



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

Processo n° 13116.000218/2010-99
Recurso n° 924.325 Voluntário
Acórdão n° **1302-00.901 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 9 de maio de 2012
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente JC DA SILVA E CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL.EXCLUSÃO. CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Não demonstrado que a pessoa jurídica cedeu ou locou mão-de-obra, deve ser anulado o Ato Declaratório Executivo que a excluiu do sistema por tal motivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello (presidente da turma), Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira (vice-presidente), Eduardo de Andrade, Diniz Raposo e Silva, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 4ª Turma da DRJ/BSB, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a impugnação, conforme ementa que abaixo reproduzo:

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2007

Exclusão Simples Nacional

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO OU CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Por expressa disposição legal, a pessoa jurídica que se dedica à cessão de mão-de-obra ou de locação de mão-de-obra está impedida de exercer a opção pelo Simples.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CARACTERIZAÇÃO.

Caracteriza a cessão de mão-de-obra a prestação serviços de preparo e distribuição de refeições (serviços de copa), mediante contrato no qual a contratada (cedente) disponibiliza seus empregados para executar referidas atividades, de modo contínuo, para a contratante (cessionária).

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Trata o processo de representação para exclusão do Simples Nacional formalizada por meio de Despacho – 0240/10, de 10/02/2010, da Seção de Arrecadação e Cobrança da DRF em Anápolis/GO, fincada no apontamento de atividade vedada ao ingresso no referido regime tributário, em virtude de a empresa explorar “atividade de prestação de serviços de copa, mediante cessão de mão-de-obra, conforme Contrato MSG/05/04 com a empresa Mineração Serra Grande S/A”, a incorrer, deste modo, no inciso XII do artigo 17 da LC 123/2006 (fls. 54/55-d).

Referida representação culminou no Ato Declaratório Executivo Nº 25, de 30/08/2010, com decisão de exclusão da empresa JC DA SILVA E CIA LTDA. do regime do SIMPLES NACIONAL, com fulcro no inciso XII do artigo 17 da LC 123/2006, com efeitos a partir de 01/07/2007 (fl. 60-d).

Cientificado em 21/09/2010 (fl. 62-d), em sede de impugnação, protocolada em 05/10/2010 (fl. 65-d), a contribuinte alega, em síntese, que discorda do enquadramento no inciso XII do art. 17 da LC 123/2006, haja vista que seu objetivo contratual é “fornecimento de alimentação”. Solicita orientação acerca da questão e argumenta que a adesão foi deferida pela própria Receita Federal, em 01/07/2007. Informa que foram pagos DAS/Simples de elevados valores e que a exclusão deve observar a devida compensação para fins de liquidação dos débitos. Perora que a exclusão a partir de 01/07/2007 significa atribuir-lhe o ônus de ilícito fiscal que não praticou e pugna pela manutenção no regime do Simples Nacional (fls. 65/66-d).

Processo nº 13116.000218/2010-99
Acórdão n.º **1302-00.901**

S1-C3T2
Fl. 163

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, repisou argumentos expendidos na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

Cessão de mão de obra não demonstrada

A Representação lavrada pela DRF/Anápolis conclui que a recorrente efetua cessão de mão-de-obra com base no seu objeto social (3ª Alteração Contratual), *prestação de serviços de fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas e serviços de buffet*, na descrição de sua atividade constante do seu cartão CNPJ, código 56.20-1-01 – *Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas*, e, segundo afirma, conforme contrato de prestação de serviços de copa nº MSG 05/04, celebrado com Mineração Serra Grande S/A.

A representação (fls.54/55) é bastante sucinta, não havendo qualquer aprofundamento sobre a gestão dos serviços. Em outras palavras, não se verifica a demonstração de que os serviços prestados caracterizam-se como cessão de mão de obra, ou são apenas serviços prestados sem esta nuance, ou seja, não se cuidou de demonstrar se a contratada, ora recorrente, responsabilizou-se pela execução dos serviços ou simplesmente forneceu trabalhadores ao contratante, que assumiria, assim, o risco pela execução destes.

No entanto, a caracterização da *locação de mão de obra* vai além, exigindo a demonstração de que não há responsabilidade de contratado pela execução do serviço, havendo mera disponibilização de trabalhadores ao contratante, os quais, todavia, mantém vínculo empregatício com o contratado.

Neste sentido, a lição de Roque Carrazza e Eduardo Domingos Bottallo¹, para quem

a cessão (ou locação) é espécie do gênero prestação de serviços e se configura quando o esforço humano posto à disposição do contratante (o tomador dos serviços) consiste na própria colocação da mão-de-obra, para que este dela faça uso, segundo suas conveniências e oportunidades. Por outro lado, pode haver a contratação de prestação de serviços mediante utilização de pessoal pertencente a quadro próprio do prestador, que se encarrega da respectiva execução, ou, em outras palavras, de dar cumprimento à assumida obrigação de fazer. Nestes casos,

¹Revista Dialética de Direito Tributário nº 169, pp.132-138.

embora exista prestação de serviços, não há cessão ou locação de mão-de-obra.

Como vemos, o elemento diferenciador entre a prestação de serviço (gênero) e a cessão ou locação de mão-de-obra (espécie) reside no seguinte: se não houver subordinação dos empregados ao contratante (tomador de serviços), não haverá cessão ou locação de mão-de-obra, mas apenas prestação de serviços. Já, pelo contrário, se a sujeição dos empregados às ordens do tomador de serviços for a característica marcante do contrato, então, aí sim, haverá autêntica prestação de serviços mediante cessão ou locação de mão-de-obra.

Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo² também corroboram deste entendimento, e afirmam 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.

Da análise do contrato de prestação de serviços de copa acostado (MSG nº 05/04 – fls.13 a 20), todavia, verificamos os seguintes dispositivos pactuados:

1 OBJETO

1.1 O presente Contrato tem por objeto a prestação de serviços de preparo e distribuição de refeições, café da manhã (desjejum) e lanches pela CONTRATADA à CONTRATANTE, no refeitório da área industrial, alojamentos e casa de hóspedes, localizados na cidade de Crixás, estado de Goiás.

1.2 A empresa CONTRATANTE se responsabilizará pelo pagamento das notas fiscais de compras de insumos realizadas dentro do mês. No final do mês ao fechar o faturamento, conforme preço na Cláusula 7.1, o valor das compras realizadas em nome da CONTRATANTE será descontado no valor global, e após será emitida a nota fiscal de prestação de serviço.

² in Revista Dialética de Direito Tributário nº 97, pp.117.

A atribuição de responsabilidade à contratada para preparar e distribuir as refeições é reforçada nas cláusulas que estipulam obrigações da contratada, que abaixo reproduzimos:

3 OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

3.1 Preparar as refeições/desjejuns, distribuí-los de acordo com o estabelecido no item 2.1 da Cláusula Segunda ou onde for determinado pela CONTRATANTE, desde que dentro de suas instalações.

O contrato contém cláusulas que impõem obrigações à contratada para a prestação de serviços, como o dever de manter os padrões de higiene exigidos pelas autoridades sanitárias, observar disposições legais e regulamentares sobre preservação ecológica e impacto ambiental (cláusula 3.2), zelar pelo estoque e conservação de alimentos (3.4), manter os empregados uniformizados (3.8), providenciar e manter todas as licenças junto às repartições competentes, necessárias à execução dos serviços, inclusive alvará de liberação da vigilância sanitária (3.10), fornecer todos os gêneros alimentícios, bem como materiais e embalagens (3.12).

Contém ainda uma cláusula (3.13) que determina o dever da contratada de *manter um nutricionista que deverá coordenar e acompanhar a execução dos serviços em tempo integral*, o que demonstra, sem sombra de dúvidas sua responsabilidade pela prestação dos serviços.

No que tange à forma de pagamento, conforme bem demonstrado por notas fiscais acostadas pela recorrente em sua impugnação (fls.105/125), há a cobrança por quantitativo de refeições servidas, e dos alimentos vendidos (leite, café, etc) utilizados na prestação dos serviços, o que demonstra não haver a mera disponibilização de pessoal, mas a prestação completa, conforme prescrito no objeto, dos serviços de preparação e distribuição de alimentos.

Por outro lado, ao dispor sobre as responsabilidades da contratante, o contrato prevê o dever desta de colocar à disposição da contratada um restaurante industrial em perfeito estado de conservação e funcionamento (4.2), fornecer água e energia elétrica para a prestação dos serviços (4.2), responsabilizar pelos equipamentos da cozinha industrial e câmaras frigoríficas (4.3), fornecer vasilhames, móveis e utensílios de cozinha (4.5). Não há qualquer dever estipulado quanto à gerência da mão-de-obra da contratada, o que, aliás, está em harmonia com as demais cláusulas que estabelecem a responsabilidade pela prestação dos serviços pela contratada.

Desta forma, a documentação acostada pela DRF/Anápolis milita em desfavor da representação feita, não restando demonstrado que a recorrente praticou a atividade de *cessão de mão-de-obra*. Pelo contrário, as cláusulas contratuais pactuadas estipulam que a gerência sobre a execução dos serviços fica a cargo da contratada, obrigada a manter os funcionários, obter licenças e alvarás, inclusive da vigilância sanitária, prestar e distribuir os alimentos e manter nutricionista responsável pela cozinha (gerência). A cobrança é feita por refeições servidas e alimentos vendidos e não por profissionais postos à disposição, o que corrobora tal situação. Por fim, as responsabilidades da contratante são limitadas a fornecer a cozinha com equipamentos, móveis e utensílios. Nenhuma obrigação pesa sobre ela quanto à responsabilidade pelos serviços contratados.

Processo nº 13116.000218/2010-99
Acórdão n.º **1302-00.901**

S1-C3T2
Fl. 167

Tal situação probatória, acrescida ao fato de que nenhuma diligência foi procedida pela fiscalização no sentido de demonstrar que a situação fática fosse contrária àquela estipulada contratualmente, é insuperável, e que inquina de ilegal o ato que a exclui do sistema simplificado.

Assim, voto para dar provimento ao Recurso Voluntário, e anular o Ato Declaratório Executivo DRF/Anápolis nº 25/2010.

Sala das Sessões, 09 de maio de 2012.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator