



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

Processo nº 13888.002594/2006-09
Recurso nº 142.561 Voluntário
Acórdão nº 1302-00.288 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2010
Matéria SIMPLES-EXCLUSÃO
Recorrente BERTO TRANSPORTES LTDA. - ME
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES-EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. AUSÊNCIA DE PROVAS. Não demonstrado que a pessoa jurídica incorreu em causa impeditiva para optar pelo SIMPLES, é nulo o Ato Declaratório Executivo que a excluiu do regime.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente

EDUARDO DE ANDRADE - Relator

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Guilherme Polastri Gomes da Silva, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Eduardo de Andrade, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues de Mello.

Relatório

Tratam os seguintes autos de exclusão da recorrente do regime do SIMPLES, motivada por Representação Fiscal lavrada pela Delegacia de Receita Previdenciária de Campinas/Piracicaba, a qual aponta infração ao disposto na alínea "F" do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, tendo sido remetida à Secretaria da Receita Federal por meio do Ofício 141/2006.

Por meio do Despacho Decisório nº 898/2006, a Delegacia da Receita Federal de Piracicaba reconheceu os motivos para a exclusão, e lavrou o Ato Declaratório Executivo nº 46/2006, pelo qual excluiu a recorrente do regime do SIMPLES.

A recorrente, irresignada, interpôs manifestação de inconformidade junto à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, a qual foi julgada improcedente, nos seguintes termos de sua ementa:

Ano-calendário: 2004

SIMPLES EXCLUSÃO

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que tenha por objeto a exploração de atividades de prestação de serviços de transporte de pessoa e, carga e descarga "na modalidade de Locação de Mão de Obra".

Solicitação Indeferida

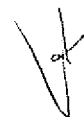
Inconformada, a recorrente interpôs Recurso Voluntário, alegando, em síntese, que:

1. É prestadora de serviços, e neste mister, utiliza-se de mão de obra. Porém, não é locadora de mão de obra, conforme atestam o contrato de prestação de serviços, e declaração da contratante, Usina Costa Pinto S/A - Açúcar e Alcool;
2. Nos termos do Contrato de Prestação de Serviços constante dos autos, a Recorrente assumiu junto ao seu cliente o compromisso de prestar serviços no transporte de pessoal, com a disponibilização de mão-de-obra, não havendo obrigação da empresa prestadora do serviço fornecer determinado motorista (mão-de-obra), mas sim algum motorista (mão-de-obra);
3. Para que a Delegacia da Receita Federal possa efetivar a exclusão de determinada pessoa jurídica do SIMPLES em face de sua atividade, é imprescindível a verificação contábil e física da composição dos custos da empresa, sem o que não será possível detectar eventual desvio de finalidade. Em contraponto, a Delegacia da Receita Federal em Piracicaba analisou tão somente uma das cláusulas de um dos contratos de prestação de serviços firmados entre a Interessada e seus clientes, o que não é suficiente para caracterizar eventual desvio de finalidade;



4. Pede, ao final, a anulação do ato declaratório executivo de exclusão, e a manutenção no regime do SIMPLES.

É o relatório.



Voto

Conselheiro EDUARDO DE ANDRADE

O recurso é tempestivo. Dele conheço.

A questão central a ser verificada no caso presente diz respeito à prova utilizada pela autoridade fiscal para concluir que a recorrente exerce atividade de locação de mão de obra.

Neste sentido, vale notar que a Representação lavrada pela Delegacia de Receita Previdenciária - a qual foi acolhida pela Delegacia da Receita Federal em Piracicaba sem qualquer verificação adicional - é extremamente sucinta, não havendo qualquer relato sobre os fatos apurados, limitando-se a efetuar a juntada do contrato social da recorrente, do contrato de prestação de serviços de transporte, e de notas fiscais de serviços prestados.

Não se verifica - como haveria de ser - a demonstração, ainda que singela, por meio do vernáculo, de que os serviços prestados caracterizam-se como locação de mão de obra, ou são apenas serviços prestados sem esta nuance. Em outras palavras, não cuidou a autoridade fiscal, 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. Valeu-se, apenas, de conjunto de notas fiscais para caracterizar a continuidade na prestação, e o contrato de prestação de serviços de transporte, para demonstrar a colocação de profissionais a serviço do contratante, objetivando, assim, demonstrar a ocorrência de *cessão de mão de obra*, de acordo com o conceito constante do §3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91.

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, 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,

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

então, aí sim, haverá autêntica prestação de serviços mediante cessão ou locação de mão-de-obra.

Hugo de Brito Machado e Hugo de Britto 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.*

O contrato social da recorrente registra como objeto social o *transporte de pessoal para serviços na lavoura, carregamento e transporte de cana, e serviços gerais na lavoura*. O contrato de prestação de serviços de transporte, firmado entre a recorrente a Usina Costa Pinto S/A - Açúcar e Alcool tem por objeto o disposto na cláusula primeira, abaixo.

CLÁUSULA PRIMEIRA - A CONTRATADA se obriga a prestar à CONTRATANTE serviços de transporte de pessoal, para cuja prestação se declara estar absolutamente apta, quer do ponto de vista técnico, quer do ponto de vista legal, declarando-se titular de todas as licenças e autorizações governamentais necessárias.

Parágrafo Primeiro - A CONTRATANTE determinará a época, a localidade, o tipo de operação e a quantidade de serviços a serem prestados pela CONTRATADA

Parágrafo Segundo - A CONTRATADA se obriga ao fornecimento de tudo o quanto seja necessário à prestação dos serviços ora ajustados, sem exceção, tais como mão-de-obra, transporte, alimentação, materiais, máquinas, equipamentos, combustível, insumos, dentre outros.

Verifica-se, assim, que tanto o contrato social como o contrato de prestação de serviços, indicam, *em tese*, não a existência de *locação de mão-de-obra*, mas a prestação de serviços, já que o objeto social não é a mera colocação de segurados à disposição da contratante, mas a *prestação do transporte*, o objeto do contrato de prestação de serviços impõe que a contratada esteja apta do ponto de vista técnico e legal, determina a esta que preste *serviços de transporte de pessoal*, e a obriga a fornecer não somente mão-de-obra, mas também materiais, máquinas, equipamentos, combustível, insumos, dentre outros, condições estas que impedem considerar tal prestação como mera locação de mão-de-obra.

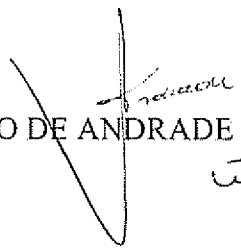
As notas fiscais juntadas, embora consignem a retenção na fonte de 11% a título de contribuição previdenciária, discriminam a prestação de serviço de transporte e fornecimento de equipamentos, não infirmando as condições estabelecidas contratualmente.

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

Desta forma, não restou demonstrado pela autoridade fiscal que a recorrente praticou a atividade de *locação de mão-de-obra*, vedada por Lei para adesão ao SIMPLES, condição esta insuperável, e que inquina de ilegal o ato que a exclui do sistema simplificado.

Neste sentido, impende verificar que o ato declaratório executivo de exclusão está viciado em sua motivação, já que, de acordo com os fatos apurados, não se pode afirmar, como o fez, que a recorrente exerce a atividade vedada pela alínea “f”, do inciso XII, do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

Assim, voto para dar provimento ao recurso, com anulação do Ato Declaratório Executivo DRF/PCA nº 46/2006, mantendo-se a recorrente no regime do SIMPLES.


EDUARDO DE ANDRADE - Relator