



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.002434/2006-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-001.690 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 08 de julho de 2020
Recorrente GW AUTOCAR E ACESSÓRIOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. ATIVIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

A prestação de serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados, de serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores não se configura locação de mão de obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Federal foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BLU/SC nº 112, de 14.09.2009, com efeitos a partir de 01.03.2004, e-fl. 75, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º - Excluir do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Pote — SIMPLES, nos termos do Despacho Decisório DRF/BLU nº 241/2009 (processo nº

13971.002434/2006-11), a pessoa jurídica GW AUTOCAR E ACESSÓRIOS LTDA. ME, CNPJ 06.080.942/0001-03, por ter incorrido na hipótese de vedação prevista no art. 90, inciso XII, alínea "f", da Lei n.º 9.317/96.

Art. 2º - A exclusão de que trata o presente Ato Declaratório produz efeitos a partir de 01/03/2004 conforme dispõe o art. 15, II, da Lei n.º 9.317/96.

Art. 3º - A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235/72.

Manifestação de Inconformidade e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade. Está registrado na ementa do Acórdão da 4ª Turma DRJ/FNS/SC n.º 07-22.804, de 14.01.2011, de 20.02.2013, e-fls. 85-89:

SIMPLES FEDERAL. HIPÓTESE DE EXCLUSÃO.

LOCAÇÃO/CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

É vedado o ingresso no Simples de pessoa jurídica que exerce atividades que envolvem locação ou cessão de mão-de-obra ou cessão de mão-de-obra.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 26.01.2011, e-fl. 93, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 15.02.2011, e-fls. 94-100, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

3) Ocorre que a mesma representação discorre no sentido de simulação de "POSSÍVEL" locação de mão-de-obra. Importante ressaltar que não houve por parte do INSS a constatação "in loco" como relata a própria comunicação recebida pela empresa.

4) A exclusão do Simples não pode prosperar, a empresa comunicada exercia legalmente a atividade de lavagem de automóveis e somente isso, o que ocorre é que nos processos administrativos de restituição (protocolados sob os n.ºs 37169.002.658/2004-85 e 37169.000.682/2005-61) onde a empresa pede restituição dos 11% pagos a maior, foram juntadas notas fiscais onde lê-se: - lavagem pátio / lavagem loja / lavagem funilaria / lavagem oficina, o que não significa que houve por parte da empresa lavagem da oficina ou da funilaria, e sim de veículos oriundos desses departamentos da empresa. Vejamos o exemplo:

4.1) Carro que entra na concessionária para repintura destino funilaria, após estar devidamente pronto vai para a lavagem, para posterior entrega ao cliente. Então na nota lança-se: lavagem funilaria;

4.2) Carro que pretende ser revendido pela concessionária:

primeiro passa pela lavagem, para depois compor o show-room da loja. Então lança-se na nota: lavagem loja. [...]

8) Os contratos de cessão de espaço físico e prestação de serviços em lugar algum informam que a empresa loca mão-de-obra para a contratante, não são contratos de "terceirização" de serviços secundários da empresa contratante. [...]

10) No caso em tela o conceito de cessão de mão-de-obra não se aplica a empresa, eis que não estão presentes os requisitos autorizadores, assim colocação do trabalhador à disposição da empresa contratante, no caso em tela os funcionários da empresa apenas recebem ordens do representante da própria empresa, e não dos contratantes, que nem sequer se comunicam com os funcionários da empresa. A contratante desconhece quantos, e quais são os funcionários da empresa contratada. Novamente colaciona-se jurisprudência que retrata exatamente o exposto acima:

(...) Não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse) e de execução das atividades no estabelecimento comercial do tomador de serviços ou de terceiros (art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91). 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - RESP 499955 - PROC 200300162755 RS - 1º T. - Rel Min Teori Albino Zavascki - DJU 14.06.2004, p.164)

11) A partir do exposto, constata-se que os dois fundamentos que pautam a representação fiscal do INSS, na verdade inexistem, não passam de suposições, até porque como se constata da própria comunicação encaminhada à empresa, sequer houve averiguação "in loco" da empresa comunicada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

Requerimento:

Por não existir nenhum tipo de infringência ao disposto na lei do Simples, por não ser mera cessionária de mão-de-obra, e por contribuir neste momento com as explicações necessárias e por já ter juntando as declarações necessárias, faz a empresa prova necessária para não sofrer a suposta sanção de exclusão do Simples, requerendo para tanto, seja julgado PROCEDENTE o presente recurso, declarando a empresa recorrente optante pelo SIMPLES durante seu período de atividade, por ser medida de JUSTIÇA!

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Atividade Econômica de Locação de Mão de Obra

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que se dedica a prestação de serviços.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de

pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal) ¹.

A Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que vigorou até 30.06.2007, dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal.

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Federal sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A pessoa jurídica que realize operações relativas a prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão de obra não pode optar pelo Simples Federal. A exclusão produz efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente (art. 9º, art. 15 e art. 16 da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996).

Para configuração da operação de locação de mão de obra devem estar reunidas concomitantemente as seguintes condições: (a) o trabalho seja executado nas dependências da

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

tomadora/contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados, (b) o trabalhador seja cedido pela prestadora/contratada para ficar à disposição da tomadora/contratante, em caráter não eventual e (c) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da tomadora/contratante relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário.

Consideram-se (a) dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços, (b) serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da tomadora/contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores e (c) por colocação à disposição tomadora/contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Na locação a mão de obra o objeto é que os trabalhadores da prestadora/contratada estão à disposição da tomadora/contratante de serviços, o que significa dizer que pode deles dispor, pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à prestadora/contratada. A mão de obra é originada do chamado "locatio operarum", com característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência desse tipo de contrato.

Na prestação de serviços os trabalhadores simplesmente fazem o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da prestadora/contratada, que está à disposição da tomadora/contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados prestadora/contratada. Em caso de necessidade, é a prestadora/contratada que recebe orientações da tomadora/contratante e as repassa aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo. A tomadora/contratante está interessada no o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da prestadora/contratada.

Na empreitada a característica principal é a predeterminação clara da necessidade a ser atendida e, por consequência, sua finitude. O serviço necessário para produzir o resultado apto a atender a necessidade pode ser antecipadamente dimensionado e especificado. Acrescenta-se, ainda, que a relação de negócio é estabelecida entre tomador/contratante e prestador/contratada e este mantém intacto seu poder de direção, supervisão e gerenciamento da execução dos serviços, direitos estes que não são transferidos nem compartilhados com o tomador, porquanto os trabalhadores não foram colocados à disposição daquele. A de mão de obra tem sua origem no "locatio operis", contrato caracterizado quando as partes objetivam a realização de uma tarefa ou de uma obra, sendo a mão de obra apenas um meio de se alcançar o objeto almejado pelas partes (Solução de Consulta Cosit n.º 312, de 06 de novembro de 2014 e Solução de Consulta Cosit n.º 19, de 25 de janeiro de 2019).

A pessoa jurídica que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. No que se refere ao vocábulo "assemelhados" tem cabimento a interpretação extensiva, já que a lei estabelece um rol exemplificativo, incluindo, além dos serviços profissionais expressamente listados, os assemelhados àqueles expressamente listados e os não expressamente listados mas

que o exercício dependa de habilitação legalmente exigida não pode optar pelo Simples Federal. A exclusão produz efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente (art. 9º, art. 15 e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996).

Ficam excetuadas da restrição de que trata o mencionado inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades de serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados, de serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores (art. 4º da Lei nº 10.964, de 28 de outubro de 2001).

O objeto do Contrato Social da Contratada/Recorrente é o de, e-fls. 07-09:

[...] lavagem, polimento, instalação de acessórios para veículos e comércio varejista de produtos de limpeza e acessórios para veículos.

Consta no Contrato de Prestação de Serviços com a Contratante/Center Automóveis Ltda., e-fls. 11-18:

CLÁUSULA PRIMEIRA: Os valores informados em tabela anexo. deste contrato, não poderá sofrer alteração/ reajuste sem concordância da CONTRATANTE.

CLÁUSULA SEGUNDA: Todos os serviços serão realizados exclusivamente nas dependências da CONTRATANTE.

Parágrafo primeiro: Para a boa realização dos serviços,. Objeto deste, caberá a CONTRATANTE disponibilizar à CONTRATADA sem qualquer tipo de ônus, o espaço físico com unia área aproximada de 100m2, a energia elétrica , água necessária ao desenvolvimento dos serviços. [...].

CLÁUSULA TERCEIRA : Para todos os serviços realizados dever4o ser emitidas Notas Fiscais diretamente em nome da CONTRATANTE. [...]

CLÁUSULA QUINTA: - OBRIGAÇÕES: A CONTRATADA assume todas as obrigações TRABALHISTAS PREVIDENCIÁRIAS E TRIBUTÁRIAS e eventuais ônus decorrentes de condenações trabalhistas através de sentença judicial denominada à CONTRATADA.

Parágrafo primeiro: A CONTRATADA assume também as obrigações jurídicas quanto a eventuais arbitramentos de multas trabalhistas, oriundas dessa prestação de serviços cabendo à CONTRATADA elaborar defesa prévia, recurso administrativo e até ingressar em juízo sem causar ônus financeiro a CONTRATANTE.

Parágrafo Segundo: A CONTRATADA se obriga, sempre que solicitada á exibir o registro de seus empregados e comprovantes de cumprimentos das !obrigações trabalhistas, tais como: pagamentos de salários, férias, 13º salário, FGTS, DRS e recolhimentos sociais, previdenciários e outros - encargos e, mencionar os nomes dos funcionários que exerceram os trabalhos no verso das notas fiscais emitidas contra a CONTRATANTE.

Parágrafo Terceiro: Sendo a CONTRATADA uma empresa constituída prestar os serviços pactuados, em momento algum seus titulares bem como seus empregados ou prepostos serão considerados empregados dá CONTRATANTE arcando a CONTRATADA com todos os ônus trabalhistas daí decorrentes, cabendo-lhe o registro dos empregados, o pagamento dos salários e recolhimento de todos os encargos, inclusive previdenciários.

Parágrafo Quarto: A CONTRATADA caberá a execução dos serviços estipulados no presente contrato, com qualidade e perfeição, sendo que para isso poderá utilizar qualquer empregado, ficando a seu critério e seleção.

Parágrafo Quinto: Os tributos (impostos, taxas, emolumentos fiscais e parafiscais) que sejam devidos em decorrência direta e indireta do presente contrato ou sua execução, serão de exclusiva responsabilidade da CONTRATADA, sem direito e reembolso. [...]

CLÁUSULA SEXTA: A fiscalização dos serviços que vierem a ser executados por força do presente contrato será exercida por um ou mais empregados da CONTRATANTE ou preposto por ela, indicado, ficando entendido que a fiscalização aqui aludida não exonera, altera ou diminui as responsabilidades da CONTRATADA;

Parágrafo Único: A CONTRATADA se responsabiliza por todas as perdas e danos eventualmente causadas nos veículos por seus empregados ou terceiros, bem como à máquinas, equipamentos, materiais: instalações ou outros pertences de sua propriedade, e os de propriedades da CONTRATANTE, desde que comprovada a culpa ou dolo de seus empregados e/ou prepostos.

CLÁUSULA SÉTIMA: Os uniformes aos empregados serão fornecidos pela CONTRATADA, inclusive crachás de identificação ou jalecos bordado contendo os dizeres "A serviço da Barigui", equipamentos de proteção Individual (EPI's), quando seus cargos assim exigirem, ficando o empregado subordinado as normas existentes no Serviço Especializado em Engenharia de Segurança em medicina do Trabalho. Cabe aos empregados comunicar à CONTRATADA os eventuais acidentes de trabalho ocorridos para suas providências legais. [...]

1) LAVAÇÃO SIMPLES - Valor R\$ 3,00 - Consiste em lavar o veículo, bater os tapetes, passar pneu pretinho e secagem geral.

2) LAVAÇÃO COMPLETA - Valor R\$ 6,00 Consiste em lavar o veículo, bater os tapetes, passar pneu pretinho aspirar a parte interna, limpeza interna, limpeza de vidros e cinzeiros.

3) LAVAÇÃO COM CERA 3M - Valor R\$ 15,00

4) LAVAÇÃO COMPLETA COM MOTOR - Valor R\$ 8,00

5) VEÍCULOS USADOS/ COSMÉTICOS/ VEÍCULOS PEQUENOS - Valor R\$ 50,00

6) POLIMENTO COMPLETO - Valor R\$ 40,00

7) POLIMENTO SIMPLES - Valor R\$ 30,00

8) CONSERVAÇÃO VEÍCULOS SHOW ROOM DE NOVOS - Valor R\$ 150,00

9) CONSERVAÇÃO VEÍCULOS SHOW ROOM DE SEMI NOVOS - Valor R\$ 100,00

10) ESPELHAMENTO PINTURA (CRISTALIZAÇÃO) - VALOR R\$ 100,00

11) REMOVER MANCHAS NOS VIDROS - VALOR R\$ 30,00

O objeto da contratação é a lavagem, polimento, espelhamento de pintura, conservação e remoção de manchas nos vidros de veículos novos e usados. Os profissionais não são a característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência do contrato típico de locação de mão de obra. Os trabalhadores continuam subordinados prestadora/contratada. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo, que se interessa no resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da

Recorrente/Contratada. O serviço necessário para produzir o resultado apto a atender a necessidade pode ser antecipadamente dimensionado e especificado.

A prestação de serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados, de serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores não se configura locação de mão de obra. O motivo destacado pela Recorrente, por conseguinte pode ser verificado.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este entendimento está de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva