratar e responder por todos os aspectos trabalhistas e previdenciários, bem como por acidentes ou infrações cometidas pelos funcionários, os quais trabalharão nos dias e horários estipulados pela contratante, nas terras desta; realizar revisão mensal dos maquinários objeto do contrato e efetuar

a manutenção, e responsabilizar-se pelo bom estado das mesmas; a contratante fornecerá o óleo diesel, que será descontado do pagamento à contratada; os preços avançados são quantias fixas pagas por hectare gradeado e cultivado ou terraceado, confirmados pela inspeção da contratante.

19. A contratante é empresa que possui as terras e desenvolve atividades agrícolas, auferir receitas de atividades rural e que contabiliza despesas com veículos e conservação do imobilizado.

20. Do exposto se verifica que a interessada contrata, por encomenda da contratante de seus serviços, funcionários que operarão máquinas agrícolas de propriedade da contratante que trabalharão subordinados às chefias da contratante, obedecendo suas ordens quanto a como, quando e onde executar as tarefas; coloca o pessoal à disposição da contratante e também é responsável pelo gasto com o óleo diesel necessário à operação das máquinas; o trabalho é pago mediante valor fixo por hectare concluído e apesar de constar o prazo de duração como sendo "até 30 de junho de 2006 ou Término dos Serviços", e a litigante argumentar que trabalha por empreitada não consta nº de hectares definido como contratado, ou seja, o teor do contrato é de que se realizarão as tarefas na medida em que a contratante planejar seus objetivos, ou seja, não há um quantum fixado que justifique o argumento da empreitada; apenas se especifica que o pagamento é pela quantidade de hectares trabalhados; apesar de o contrato de 01/01/2006 ter duração prevista de 6 meses, foi ou renovado ou foram assinados novos porque as notas fiscais emitidas para a Agrícola Carandá incluem o ano de 2007.

21. Sobre a questão do objeto social das microempresas e empresas de pequeno porte em relação à opção ou permanência no Simples, tem-se que a descrição das atividades no CNPJ seria insuficiente para a exclusão, porém foram acostados outros elementos que se descreveu que explicam o que significam na prática.

22. Vale a pena rever o que consta no item 7, do elenco de perguntas e respostas, organizado pela Coordenação-geral de Tributação - Cosit, e divulgado inclusive no Boletim Central (BC) n.º 55, de 24 de março de 1997, da Secretaria da Receita Federal, em que se externou o entendimento da autoridade para interpretar a legislação em espécie:

[...]

23. A orientação transcrita é clara em que o fator decisivo para a exclusão do Simples é a comprovação de que a empresa desempenhou atividades vedadas, mesmo que não constem do Contrato Social.

24. Quanto à locação de mão-de-obra, é atividade vedada, conforme se exemplifica no acórdão a seguir, entendimento esse que não foi alterado:

[...]

25. A Coordenação-Geral de Tributação - Cosit, da Secretaria da Receita Federal, tratou da vedação à opção pelo Simples no caso do exercício de atividade de locação de mão-de-obra, e de empreitada de mão-de-obra, por meio do Parecer nº 69 de 10 de novembro de 1999, do qual importa transcrever os seguintes itens:

"3. Em se tratando de locação da 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.

4. 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.

5. A legislação aplicável ao SIMPLES, relativamente ao aspecto discutido, estabelece a vedação para as pessoas jurídicas que tenham como atividade a locação de mão-de-obra. Assim, onde a atividade referida for o objeto da pessoa jurídica, estará caracterizada a vedação a sua opção pela sistemática de pagamento de que trata o SIMPLES.

Empreitada de mão-de-obra

6. A empreitada, tanto na lei civil (CC art. 1.237 e segs.), quanto na Lei comercial (CCom, art. 226 e segs.), é admitida como modalidade do contrato de locação (locação de obra, contrato de obra). É admissível a existência das seguintes espécies de empreitada: de materiais e mão-de-obra; exclusivamente de mão-de-obra (lavor) e por administração. Sua principal característica é o trabalho autônomo, possuindo utilização corrente na construção civil e no meio rural. A distinção entre os diferentes tipos de empreitadas far-se-á pela natureza da prestação de trabalho. **Fundamental para caracterizar-se a empreitada é que o empreiteiro assuma o risco de realizar a obra contratada, por si ou seus prepostos, segundo as especificações estabelecidas de tempo e preço. O empreiteiro é responsável pela organização dos meios necessários e a gestão do próprio risco, além da obrigação de executar a obra ou o serviço para o qual foi contratado. Como regra geral, todos os contratos de empreita pressupõem a assunção, por parte do contratado, do ônus relativo à fiscalização, orientação e planejamento do bem objeto da contratação.**

7. A diferenciação básica existente entre a empreitada e a locação de mão-de-obra, portanto, é obtida pelo modo de encarar a obrigação de fazer. Se o que é ajustado limita-se ao fornecimento da mão-de-obra, sob controle e supervisão do locatário, temos a locação de mão-de-obra. Se o que é ajustado restringe-se à apresentação de um resultado, defrontamos com a empreitada. No caso da empreitada exclusivamente de mão-de-obra, o resultado é a própria execução do serviço, estabelecendo-se, assim, sua similitude com a locação de mão-de-obra.

8. Por conseguinte, dedicando-se a empresa à execução de empreitada exclusivamente de mão-de-obra, não poderá optar pelo SIMPLES. Assim também, a empreitada por administração, relacionada ao trabalho intelectual e administrativo de organizar os serviços e fiscalizar o andamento da execução do objeto da empreita, não poderá, também, optar pelo SIMPLES, devido ao fato de prestar serviços inerentes ao engenheiro e arquiteto.

Cessão de mão-de-obra

12. O conceito de cessão de mão-de-obra não tem utilização corrente no direito do trabalho, assim também no direito civil, sendo comum, todavia, sua utilização na área de atuação da previdência e assistência social. Encontra-se definido no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, conforme segue:

'Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal, ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

(...)

§ 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.

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

13. A partir da definição expressa na Lei nº 9.711, de 1998, nota-se a similaridade entre os conceitos de locação de mão-de-obra e cessão de mão-de-obra, fato este que não ensejará, então, dúvidas na aplicação da vedação ao SIMPLES."

26. Do exposto conclui-se que a empresa executou atividade vedada de locação de mão-de-obra: recebe pagamento mediante hectares trabalhados, realizados por funcionários seus colocados à disposição do contratante, de forma contínua, nas instalações da contratante, que determina aos funcionários o trabalho a ser realizado e como.

27. Por isso, descabido o argumento de que a exclusão foi por presunção legal; a exclusão se baseou na conclusão de que as atividades listadas no cadastro da empresa se realizam na modalidade de cessão ou locação de mão-de-obra, com base em elementos como contrato assinado com cliente e notas fiscais emitidas.

Encontram-se reunidos ao processo os seguintes documentos:

- Contrato de Prestação de Serviços de Gradagem (fls. 07/11), do qual merecem destaque as seguintes passagens:

OBJETO DO CONTRATO : A prestação de serviços que o CONTRATADO prestará à CONTRATANTE, de gradagem pesada com grade de disco de 12x32" polegadas, cultivo com adubo, gradagem intermediária e terraceamento, com 02 (dois) tratores com grade e com trabalhadores por si contratados, obedecidas todas as condições deste Contrato.

[...]

DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO

O CONTRATADO obrigará-se a efetivar a prestação de serviços aqui contratados durante o horário previamente estipulado pela CONTRATANTE, inclusive aos domingos e feriados, obedecendo sempre a legislação trabalhista vigente. São obrigações do CONTRATADO:

1.1 - Contratar operador para cada máquina, para prestação de serviços objeto deste contrato, ficando estabelecido, que tais operador deverão seguir as orientações dos encarregados de setores onde os serviços serão prestados;

1.2 - Manter seguro contra acidentes pessoais de todos os seus funcionários;

1.3 - Obedecer as normas de velocidade e a sinalização de trânsito existente nos locais onde os serviços serão prestados, assim como programar antecipadamente com a CONTRATADA, a parada para manutenção das máquinas, de forma a evitar prejuízos ao bom andamento dos serviços;

1.4 - Não permitir, em hipótese alguma, o consumo de bebida alcoólica por seus funcionários antes ou durante a jornada de trabalho;

1.5 - Nomear um funcionário como responsável pelo maquinário, devendo o mesmo manter contatos permanentes com a CONTRATANTE, para resolução de quaisquer problemas que por ventura ocorram;

1.6 - Obedecer rigidamente as Leis de Trânsito vigentes no País, assumindo desde já, a responsabilidade pela ocorrência de acidentes, que por ventura venham a ocorrer, por negligência, imperícia ou imprudência, do CONTRATADO ou de seus funcionários;

1.7 - Fornecer identificação a todos os seus funcionários a fim de facilitar o trânsito dos mesmos nas dependências da CONTRATANTE;

1.8 - Responsabilizar-se perante a Justiça Trabalhista por todo e qualquer litígio que ocorra, em virtude deste Contrato, que envolva qualquer dos trabalhadores destacados pela CONTRATADA, para a prestação de serviços - objeto deste instrumento;

1.9 - Assumir todos os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores que prestarão os serviços referidos neste Contrato e pagar todos os impostos e taxas que recaiam ou venham a recair sobre a prestação de serviços objeto deste instrumento, assim como as multas e majorações a que der causa por inadimplência, imperícia ou negligência;

1.10 - Realizar revisão periódica, a cada trinta dias, nos maquinários objeto deste Contrato, efetuando toda manutenção necessária para o bom funcionamento dos mesmos;

1.11 - Manter as máquinas objeto deste instrumento em perfeito estado de conservação, inclusive odômetro e horímetro, obedecidos os critérios de segurança previstos na legislação brasileira;

1.12 - Pagar todos os impostos e taxas que recaiam ou venham a recair sobre a prestação de serviços objeto deste instrumento, assim como as multas e majorações a que der causa, por imperícia, negligência ou imprudência;

1.13 - Obedecer rigidamente as Normas de Segurança da CIPA - Comissão de Prevenção de Acidentes, e responsabilizar-se pelo uso de EPI (equipamento de segurança) de todos os seus funcionários.

2. O descumprimento pelo CONTRATADO de qualquer uma das normas de segurança, de forma reincidente, implicará em multa equivalente a 5% do faturamento mensal do CONTRATADO, revertida em favor da CIPA da CONTRATANTE.

DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE

3. A CONTRATANTE obrigar-se-á a fornecer ao CONTRATADO:

3.1 - óleo diesel necessário para a prestação de serviços aqui contratados, descontando, porém, dos imediatos pagamentos o que foi fornecido, no preço praticado na bomba, em Nova Andradina-MS, no momento do desconto; em caso de aumento do diesel, o mesmo será repassado no percentual de 30% na tabela de preço da CONTRATANTE;

3.2- o óleo diesel será fornecido de segunda à sábado, das 06:30 às 16:18 horas, somente na bomba da CONTRATANTE.

- Folhas de Pagamento (fls. 12/19), emitidas pela fiscalizada, nas quais constam as remunerações pagas a diversos tratoristas;

- Recibos de pagamento de salários (fls. 20/30), emitidos pela fiscalizada, assinados por diversos tratoristas;

- Cópia de notas fiscais de serviço emitidas pela fiscalizada (fls. 31/37), tendo como cliente a empresa AGRÍCOLA CARANDÁ LTDA. (nas referidas notas, consta a indicação de que foi promovida retenção de 11% para a seguridade social, sendo que, em algumas, existe informação de que tal retenção foi objeto de processo restituição);

Em sede de recurso, a fiscalizada aportou aos autos os documentos de fls. 94/105, comprobatórios da aquisição de máquinas e tratores.

Como se vê, a questão a ser dirimida no presente processo dirige-se no sentido de se averiguar se os elementos trazidos aos autos permitem criar a convicção de que a Recorrente efetivamente praticou atividade de cessão de mão de obra, o que a impediria recolher tributos e contribuições na sistemática do SIMPLES.

A Lei nº 9.711, de 1998, dando nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, estabeleceu que, para fins previdenciários, “*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*”.

Pode-se dizer que na cessão ou locação de mão de obra, diferentemente da prestação de serviços genericamente considerada, o elemento crucial e destacado contratualmente é a mão de obra que será colocada à disposição do contratante.

No caso sob exame, não se pode negar que as cláusulas contratuais pactuadas, bem como os elementos destacados pela Fiscalização e pela autoridade julgadora de primeira instância, trazem um certo grau de dúvida acerca da natureza do contrato de fls. 07/11, se relativo a empreitada de serviços, como sustenta a Recorrente, ou à cessão de mão de obra, como decidido na instância *a quo*.

Não obstante, penso que, tratando-se de norma restritiva de direitos, o fato propulsor de sua aplicação deve estar suficientemente provado.

No caso vertente, um elemento crucial que poderia concorrer para solução da controvérsia diz respeito à propriedade do maquinário utilizado na prestação de serviços, se do contratado (a fiscalizada) ou do contratante.

Neste particular, em convergência com o alegado pela Recorrente, a autoridade de primeira instância afirma textualmente que o citado maquinário é de propriedade do contratante, porém, não aponta os elementos que lhe possibilitaram concluir dessa forma.

Em sentido contrário, ainda que não se possa dizer que a aquisição de maquinário constitui prova da utilização dos equipamentos correspondentes nos serviços prestados, a Recorrente, ao menos, trouxe aos autos documentos que indicam que no período de execução do contrato promoveu a compra de variadas máquinas agrícolas, máquinas essas que guardam relação com os serviços contratados pela empresa AGRÍCOLA CARANDÁ LTDA.

Nesse contexto, não resta suficientemente comprovado que a fiscalizada, não obstante a descrição do objeto apresentada no contrato de prestação de serviços, limitou-se a fornecer a mão de obra para a contratante,

Não identifiquei, também, elementos capazes de indicar que o contratante assumiu, integralmente, o risco pela execução dos serviços.

A previsão, no contrato, de que os operadores das máquinas empregadas na execução dos serviços deveriam seguir as orientações dos encarregados da contratante, a meu ver, não constitui elemento suficiente à caracterização de subordinação a que se reporta a decisão recorrida.

Por outro lado, a simples indicação de que houve retenção por parte da contratante de 11% do valor da nota fiscal, por si só, não autoriza a conclusão de que, no caso, estamos diante de cessão de mão de obra. Quanto a esse aspecto, inclusive, cabe destacar, como já dito, que algumas notas fiscais assinalam que a referida retenção foi objeto de pedido de restituição.

Não constato, também, a existência de outros elementos caracterizadores da cessão ou locação de mão de obra, tais como: cláusula contratual exigindo a substituição de empregados em determinadas circunstâncias; cláusula contratual dando poderes a contratante para indicar empregados; descrição vaga e imprecisa, no contrato, do serviço a ser executado;

Processo nº 11634.000301/2009-40
Acórdão n.º **1301-00.974**

S1-C3T1
Fl. 121

cláusula contratual obrigando a contratante a reembolsar a fiscalizada pelos custos relacionados à mão de obra envolvida na execução dos serviços; etc.

Assim, conduzo meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso, determinando, em consequência, o cancelamento do ATO DECLARATÓRIO de exclusão de fls. 37.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães - Relator