



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.722799/2011-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.968 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2020
Recorrente LABORE SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

NULIDADES. ALEGADA FALTA DE OPORTUNIZAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM FASE INVESTIGATIVA. INOCORRÊNCIA.

Não há nulidade por cerceamento de defesa quando à empresa, a despeito de ter sido intimada a trazer elementos e provas na fase instrutória, é franqueada a possibilidade de se opor ao ato administrativo por meio de impugnação administrativa que, a teor do art. 14 do Decreto 70.235/72, é que inaugura a fase litigiosa do processo tributário administrativa e, na qual, devem ser observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório.

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

Ano-calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL. HIPÓTESE DE VEDAÇÃO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA X TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização de atividades meio ou fim, per se, não configura automaticamente uma contratação de mão de obra cedida sob o regime do art. 4º da Lei 6.019/74. Para tornar hígido o ADE que promove a exclusão de empresa do SIMPLES Nacional, por pretensa tipificação da hipótese tratada pelo art. 17, XII, da LC 123/06, há que existir provas efetivas e concretas acerca da forma em que os serviços são prestados, mormente se concretizados mediante disponibilização de empregados, com grau de subordinação para com as contratantes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo e Andréia Lúcia Machado Mourão, que votaram por negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andreia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Cuida o feito de procedimento de exclusão da empresa Recorrente do SIMPLES Nacional, regrado pela Lei Complementar de nº 123/06, ante a constatação da prática de atividade vedada, descrita pelo art. 17, XII c/c art. 29, I, ambos da lei retro referida.

Pelo que se extrai da informação fiscal de e-fls. 2/6, com base na qual foram expedidos o Despacho Decisório de e-fl. 269 e o ADE – Ato Declaratório de Exclusão – de e-fl. 270, a contribuinte teria sido constituída por ex-funcionários da empresa Momento Engenharia de Construção Civil Ltda., sucedida por PML Empreendimentos e Participações Ltda. (resultante de uma cisão parcial daquela última), e que desenvolviam, então, atividades administrativas na aludida construtora.

Neste contexto, e a partir da análise do contrato social da recorrente, bem como dos contratos de prestação de serviços firmados com a Momento, com PML e, ainda, com outras empresas (Momento Engenharia Ambiental Ltda., GTA Gestão Ambiental Ltda., DS Empreiteira de Mão-de-obra Ltda. e Jardim América Loteamento) a autoridade fiscal concluiu pela formação de um grupo econômico e pelo desenvolvimento de atividades vedadas pela legislação do SIMPLES. Estas quatro empresas teriam sedes estabelecidas num mesmo endereço e compartilhariam os mesmos sócios gestores (conformando, assim, na visão do Agente Administrativo, o aludido grupo econômico).

Os serviços prestados, pelo que expõe a D. Autoridade Fiscal, a partir do contrato social e das notas trazidas por amostragem, revolveriam típicas atividades de administração e gestão, como “*digitação, relatório de contas a pagar e receber, serviços bancários, atendimento a clientes*”; tratar-se-iam, ao ver do fisco, dos mesmos serviços que, originariamente, eram desenvolvidos dentro da Momento. Esclarece, aqui, que, atualmente, os serviços são prestados dentro da PML que não possui empregados registrados (mesma situação verificada em relação à empresa Jardim América).

A informação fiscal traz notícia, ainda, de que a empresa Labore já havia sido excluída do Simples Federal pelos exatos mesmos motivos ora declinados. Afirmar, então, que naquela ocasião, o respectivo ADE teria sido mantido, tanto pela DRJ, como por este CARF, juntando, na oportunidade, os respectivos acórdãos.

Ao fim, e com base nos elementos fáticos acima e, ainda, nos conceitos contidos nos artigos 31, da Lei 8.212/91, e 115 da IN 971/2009, conclui que a insurgente prestava serviços de cessão de mão-de-obra, tipificando a hipótese de vedação preconizada pelo já alardeado art. 17, XII, da LC 123/06, propondo, ato contínuo, por representação, a exclusão da contribuinte da sistemática do SIMPLES Nacional – acatada pelo Despacho Decisório supra referido.

Cientificada do conteúdo dos atos acima, a Labore opôs a sua manifestação de inconformidade em que, em apertadíssima síntese, alegou, *prima facie*, a nulidade do DD e do respectivo ADE, ao argumento de que não lhe teria sido oportunizado fazer provas, ainda na fase instrutória. Quanto ao mérito, afirma não haver prestação de serviços de cessão de mão-de-obra, mormente por faltar, na relação negocial, o requisito da subordinação, apontando para a total autonomia da prestadora para definir os nortes das atividades desenvolvidas nas preditas empresas.

Noutro giro, ataca os efeitos retroativos destacados no ADE, inclusive sob um alegado desrespeito à segurança jurídica e aos preceitos do art. 2º da Lei 9.784/99 (que vedaria a aplicação retroativa de uma nova interpretação da situação de fato abarcada pelo ato administrativo). Curiosamente, neste ponto, a impugnante discute a invalidade dos preceitos contidos na Lei 9.317/95 e não da Lei Complementar 123/06...

Por fim, protesta pela produção de provas, inclusive, testemunhais (mediante oitiva de seus sócios).

Instada a ser pronunciar sobre o caso, a DRJ de Salvador houve por bem afastar a preliminar de nulidade suscitada, indeferir o pedido de produção de prova testemunhal e, no mérito, por julgar improcedente a manifestação de inconformidade. Os argumentos do julgado em questão foram resumidos na ementa cujo teor reproduzo a seguir:

VEDAÇÕES AO INGRESSO. EXCLUSÃO.

Não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional o contribuinte que realize cessão ou locação de mão-de-obra.

A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação do contribuinte, deve ocorrer obrigatoriamente, quando este incidir em qualquer das situações de vedação previstas em lei. Havendo falta da comunicação obrigatória, a exclusão de dar-se-á de ofício.

A contribuinte foi intimada do teor do acórdão supra em 02 de maio de 2014 (AR de e-fl. 298), tendo interposto o seu recurso voluntário em 02 de junho daquele mesmo ano (conforme carimbo apostado em sua peça à e-fl. 300), por meio do qual, no geral, reprisa todos os pedidos já contidos em sua peça impugnatória, incluindo-se, aí, a preliminar de nulidade e a pretensão concernente à produção de provas (em particular, a oitiva de seus sócios) que, no apelo, se estende também para o acórdão recorrido (uma vez que negou o pedido de produção de prova testemunhal deduzido pela insurgente).

Acrescenta, apenas, e sem trazer documentos comprobatórias, que ao tempo da interposição de seu apelo, prestava serviços para sete empresas (três a mais que aquelas abordadas pela informação fiscal).

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo e, no mais, preenche todos os pressupostos de cabimento, razões pelas quais, dele, tomo conhecimento.

I DA PRELIMINAR DE NULIDADE (DO ADE E DO ACÓRDÃO) E DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA (DEPOIMENTO PESSOAL DOS SÓCIOS DA RECORRENTE)

Esta preliminar está calcada, em essência e em relação ao ADE, na alegada falta de oportunidade que deveria ter sido concedida à recorrente para produzir provas “*com vistas a demonstrar que a atividade desenvolvida [...] não pode ser equiparada à locação ou cessão de mão de obra*”.

De outro turno, e no que tange ao próprio acórdão recorrido, a insurgente afirma ter ocorrido igual violação ao seu direito à ampla defesa pelo indeferimento de seu pedido de oitiva dos sócios que compõe o seu quadro societário. Afirma, neste passo, e inclusive, que o predito *decisum* seria contraditório por não admitir a produção de semelhante prova no âmbito do PAF e, nada obstante, tomar como prova da ocorrência da situação vedadora, o testemunho de seu sócio-gerente, Fábio Franco.

Pois bem. Como muito apropriadamente apontado pela DRJ, no âmbito do processo tributário administrativo o momento correto para oportunizar o contraditório e a ampla defesa é a impugnação, na esteira do que dispõe o art. 14 do Decreto 70.235/72. Aliás, neste particular, este preceptivo é, inclusive, textualmente claro ao dispor que a defesa oposta “*instaura a fase litigiosa do procedimento*”, enquanto o art. 16, § 4º do mesmo diploma regulamentar estipula que “*a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual*”. Em linhas gerais, uma vez respeitados os comandos contidos neste dois dispositivos, a ampla defesa e o contraditório, via de regra, também serão respeitados.

Por esta razão, inclusive, este CARF já editou Sumula que, nada obstante tratar do ato de lançamento tributário, pode ser perfeitamente aplicada ao caso vertente:

Súmula CARF nº 46

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

A premissa que justificou a edição da predita súmula é, precisamente, aquela aventada pela DRJ, isto é, de que a ampla defesa e o contraditório são observados pela oportunização de se oferecer a respectiva impugnação.

E, a par disto, diga-se, observa-se da relatório fiscal de e-fls. 2/6, que a empresa foi sim instada a apresentar elementos e provas para demonstrar a não ocorrência da situação

justificadora da emissão do ADE e que, por meio da Intimação Fiscal nº 507/2011, foi provocada para trazer documentos diversos, tendo, inclusive, **tomado o depoimento do Sr. Fábio Franco** (como expressamente afirmando pela recorrente), sócio-gerente da contribuinte. Dos anexos à informação fiscal, vê-se, inclusive que a insurgente apresentou diversos elementos, além daqueles requeridos pela autoridade fiscal, incluindo-se, aí, decisões emanadas do poder judiciário que atestariam, sob sua visão, a sua tese.

Daí se extraem duas conclusões:

- a) a despeito dos protestos da recorrente, ela teve, sim, oportunidade para apresentar as provas que davam lastro a sua pretensão;
- b) houve a oitiva de um de seus sócios-gerentes.

A insistência, neste particular, da interessada na oitiva dos “três sócios” é, neste passo, absolutamente despropositada (ou quer fazer crer que as informações a serem prestadas pelos demais componentes de seu quadro societário dissentiria daquelas já apresentadas pelo Sr. Fábio)?

Outrossim, mesmo no âmbito do processo civil, o depoimento pessoal do autor ou do réu não é imprescindível, até porque ao autor e ao réu não é imposta a tomada do compromisso a que alude o art. 458 do CPC.

Demais a mais, a teor dos preceitos do art. 385 do digesto processual civil é franqueado “à parte requerer o depoimento pessoal **da outra parte**”. Ainda que não seja vedado ao autor ou ao réu requerer o próprio depoimento pessoal, semelhante prova é absolutamente despicienda, já que as suas razões são imediatamente declinadas nas respectivas peças postulatórias (na inicial, no caso do autor, ou na defesa, no caso do réu). Trata-se, inadvertidamente, de prova inútil e passível de indeferimento motivado por parte do julgador.

Por fim, é até possível a produção de prova testemunhal no âmbito do PAF (e aqui discordo da assertivas, em contrário, propostas pelo relator do acórdão recorrido). Esta prova, todavia, teria que ser produzida por meio da diligência a que alude o art. 18 do Decreto 70.235/72, mediante inquirição a ser feita pela própria Autoridade Fiscal. Todavia, ela seria admissível se, e somente se, necessária à elucidação de fatos já demonstrados no curso do feito (não se prestando para a produção de outras provas que, reprise-se, devem constar da própria impugnação – art. 16, § 4º do Decreto 70.235/72), e, mais, desde que obedecidos os procedimentos encartados no inciso IV do predito art. 16:

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

O depoimento pessoal dos sócios da recorrente, como já foi dito, é a toda monta desnecessário já que não trarão, ao feito, nada que já não disseram em sua impugnação (até porque, eventuais fatos novos que sejam trazidos em oitiva, representariam inovação quanto as razões da impugnação, o que, reprise-se, é vedado pelo art. 16, § 4º, do Decreto 70.235/72). Outrossim, não foram apresentados os quesitos a que alude o preceptivo transcrito acima (ainda

que se destinasse à formulação das perguntas que seriam dirigidas aos inquiridos) o que, de per si, torna descabida a prova pretendida.

Diante tudo isto fica evidente não só a não ocorrência de qualquer violação à ampla defesa da postulante, afastando-se, destarte, as nulidades alegadas quanto ao ADE e quanto ao acórdão recorrido, como também a própria desnecessidade da produção de novas provas, cujo indeferimento se propõe.

III MÉRITO.

III.1 Cessão de mão-de-obra x terceirização.

O primeiro conceito ou definição de cessão de mão-de-obra encontrada no direito privado podia ser apontado na Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974, em sua redação original, que tratava dos contratos e das empresas de trabalho temporário, cujo objeto social nada mais é que a “locação de mão-de-obra”. Do seu art. 4.º extraía-se a seguinte definição

Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

Este preceptivo, bem como os artigos 1, 2, 3 e 5, recebeu uma nova redação com o advento da Lei 13.429, de 31 de março de 2017 (marco regulatório da terceirização), tornando-se substancialmente mais raso. As disposições do aludido artigo 4º preconizaram, então, que, por empresa de trabalho temporário, entender-se-ia “a *pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente*”.

Nada obstante, mesmo que mais simplificado, artigo em questão, da lei 6.019/74, da conta da necessidade da presença de, ao menos, três requisitos para a caracterização do contrato de cessão de mão-de-obra: a) a disponibilização de mão-de-obra para a prática de atividades inerentes ao funcionamento da empresa contratante no estabelecimento desta ou de terceiros (a lei não especifica se atividades-fim ou meio); b) a existência de vínculo de subordinação entre o empregado cedido e a empresa contratante (como consentâneo lógico dedutível da expressão “colocar à disposição”); c) temporariedade da alocação da mão-de-obra cedida.

Mas é relevantíssimo destacar que a citada lei sofreu novas alterações por meio da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, as quais trouxeram, respeitados os entendimentos divergentes, importantes distinções, mormente no que tange às figuras da cessão de mão-de-obra, conceituada, como dito, pelo art. 4º, e a figura da terceirização propriamente dita. Com efeito, o citado diploma inseriu o art. 4º-A na Lei 13.429/17, cujos ditames assim passaram a dispor:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

Ficam substancialmente claras as distinções entre as figuras tratadas pelo art. 4º e aquelas descritas no art. 4º-A; neste último, diga-se, inexistente subordinação entre empregados da prestadora de serviços e a empresa contratante, deixando extrema de dúvidas a possibilidade da execução daquelas atividades inclusive pelos próprios sócios das preditas empresas. Insistindo-se com as vênias àqueles que entenderem de forma diferente, mas está mais que claro que o art. 4º continua a reger a modalidade contratual da cessão de mão-de-obra, ao passo que o art. 4º-A, se volta para uma prestação de serviços simples.

Agora vale ressaltar que enquanto instituto eminentemente de direito privado, as definições contidas na Lei 6.019/74 não podem ser modificadas pela legislação tributária ou pelos intérpretes do direito para fins de apuração e exigência de tributos não abrangidos pela regra geral de competência da pessoa tributante. É, justamente, o que dispõe o art. 110, do Código Tributário Nacional.

Pois bem, o § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91 definiu, para os fins da lei em questão, o que se poderia entender como cessão de mão-de-obra, descrevendo-a, como sendo:

[...] 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.

Com bem anota Gustavo Vettorato, o referido dispositivo se refere “às espécies elencadas pelo parág. 4º do mesmo artigo, e definidas pela Lei no. 6.019/1974”, guardando poucas diferenças entre os requisitos descritos neste último diploma e a lei previdenciária¹. Aliás, diga-se, vale a pena conferir a interpretação dada pelo autor às disposições do parágrafo 3º supra:

Verifica-se que as formas de cessão de mão-de-obra descritas pelo texto legal supra citado são exatamente referentes às espécies elencadas pelo parág. 4º do mesmo artigo, e definidas pela Lei no. 6.019/1974, com exceção da empreitada de mão-de-obra, devendo essa ser melhor definida posteriormente. Todas as espécies não elencadas pela lei, mas por regulamento, deverão conter todos os elementos enumerados no parág. 3º, do art. 31, da Lei 8.212/1991, contendo exatamente os mesmos elementos.

Cabe ainda esclarecer dois termos do parág. 3º, do art. 31, da Lei 8.212/1991, de **colocação à disposição do contratante e realizem serviços contínuos**. Quanto ao primeiro termo, a colocação de um empregado ou segurado à *disposição* do contratante tomador, significa que este definirá todas as condições de execução diretamente com os empregados do cedente, e não com o próprio contratante cedente, com o qual somente definirá questões genéricas; segundo, quanto à **continuidade**, os serviços prestados pela cedente devem ser periódicos de forma intermitente e permanente, conforme esclarece o art. 100, parág. 3º, da Instrução Normativa do INSS no. 71/2002, não bastando serem prestados apenas algumas poucas vezes.²

¹ A Lei 6.019/74 não fala em continuidade do serviço para a caracterização da cessão de mão-de-obra, mesmo porque, ali, tratava, apenas, do trabalho temporário (o que, de toda sorte, é irrelevante, já que o conceito de “serviço contínuo” não se afasta, necessariamente, do conceito de serviço temporário – o que a lei pretende ao exigir a continuidade do serviço é evitar colocação pontual de mão-de-obra de forma precária e não uniforme).

² VETTORATO, Gustavo. Da retenção de 11% do valor da nota fiscal ou do faturamento dos prestadores de serviços não cessionários de mão-de-obra. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 122, 4 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4368>>. Acesso em: 02 mai. 2006.

As colocações transcritas acima ganham respaldo na jurisprudência pátria. Confira-se, a respeito, trecho do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, proferido nos autos do REsp 499.955/RS, cujo acórdão foi publicado no DJU de 14.06.2004, p. 164:

São, portanto, requisitos caracterizadores da cessão de mão-de-obra a colocação de empregados ("segurados") à disposição do contratante. **Nesse sentido, os empregados ficam submetidos ao poder de comando do próprio contratante, não do cedente.** Ainda, a execução das atividades deve ocorrer no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiro, ficando descaracterizada a cessão de mão-de-obra caso a execução do serviço se dê no estabelecimento do contratado (cedente). Essa característica é reafirmada pela Ordem de Serviço INSS/DAF 209/1999 que, esclarecendo o conceito de estabelecimento de terceiro, afirma: "*Ocorre a colocação nas dependências de terceiros quando a empresa contratada aloca o segurado cedido em dependências determinadas pela empresa contratante, que não sejam pertencentes àquela ou a esta*" (item 1.1).

A partir daí, é possível definir-se o contrato de cessão de mão-de-obra como o instrumento pelo qual determinada pessoa (jurídica) cede a outra mão-de-obra qualificada por um período de tempo, durante o qual a prestação será perene, para exercer determinada atividade extraordinária ou que, corriqueiramente, seria exercida pela própria empresa contratante, em seu estabelecimento ou de terceiro, deixando a esta última o mister de fixar, juntamente com empregado cedido, "*as condições de execução do serviço*".

Já, de seu turno, a terceirização seria a prestação de serviços, realizada por empregados das empresas descritas pelo art. 4º-A da Lei 6.019/74, ou diretamente por seus sócios, cujos serviços são geridos diretamente pela prestadora e, portanto, sem qualquer subordinação entre os trabalhadores (ou sócios) e a empresa contratante.

III.2 O caso concreto.

O conjunto de provas trazidas no feito demonstram, de forma até robusta, ter ocorrido, na espécie, a famigerada "*pejotização*" de atividade necessária (ainda que não seja atividade fim) das empresas tomadoras dos serviços prestados pela recorrente. Os funcionários da empresa Momento foram desligados e, subsequentemente, constituíram uma empresa cujo objeto social é o exercício de atividades administrativas desta última e das demais empresas do grupo. Mas "*pejotização*", diga-se, não se confunde com "*cessão de mão-de-obra*", ao menos não de forma automática.

Pela conceituação trazida no tópico anterior, contida na Lei 6.019/74, a cessão de mão-de-obra pressupõe a colocação à disposição das contratantes (e em grau de subordinação para com estas) de "*trabalhadores, devidamente qualificados [...] remunerados e assistidos*" pelas respectivas cedentes. Assim, a estrutura empresarial demandaria a existência de funcionários e, a luz da Lei 8.212/91, segurados pela previdência social, que possam ser cedidos às contratantes do respectivo serviço.

Em casos, todavia, em que os serviços são prestados pelos próprios sócios da empresa cedente, parece um absoluto contrassenso considerar-se a ocorrência deste modelo negocial já que, objetivamente, haveria uma prestação de serviços pura e não uma cessão de mão-de-obra (o que veio a ser confirmado pela citada Lei 13.467/17). A Instrução Normativa de

nº 971, de 13 de novembro de 2009³, diga-se, até prevê a dispensa da retenção na fonte da contribuição previdenciária em tais casos (o que poderia indicar que a legislação contempla, precisamente, a possibilidade de se tipificar a cessão de mão-de-obra, mesmo no cenário em exame). Veja-se:

Art. 120. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção, e a contratada, de registrar o destaque da retenção na nota fiscal, na fatura ou no recibo, quando:

[...]

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a 2 (duas) vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente [...].

Todavia esta regra tem um nítido caráter anti-evasivo, buscando, por certo, impedir a ocorrência de fraudes previdenciárias (e trabalhistas) por meio da já alardeada “*pejotização*”. Isto não significa dizer, todavia, a ocorrência concreta de uma operação de cessão de mão-de-obra, cuja caracterização ainda pressupõe a cessão, temporária, de **trabalhadores empregados** à contratante.

No caso vertente, “*o conjunto da obra*” revela, *ab initio*, a existência de uma fraude trabalhista e previdenciária concretizada pelo grupo aparentemente capitaneado pela empresa Momento. Houve um desligamento e uma subsequente contratação de empresa cujo objeto era a prestação dos serviços que, aparentemente, eram prestados por seus sócios, sob o regime da CLT – Consolidação da Lei do Trabalho - à Momento. Mas a figura criada aí, isto é, a pessoa jurídica constituída, não tem, em seu estatuto, qualquer previsão sobre a contratação e posterior cessão de empregados para a execução de atividades a serem determinadas pelas empresas contratantes. Pelo contrário, o ato constitutivo da empresa contempla como atividade econômica a prestação direta de serviços administrativos.

Este Conselho, quando se debruçou sobre a exclusão da recorrente da sistemática prevista pela Lei. 9.317/96 (acórdão juntado à a-fls. 249/255) chegou a sustentar como argumento de fato para a caracterização da cessão de mão-de-obra as disposições contidas nos contratos exibidos, segundo as quais a contratada estaria obrigada a “*aceitar, acatar e fazer cumprir todas as ordens e instruções expedidas pela CONTRATANTE ou seu preposto, obedecendo, rigorosamente, às normas internas da empresa*”.

E, de fato, nos contratos trazidos neste processo, esta previsão também está presente (Cláusula Sétima, e-fl. 33). Mas, vejam bem, estas regras estão inseridas na cláusula que trata da responsabilidade da contratada (e não se refere ao objeto do contrato) e, outrossim, estabelece algo que é absolutamente comum à qualquer contrato de prestação de serviços, mormente quando estes são desenvolvidos no estabelecimento do tomador (tais como serviços de consultoria nas mais diversas áreas – jurídica, TI, auditoria, *et coetera*). Não se trata, nem mesmo de um indício de existência de subordinação quanto ao objeto do contrato, já que estas regras são voltadas diretamente à empresa, e não à mão-de-obra por ventura empregada (no caso, sócios) na concretização da avença.

O mais importante, diga-se, é que tanto a informação fiscal de e-fls. 2/6, como o próprio acórdão recorrido, ficaram presos ao problema da “*pejotização*” e da formação do grupo

³ Que regulamenta as Leis 8.212/91 e 8.213/91.

econômico (nas empresas tomadoras dos serviços) e se esqueceram, completamente, de buscar elementos que pudessem atestar, efetivamente, a forma pela qual os serviços eram prestados, inclusive se estes foram executados com o emprego de mão-de-obra contratada pela empresa e não, e apenas, pelos próprios sócios. O agente fiscal chega até a afirmar que empresa empregaria funcionários na consecução de suas atividades; mas além de não trazer provas sobre isso, não atesta, sequer, qual seria o papel destes demais funcionários.

Nem mesmo a representação fiscal (e-fls. 104/108) a que faz referência a Autoridade Administrativa (de lavra do Ministério da Previdência) traz qualquer dado que possa, de longe, atestar a predita cessão. Em verdade, esta representação, além de reprisar o argumento já tratado acima (concernente às cláusulas dos contratos de prestação de serviços que versam sobre a responsabilidade da contratada), sustenta, ainda, que as tomadoras de serviços (em verdade, a Momento) faziam a retenção da parcela de 11% sobre o valor da fatura a título de antecipação das contribuições previdenciárias, tal como contemplado na Lei 8.212/91 e pela já mencionada IN 971/09. Assim, como esta retenção ocorreria apenas em relação à operações que revolvam a cessão de mão-de-obra, a situação impeditiva prevista pela legislação que trata do SIMPLES estaria comprovada.

Primeiramente, vale reprisar que a retenção em questão estaria dispensada no caso de execução de serviços realizados pelos próprios sócios, excetuada a situação preconizada pelo já transcrito art. 120, II, da IN 971/09 que, insista-se, é regra infralegal de conteúdo eminentemente anti-evasivo, que objetiva impedir fraudes mediante a famigerada “pejotização”. Nada obstante, esta regra, especificamente, poderia justificar as retenções realizadas, principalmente se ficar comprovado que os valores pagos foram inferiores ou iguais a “2 (duas) vezes o limite máximo do salário-de-contribuição” (hipótese em que, mesmo que prestado pelos sócios, os serviços suportariam as retenções).

Outrossim, a retenção realizada pela tomadora pode ser interpretada, tão só, como medida de cautela, a fim de evitar possíveis questionamentos por parte da Previdência Social (o que, de fato, ocorreu).

Não se trata, pois, de prova da ocorrência de cessão de mão-de-obra que, reprise-se, não tem como ocorrer nos casos em que a empresa prestadora desenvolve as suas atividades por meio de seus sócios e em que não existem provas concretas sobre a forma pela qual os serviços eram efetivamente prestados.

Vale a insistência: terceirização de atividade fim ou meio não equivale à cessão de mão-de-obra. Se a terceirização verificada no caso vertente ocorreu, aparentemente, por meio de condutas fraudulentas, a ilicitude, aí, teria impactos no âmbito previdenciário ou, quiçá, trabalhista. Esta fraude, todavia, revolveria, quando muito, a caracterização do tipo empresarial previsto pela Lei 6.019/74, art. 4º-A, com a redação dada pela Lei 13.467/17, e não daquele tipo especificamente regido pelo art. 4º da lei retrocitada. E este tipo de negócio, ao menos *in abstracto*, não pressupõe, reprise-se, a disponibilização de mão-de-obra em grau de subordinação para com as contratantes.

Falta à informação fiscal, à representação encaminhada pelo Instituto Nacional da Seguridade Social e ao próprio acórdão recorrido, um lastro probatório suficiente para tornar indene de dúvidas a existência concreta do desenvolvimento da atividade tida e havida como impeditiva da opção ou, no caso, da manutenção da recorrente no SIMPLES Nacional.

IV CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca