



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.001433/2003-06
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-002.014 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 01 de setembro de 2020
Recorrente REBELMAR CONSERTOS ELÉTRICOS LTDA. ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 1999

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que realize operações relativas a locação de mão de obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Andréa Machado Millan - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson, Andréa Machado Millan, José Roberto Adelino da Silva e André Severo Chaves.

Relatório

O presente processo trata de exclusão do Simples Federal. Transcrevo, abaixo, o relatório da decisão de primeira instância, que resume o litígio:

A exclusão da interessada da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da Lei 9.317/96, denominada Simples, foi efetuada por se enquadrar na condição impeditiva prevista no inciso XII -"f" do art. 9º da referida lei.

A manifestante contesta, em síntese, sua exclusão do Simples sob os seguintes argumentos:

Não exerceu atividade impeditiva e presta serviço, não faz locação de mão-de-obra.

Há cerceamento da defesa, pois não foi comunicada antes da exclusão.

Assim, requer que seja reconsiderada a decisão que determinou sua exclusão e que se determine sua permanência no Simples.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília – DF, no Acórdão às fls. 88 a 91 do presente processo (Acórdão n.º 03-22.514, de 24/09/2007 – relatório acima), indeferiu a solicitação. Abaixo, sua ementa:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: Opção pelo Simples – Condição Vedada – Impossibilidade.

Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que incorre em uma ou mais das vedações à opção estabelecidas em lei.

No voto, a decisão ponderou que o não exercício da atividade vedada havia sido apenas alegado pelo contribuinte, mas não havia sido demonstrado nos autos. Quanto ao direito de defesa, esclareceu que o Simples não previa intimação anterior ao ato de exclusão.

Cientificado da decisão de primeira instância em 28/03/2008 (Aviso de Recebimento à fl. 98), o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário em 14/04/2008 (recurso às fls. 99 a 107, carimbo apostado à primeira folha).

Nele alega novamente, preliminarmente, cerceamento do seu direito de defesa por não ter sido intimado a prestar esclarecimentos antes do Ato Declaratório Executivo – ADE (fl. 35). Assim, requer a declaração de nulidade do referido ato.

No mérito, reafirma que não contrata pessoas para cumprir os objetivos da sociedade, mas todo o trabalho é executado pelos próprios sócios, que não têm formação superior e simplesmente trabalham como eletricitistas.

Reforçando o argumento, discorre sobre a origem da empresa. Informa que os sócios – Josias Viana Leal Nunes e José Schmitt – eram empregados da empresa M. Reis & Cia. Ltda. Que ambos tiveram seu contrato de trabalho interrompido em 30/09/1996 porque a M. Reis & Cia. Ltda., com o objetivo de fraudar a previdência, demitiu-os e forçou-os a constituir uma sociedade. Que mais tarde entrou como sócio outro ex-empregado da empresa, Marcelo Soares Nunes.

Narrou que posteriormente, em fiscalização de rotina na referida empresa, verificou-se que ali trabalhavam três funcionários sem a carteira anotada – os sócios da interessada. Que instada pela fiscalização previdenciária a apresentar a documentação dos funcionários, a M. Reis & Cia. Ltda. apresentou as notas fiscais de n.º 097 a 107, constantes às fls. 09 a 19 do presente processo, livrando-se assim dos encargos trabalhistas.

É o Relatório.

Fl. 3 do Acórdão n.º 1001-002.014 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13971.001433/2003-06

Voto

Conselheira Andréa Machado Millan, Relatora.

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/1972 e Decreto n.º 7.574/2011, que regulam o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

Preliminarmente a empresa alega a nulidade do ADE por ter tido cerceado seu direito de defesa, já que não foi intimada a prestar esclarecimentos antes do ato. Não tem razão.

Como foi esclarecido na decisão recorrida, a legislação do Simples não prevê que a autoridade administrativa intime o contribuinte antes da emissão do ADE. E consistindo num regime especial de tributação, simplificado, interpreta-se literalmente.

Ciente do ADE, a empresa teve a oportunidade de exercer seu direito ao contraditório, e assim o fez, através do documento às fls. 39 a 41, contestando o ato administrativo e dando início ao contencioso.

Conclui-se que não há nulidade no ADE.

No mérito, tem-se que a exclusão resultou de representação fiscal do INSS (fls. 03 a 06), de 04/04/2001, na qual foi informado que a interessada realizava operações de locação de mão de obra, vedadas ao Simples.

Nas observações da representação, foi relatado que a interessada havia prestado serviços de manutenção elétrica, no período de abril de 1999 a fevereiro de 2000, à empresa M. Reis & Cia. Ltda. (notas fiscais às fls. 09 a 19), caracterizando continuidade. Que a locação assemelhava-se, no âmbito previdenciário, à de cessão de mão de obra, a que se refere o artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, encontrando definição em seu parágrafo 3º:

§ 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. (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998).

Como consequência, o ADE (fl. 35) excluiu a empresa do Simples a partir de 1º de maio de 1999, nos termos do art. 9º, inciso XII, alínea f (atividade vedada) e art. 15, inciso II (efeitos da exclusão) da lei n.º 9.317/1996.

Em sua manifestação de inconformidade a empresa esclareceu que os três sócios eram ex-funcionários da empresa que constava como contratante nas notas fiscais juntadas aos autos – M. Reis & Cia. Ltda. (fábrica de cordas e redes esportivas), a única para a qual prestava serviços. Que os trabalhos eram executados pelos próprios sócios, eletricitas sem formação superior ou técnica, que trabalhavam dentro do pátio da empresa contratante executando diversos serviços: troca de motores elétricos nas máquinas; troca de rolamentos nos motores; impregnação de verniz; pintura de motores; troca de resistências; troca de contactores; troca de motores e chaves nas retorcadeiras; troca de lâmpadas na fábrica e no pátio; troca de tomadas na fábrica e no escritório.

As alegações são confirmadas pela empresa contratante em declaração à fl. 46.

Cópia de contrato trazida pela interessada, juntamente com a manifestação de inconformidade, encontra-se às folhas 71 a 73. Evidencia o objeto de prestação de serviços na área de manutenção elétrica (Cláusula II), nas instalações da contratante (Cláusula III a), no horário compreendido entre 5h e 22h de segunda a sexta-feira, e entre 5h e 13h aos sábados, bem como em qualquer situação de urgência (Cláusula IV a). O valor do contrato era fixo – R\$ 4.600,00 por mês (Cláusula V), a ser pago no dia 10 do mês subsequente. O período do contrato era de um ano – 01/02/2004 a 31/01/2005, podendo ser renovado. Não se refere, portanto, ao mesmo período das notas fiscais juntadas na representação fiscal (04/1999 a 02/2000 – fls. 09 a 19). No entanto, foi apresentado como um modelo do que era contratado desde aquela época.

No recurso voluntário a empresa relata pormenores do momento de sua constituição. Alega que a M. Reis & Cia. Ltda., com o objetivo esquivar-se de obrigações trabalhistas, demitiu os funcionários em 1996 para que constituíssem a sociedade cujos serviços foram contratados.

Conclui-se que não há dúvidas ou divergências sobre a natureza dos serviços prestados. O relato da interessada, bem como os documentos que apresentou, reforça a ideia de que os sócios trabalhavam como se fossem empregados da contratante.

Para decidir se tal atividade caracterização locação de mão de obra, pode-nos socorrer o Parecer Cosit n.º 69/1999, nos seguintes trechos:

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.

(...)

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.

(...)

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 n.º 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, conforme segue:

Conforme o Parecer, a definição encontrava-se na legislação previdenciária – Lei nº 8.212/1991, art. 31, § 3º:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

(...)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

O § 3º traz definição precisa, estabelecendo como premissa apenas que a mão-de-obra seja colocada à disposição da contratante, em suas dependências ou na de terceiros, na prestação de serviços contínuos.

Colocar à disposição, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é deixar o trabalhador sob o comando da tomadora:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282 do STF.
2. Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros.
3. Não há, assim, cessão de mão-de-obra ao Município na atividade de limpeza e coleta de lixo em via pública, realizada pela própria empresa contratada, que, inclusive, fornece os equipamentos para tanto necessários.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (Recurso Especial nº 488.027 / SC)

Por conseguinte, se uma empresa disponibiliza mão de obra para que esta, sob o poder de comando da contratante, realize, nas dependências da contratante, serviços contínuos, a prestação de serviço mediante cessão ou locação de mão de obra estará caracterizada.

É precisamente o que acontecia no caso em tela. Os sócios da interessada exerciam trabalho contínuo como eletricitas nas dependências da contratante, sob poder de comando daquela, como se ainda fossem seus funcionários.

Conclui-se correta a exclusão efetuada com base no art. 9º, inciso XII, alínea f, da Lei nº 9.317/1996.

Diante do exposto, voto rejeitar a preliminar de nulidade do ADE suscitada e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Machado Millan