



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

Processo nº 13971.001177/2007-72
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.878 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2016
Matéria Simples Federal
Recorrente MOACYR DEMARCHI O ELETRECISTA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES FEDERAL. OPÇÃO NEGADA. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

Comprovada a existência de atividade vedada, não deve ser deferido o pedido de opção pelo Simples Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente.

(assinado digitalmente)

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa (Presidente), Alberto Pinto Souza Júnior, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Talita Pimenta Félix.

Relatório

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

Autenticado digitalmente em 21/06/2016 por ROGERIO APARECIDO GIL, Assinado digitalmente em 21/06/2016

6 por ROGERIO APARECIDO GIL, Assinado digitalmente em 21/06/2016 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado d

igitalmente em 21/06/2016 por ROGERIO APARECIDO GIL

Impresso em 21/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de recurso voluntário interposto pela contribuinte face ao Acórdão nº 01-27.179 da 2ª Turma da DRJ de Belém (PA), cuja ementa assim dispõe:

ASSUNTO: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte Simples

Ano Calendário: 2004

Ementa:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA

Comprovada a existência de atividade vedada, ocorre a impossibilidade de opção ao Simples.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

O acórdão recorrido ratificou o Ato Declaratório Executivo nº 107, de 26/08/2009, (fls.38), do Delegado da Receita Federal do Brasil de Blumenau SC, por meio do qual determinou-se a exclusão da recorrente do Simples Federal (fl.33).

Tal decisão fundamentou-se nas disposições do art. 9º, inc. XII, alínea “f”, da Lei nº 9.317/96, com efeitos a partir de 01/01/2004, nos seguintes termos:

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.

Consideraram-se as seguintes informações contidas no relatório fiscal de fls.28/30:

Com base no contrato de prestação de serviços firmado com a empresa NATIONAL STARCK & CHEMICAL INDUSTRIAL LTDA., em 01/06/1994, assim como no seu 4º aditivo contratual, datado de 01/11/2005 (fls. 12/23), MOACYR DEMARCHI ME comprometeu-se a disponibilizar trabalhadores, nas funções de eletricitas, para a execução de serviços de manutenção elétrica nas dependências da contratante. Tais atividades foram realizados através de locação de mão de obra, pois, além dos serviços terem sido exclusivamente executados nas dependências da contratante e sob o comando e fiscalização desta, tinham sua remuneração ajustada em função da quantidade de horas trabalhadas, isto é, através da proporção "hora/homem" trabalhada.

A intimação do acórdão da DRJ deu-se em 17/12/2013, fl. 65. O recurso voluntário foi interposto em 16/01/2014, fl. 90 e subscrito pelo próprio recorrente. Documentos referentes à representação legal às fls. 67 e 68.

Em suas razões de recurso, a recorrente cita os seguintes termos do objeto do contrato, com base nos quais sustenta que não havia cessão de mão de obra, em síntese:

- a) os serviços eram realizados com base em projetos, plantas, ordens de manutenção; havia documentos que definiam o que devia ser feito; os documentos indicavam as diretrizes para a realização dos serviços; não havia subordinação ao supervisor de manutenção;
- b) a recorrente havia sido contratada para executar serviços de manutenção elétrica no parque fabril da contratada, por seis meses; estava obrigada a refazer por sua conta e ônus os serviços não conformes, inclusive repondo os materiais perdidos;
- c) devia fornecer os equipamentos e ferramentas para a realização dos serviços;
- d) cada parte nomeava um representante para acompanhamento, coordenação e solução dos assuntos questões e problemas técnicos;
- e) não havia comando e fiscalização exclusivo da contratante.

Apresenta algumas cláusulas do contrato citado. Apresenta decisões e doutrina.

A recorrente apresenta notas fiscais de prestação de serviços com o objetivo de demonstrar que não havia exclusividade na prestação de serviços. Requer, assim, seja-lhe concedida oportunidade de emendar a petição de manifestação de inconformidade e de juntar tais documentos.

Ao final, requer o provimento do recurso e a inclusão no Simples.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ROGÉRIO APARECIDO GIL

Na forma acima, a recorrente interpôs recurso voluntário tempestivamente e está regularmente representada. Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A recorrente foi incluída no Simples Federal em 01/01/2004 (Despacho Decisório ARF/Brusque nº 06/2007 - fls. 09 e 10). Foi excluída em 01/04/2007, em virtude do exercício de atividade econômica vedada (DRF Blumenau, Despacho Decisório, fls. 24/26. Passou por Diligência Fiscal nº. 09379327 finalizada em 24/04/2007.

A fiscalização foi realizada após o recebimento de pedido de restituição de retenções e recolhimentos de Contribuição Previdenciária efetuados, de 01/2004 a 12/2005, por empresa contratante, em decorrência de pagamentos por prestação de serviços de manutenção e instalação elétrica.

Preliminarmente, a recorrente alega que seria devido o aditamento da petição de manifestação de inconformidade, com base no princípio da verdade material. Sustenta que não havia exclusividade na prestação de serviços e, por consequência, não havia cessão de mão de obra. Na tentativa de assim demonstrar, a recorrente apresenta notas fiscais de prestação de serviços de manutenção e instalação elétrica, e reparação de equipamentos elétricos emitidas em favor de contratantes.

Assim, com base em tais notas fiscais e com os referidos argumentos requereu autorização para emendar a petição de manifestação de inconformidade e juntar tais documentos.

Observa-se que a tal emenda e juntada não implicariam, por si só, novo julgamento por parte da DRJ. Na realidade, a recorrente pretende que, à vista dos referidos documentos e alegações, a DRJ profira nova decisão. No entanto, somente por meio do reexame de mérito é que seria possível obter-se a reforma do acórdão recorrido, o que está sendo viabilizado por meio desse reexame em sede de recurso voluntário. Assim, voto pelo indeferimento do pedido preliminar, eis que, diz respeito ao mérito do caso, o qual passa a ser analisado em sequência.

O Relatório Fiscal destaca que, em diligência presencial realizada na empresa que contratou a recorrente, constatou-se que *“todos os empregados da empresa Moacyr Demarch O Eletricista ficam à disposição do supervisor de manutenção elétrica nos diversos setores da empresa”* contratante, Nacional Starch & Chemical Industrial Ltda. Também foi constatado que todo o material necessário para a execução dos serviços é fornecido pela contratante.

Com base nessa realidade, a fiscalização concluiu que os códigos CNAE corretos e precisos para a recorrente são os seguintes que, por sua vez, estavam vedados à opção pelo Simples Federal:

CNAE FISCAL (Tabela 1.0) 4541-1/00 – INSTALAÇÕES ELÉTRICAS a partir do início das atividades recorrente, em 01/09/1993.

CNAE FISCAL (Tabela 2.0) 3313-9/99 – MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE MÁQUINAS, APARELHOS E MATERIAIS ELÉTRICOS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE (Classe: Manutenção e reparação de máquinas e equipamentos elétricos).

Além desse enquadramento legal, a fiscalização concluiu que, na verdade, não se tratava de contratação de serviços, mas sim, cessão de mão de obra da recorrente para a Nacional Starch & Chemical Industrial Ltda., sobre essa conclusão destacam-se os seguintes termos do Relatório Fiscal:

“9. Também é vedada a opção ao SIMPLES as atividades com cessão de mão-de-obra quando os empregados ficam à disposição e sob o comando da contratante dos serviços de acordo com o Parecer COSIT nº 69 de 10/11/1999, no item 4 dos fundamentos legais:

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. 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 contratos ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

10. A atividade desenvolvida pela empresa MOACYR DEMARCH O ELETRICISTA em relação à contratante de serviços NATIONAL STARCH & CHEMICAL INDUSTRIAL LTDA., caracteriza cessão de mão-de-obra nos termos do § 3º da Lei nº 8.212 de 24/07/1991:

§ 3º - Para os fins desta Lei, entende-se como cessão-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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/1998)

11. De fato, são prestados serviços contínuos, com os segurados à disposição da empresa tomadora de serviços, dentro das dependências da empresa tomadora de serviços.

(...)

13. De fato, verifica-se que no caso concreto:

13.1. O contrato estipula a execução de serviços de mão-de-obra na manutenção elétrica;

13.2. A empresa locadora realiza os trabalhos sem a obrigação de executar a obra completa (não há empreitada, e sim cessão-de-obra);

13.3. A contratada assume a responsabilidade de contratação de empregados sob sua exclusiva responsabilidade, conforme previsto em contrato;

13.4. Os empregados contratados pela locadora ficam à disposição da tomadora;

13.5. A tomadora detém o total comando das tarefas.

O Relatório Fiscal foi analisado pela DRF que ressaltou as seguintes disposições contratuais constatadas na diligência presencial realizada na referida empresa contratante:

“com base no contrato de prestação de serviços firmado com a empresa NATIONAL STARCK & CHEMICAL INDUSTRIAL LTDA., em 01/06/1994, assim como no seu 4º aditivo contratual, datado de 01/11/2005 (fls. 12/23), MOACYR DEMACHI ME comprometeu-se a disponibilizar trabalhadores, nas funções de

eletricistas, para a execução de serviços de manutenção elétrica nas dependências da contratante. Tais atividades foram realizadas através de locação de mão de obra, pois, além dos serviços terem sido exclusivamente executados nas dependências da contratante e sob o comando e fiscalização desta, tinham sua remuneração ajustada em função da quantidade de horas trabalhadas, isto é, através da proporção 'hora/homem' trabalhada “

Além desses pontos ressaltados no Relatório Fiscal e na Decisão da DRF existem cláusulas e condições específicas no contrato firmado pela recorrente e a National Starck & Chemical Industrial Ltda. que são relevantes para a conclusão sobre esse caso, as quais transcrevemos a seguir:

CLÁUSULA VIII – PESSOAL EMPREGADO

PARÁGRAFO 1 – As pessoas destacadas pela CONTRATADA para execução dos serviços, deverão ser previamente indicadas a CONTRATANTE com apresentação de documentação que comprove categoricamente seu vínculo empregatício, ou autorização da CONTRATADA para prestação do serviço, sendo que desde já a CONTRATADA assume total responsabilidade pelos mesmos.

PARÁGRAFO 2 – Diariamente, as pessoas destacadas para execução dos serviços pela CONTRATADA, para entrarem no parque industrial da CONTRATANTE, deverão se identificar registrando seu horário de entrada e saída em cartão ponto, sob pena de ser vedado o seu ingresso, sem que assista qualquer direito de reclamação por parte da CONTRATADA ou de alegação para rescisão deste contrato.

PARÁGRAFO 3 - Além disso, todos os empregados da CONTRATADA, deverão portar sempre, ou ter ao seu alcance, desde o primeiro dia de trabalho, a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), preenchida e atualizada, e o cartão de identificação de segurado da Previdência Social.

CLÁUSULA X – SEGURANÇA E DISCIPLINA - A CONTRATADA compromete-se a fazer com que seus empregados obedeçam as normas internas da CONTRATANTE e de todas as normas de segurança de trabalho concernentes a prestação dos serviços, utilizando equipamentos de segurança necessários à execução dos serviços contratados.

PARÁGRAFO 2 – Os empregados da CONTRATADA não poderão ultrapassar as demarcatórias do local determinado para execução dos serviços, as quais serão determinadas pelo Departamento de Segurança ou outro setor indicado, antes de seu início.

PARÁGRAFO 3 – Todo o pessoal envolvido na execução dos serviços não poderá usar vestimentas ou tomar atitudes que afetem os bons costumes e a moral, devendo outrossim, acatar e respeitar toda e qualquer ordem da guarda de segurança

industrial ou outro setor da CONTRATANTE que estiver de serviços nas imediações do local demarcado para execução dos serviços.

PARÁGRAFO 4 – Não será tolerado qualquer tipo de agressão física ou moral bem como brincadeiras de mau gosto entre o próprio pessoal envolvido na execução dos serviços ou entre estes e empregados ou dirigentes da CONTRATANTE.

PARÁGRAFO 5 - Somente será permitido ao pessoal envolvido na execução dos serviços contratados fumar nos locais pré-determinados.

PARÁGRAFO 6 – Somente será permitida a instalação do rancho de materiais ou uso de vestiários, instalações sanitárias, cozinha e refeitórios que forem previamente determinados pela CONTRATANTE.

CLÁUSULA XII – DOCUMENTAÇÃO E ENCARGOS

PARÁGRAFO 1 - Todos os encargos tributários, trabalhistas, ISSQN, previdenciários e de FGTS decorrentes deste contrato, exceto aqueles que a legislação vigente impuser, expressa e compulsoriamente à CONTRATANTE, serão de inteira responsabilidade da CONTRATADA, sem que lhe assista qualquer direito a reembolso.

PARÁGRAFO 2 - A CONTRATADA se obriga, a proceder o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social e FGTS, calculadas e/ou descontadas sobre os salários pagos a seus empregados relativos à prestação dos serviços contratados, inclusive o seguro de acidentes de trabalho, em guia separada, em que fará menção deste fato e da qual entregará a via CONTRATANTE, imediatamente após o pagamento apresentado dos serviços prestados, todos os comprovantes dos recolhimentos do período.

PARÁGRAFO 3 – A CONTRATADA assume desde já, toda responsabilidade pelas reclamações judiciais que seus funcionários possam arguir contra a CONTRATANTE, sendo que não havendo qualquer pronunciamento por parte da CONTRATADA a defesa será propostas pela CONTRATANTE os valores das despesas da mesma serão considerados títulos executivos contra a CONTRATADA, autorizada sua execução judicial.

4º ADITIVO

6. Todos os serviços ajustados na cláusula primeira do presente contrato serão executados por pessoal devidamente habilitado e sob a responsabilidade da "CONTRATADA", a qual não poderá, sem a expressa concordância da "CONTRATANTE", subcontratar ou transferir a terceiros as obrigações assumidas neste aditivo.

11. A CONTRATANTE reconhece expressamente, que os funcionários da CONTRATADA não são empregados, mandatários ou procuradores da "CONTRATANTE" e, em consequência, não poderão assumir obrigações em nome dela, exceto as previstas neste aditivo, o mesmo ocorrendo com relação aos sócios da CONTRATADA.

12. Correrá por conta e exclusiva responsabilidade da CONTRATADA, todas as obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias dos seus funcionários e prepostos, bem como as ações relativas a acidentes de trabalho.

13. É de responsabilidade da CONTRATADA respeitar e fazer com que seus funcionários e prepostos observem as normas e procedimentos de segurança e medicina do trabalho existentes na CONTRATANTE e aquelas em vigor através da legislação aplicável, onde se incluem as Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho.

17. Em caso de dano causado por funcionário ou preposto da CONTRATADA à "CONTRATANTE", seja por imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a CONTRATANTE poderá descontar dos honorários pagos à CONTRATADA a importância correspondente ao dano, independentemente das medidas judiciais que poderão ser tomadas.

De tais cláusulas e condições destacam-se os seguintes pontos relevantes para a apreciação do caso: **a recorrente estava obrigada a apresentar à empresa contratante, os nomes dos trabalhadores e seus documentos, previamente à realização de serviços nas instalações da contratante (CLÁUSULA VIII – PESSOAL EMPREGADO - PARÁGRAFO 1).**

Essa obrigatoriedade de a contratante ter prévia ciência de quem seriam os empregados a serem disponibilizados pela contratada indica que a contratante poderia recusar empregados disponibilizados pela recorrente. Essa realidade fática, que envolve, em outras palavras, a possibilidade de a contratante direcionar à contratada o profissional que prestará os serviços de instalação e manutenção elétrica, é própria dos contratos de locação de mão de obra. Ressalte-se que, a recorrente não apresentou argumento algum a esse respeito, isto é, qual teria sido, exatamente, o motivo de o contrato prever tal condição, previamente à prestação de serviços.

Ainda sobre a Cláusula VIII, verifica-se, nos termos do Parágrafo 2o., que diariamente as pessoas destacadas para execução dos serviços pela recorrente, para entrar no parque industrial da contratante, deveriam se identificar **registrando seu horário de entrada e saída em cartão ponto**, sob pena de ser vedado o seu ingresso, sem que assista qualquer direito de reclamação por parte da recorrente ou de alegação para rescisão deste contrato.

O registro de entrada e saída em cartão ponto, pelos empregados da recorrente, no estabelecimento da contratante, expressamente contratado, para pagamento homem/hora, indica, da mesma forma, que em realidade havia locação de mão de obra. Normalmente, as empresas meramente prestadoras dos referidos serviços, o fazem mediante emissão de ordens de serviço e não pagamento por hora trabalhada.

Outro ponto não demonstrado pela recorrente, que contraria sua tese, refere-se à cláusula XI - Fiscalização, Parágrafo 1 do contrato que previa: *"cada parte **poderá nomear um representante legal para acompanhamento, coordenação e solução, dos assuntos, questões e problemas técnicos, e para os entendimentos sobre aspectos de qualquer natureza, atinentes aos serviços contratados.**"*

Sobre essa faculdade de nomear ou não representante específico, destaca-se que não há nos autos informação alguma ou prova de que realmente a recorrente constituía um interlocutor específico o que seria fundamental para se demonstrar que as tarefas não eram passadas diretamente pela contratante aos empregados da contratada.

A comprovação dessa nomeação de um representante da recorrente para passar demandas aos empregados da contratada era essencial para afastar a subordinação direta desses empregados a preposto da contratante.

Da mesma forma, essa providência era fundamental para se demonstrar à fiscalização, nos trabalhos *in loco*, que os empregados da contratada não permaneciam sob a direção e a dependência da contratante.

Diz-se permanência sob a direção e dependência da recorrente, também, pelo fato de a recorrente não ter apresentado (embora tenha alegado) nenhum projeto, planta, ordens de manutenção; não juntou documento algum que pudesse definir o que devia ser realizado; não há documento indique as diretrizes para a realização dos serviços.

Ao contrário, as evidências colhidas pela fiscalização demonstram que a recorrente mantinha à disposição da empresa contratante, em suas dependências, trabalhadores que realizavam serviços de manutenção e instalação elétrica, além de reparos em máquinas e equipamentos elétricos, para os quais a contratante necessitava de forma permanente e sistemática dos trabalhadores da recorrente.

Sobre essa permanência dos empregados da recorrente à disposição da contratante, destaca-se, inclusive, que havia regras para a instalação vestiários, instalações sanitárias, cozinha e refeitórios, específicos para os trabalhadores disponibilizados pela recorrente (CLÁUSULA X – SEGURANÇA E DISCIPLINA – PARÁGRAFO 6).

Cotejando-se tais cláusulas e condições contratuais com o Relatório Fiscal, verifica-se que os fatos e as ocorrências constatados *in loco* pelo Auditor Fiscal da RFB vão além das disposições formalmente contratadas. O dia a dia da recorrente e de seus empregados, em relação à contratante não condizem, exatamente, com os termos do contrato. A verdade material, portanto, não está em conformidade com o contrato.

Note-se que, na forma constatada pela fiscalização, o fato de os trabalhadores vinculados à recorrente permanecerem diariamente nas instalações da contratante, durante todo o horário comercial; por vários meses, sempre à disposição da contratante para atender a qualquer chamado para a realização de manutenção, instalação, reparação elétrica, configura cessão de mão de obra, em conformidade com as normas legais e regulamentares vigentes à época dos fatos, a seguir transcritas:

Lei nº 9.317/96, com efeitos a partir de 01/01/2004, nos seguintes termos:

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.

Parecer COSIT nº 69 de 10/11/1999, no item 4 dos fundamentos legais:

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. 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 contratos ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.

Lei nº 8.212 de 24/07/1991:

Art. 31.

§ 3º - Para os fins desta Lei, entende-se como cessão-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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/1998).

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário por entender que, de fato e de direito, havia entre a recorrente e a contratante em questão, relação contratual de cessão de mão de obra, a qual, nos termos das disposições legais e regulamentares retro transcritas, impede a recorrente de ser incluída no Simples, ratificando-se o acórdão recorrido.

É como voto.

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator