



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13973.000630/2007-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.669 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 29 de setembro de 2020
Recorrente SERVICE SERVIÇOS EM INFORMÁTICA 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

SIMPLES. EXCLUSÃO. FALTA DE PROVA MATERIAL DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE VEDADA. INVALIDADE.

Improcede a exclusão do Simples de origem em representação fiscal baseada essencialmente em “presunções”, sem suporte em prova documental necessária e suficiente à comprovação do exercício da atividade vedada.

Aplicação analógica da Súmula CARF nº 134.

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)

Aílton Neves da Silva - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros. Ausente justificadamente o conselheiro Rafael Zedral.

Relatório

Por bem sintetizar os fatos até o momento processual anterior ao do julgamento da Manifestação de Inconformidade, transcrevo e adoto o relatório produzido pela DRJ/SDR.

Trata-se de Manifestação de Inconformidade (fls. 58/64) contra o Ato Declaratório Executivo (ADE) da DRF/Joinville/SC nº 092 (fl. 96), de 09/04/2008, que excluiu a empresa do Simples Federal com efeitos a partir de 01/01/2005, por exercer atividade vedada a opção, conforme disposto na alínea "f" do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1.996.

O presente processo é decorrente de Representação de Administrativa (fls. 02/05), na qual consta que a pessoa jurídica interessada pratica cessão de mão de obra, incoerente com o exercício da opção pelo Simples Federal, nos termos do art. 9º, inc. XII, letra "f", combinado com o inciso V do mesmo artigo da Lei nº 9.317/1996 e alterações posteriores.

Os elementos comprobatórios anexos são: Contrato Social e Alterações; Contrato de Prestação de Serviços; Notas Fiscais de junho 2004 a dezembro de 2004 e Folhas de pagamento até agosto de 2004.

Segundo relato da Fiscalização na RA, a requerente mantém uma média de dezenove a vinte funcionários que trabalham a noite dentro da empresa Weg Indústria S/A, CNPJ nº 79.670.501/0001-35, como digitadores, caracterizando essa prática cessão ou locação de mão de obra.

A Representação Administrativa (RA) foi analisada pelo órgão de origem, de conformidade com o Despacho Decisório Sacat nº 220/2008 (fls. 91/95), que se definiu pela exclusão de ofício, efetuada mediante ADE (vide fl. 96), haja vista a constatação de prática de locação de mão de obra, vedada aos optantes do Simples Federal, nos termos do art. 9º, inciso XII, alínea "f" da Lei nº 9.317, de 1.996.

Cientificada do ADE em 30/04/2008, conforme informado as fls. 98/99, a interessada apresentou a sua defesa em 29/05/2008, alegando, em síntese, que:

(i) Jamais prestou serviços de digitação, sendo equivocada a acusação do Auditor Fiscal da RFB de que a defendente presta serviços de digitação, pondo a disposição da empresa WEG S/A cerca de 20 funcionários que trabalham no turno da noite com a função de digitar documentos.

(ii) O contrato de prestação de serviços mantido entre a defendente e a WEG S/A faz prova neste sentido, visto que em nenhum momento se descreve no seu objeto ou se da margem para entendimento que os trabalhos são ou alguma vez foram de digitação.

(iii) Os serviços prestados para a WEG S/A são de manutenção, reparação, instalação de máquinas de escritório e informática, conforme anotado na cláusula primeira. E não há funcionário alocado exclusivamente nas dependências da WEG S/A, na condição de serviço contínuo, ou em qualquer outro cliente da impugnante, os técnicos são chamados para a resolução de determinadas situações, se dirigem até o cliente e ali permanecem enquanto da realização do mesmo. Alias, a chamada é realizada pelo cliente que pode ocorrer a qualquer tempo, seja no turno normal, primeiro, segundo ou terceiro turno. Concluído o atendimento são geradas as notas fiscais com a descrição de acordo com o serviço prestado.

(iv) Desse modo, inexistem motivos para classificá-los como digitadores ou se avarar hipótese de cessão ou locação de mão de obra.

(v) A jurisprudência mencionada (ementas), no seu entendimento, dão suporte à presente defesa.

Ante o exposto, requer o cancelamento da exclusão de ofício, bem como a reinclusão no regime simplificado de tributação.

A DRJ/SDR indeferiu a Manifestação de Inconformidade por meio do acórdão 15-30.809 (e-fl. 206), o qual recebeu a seguinte Ementa:

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

Data do fato gerador: 01/01/2005

SIMPLES FEDERAL. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

É vedada a opção pelo Simples Federal a pessoa jurídica que preste serviços relacionados com cessão ou locação de mão de obra.

Irresignado, o Recorrente apresenta Recurso Voluntário de e-fls. 219, reafirmando que a cessão de mão de obra não ocorreu e repetindo, em linhas gerais, os fundamentos de fato e de direito apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade, acrescentando que a atividade principal da empresa não é impeditiva e que a cessão de mão de obra não faz parte do rol de suas atividades.

Ao final, requer o acolhimento do presente e o reconhecimento de seu direito de permanência no Simples Nacional.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Aílton Neves da Silva , Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

A controvérsia instalada gira em torno da investigação da efetiva prestação de serviço de cessão ou locação de mão de obra pelo contribuinte.

O Recorrente, em suma, sustenta que presta serviços de assistência técnica em informática e de instalação de máquinas, os quais só podem ser realizados na própria empresa e com os equipamentos desta, e que a situação foi mal interpretada pelo auditor fiscal, eis que não encontra respaldo nos documentos juntados aos autos.

Para a exata compreensão da matéria, trago a baila o dispositivo legal que a regula (destaques deste relator):

LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991.

(...)

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (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).

§ 4º (...)

(...)

Dissecando a norma em destaque, tem-se que são três os requisitos necessários para a caracterização de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra:

- a colocação de empregados do contratado à disposição do contratante, tomador do serviço;
- a necessidade de o serviço ser prestado nas dependências do contratante, ou local por ele designado;
- a necessidade de o serviço ser contínuo, por corresponder a necessidades permanentes do contratante.

Ao que parece, o primeiro e o terceiro itens denotam uso de termos abertos e indeterminados (“à disposição do contratante”, “serviço contínuo”), o que obriga o intérprete a perscrutar o sentido e o alcance das expressões examinadas na tentativa da adequada solução da lide administrativa.

Nessa esteira, nos socorremos do entendimento da Administração Tributária expresso na Solução de Consulta Cosit nº 114, de 12 de agosto de 2016, que analisou detidamente os referidos requisitos, e da qual extraem-se os trechos seguintes que interessam ao deslinde do caso (destaques do original):

(...)

20. Com relação à continuidade dos serviços, verifica-se, pelas conceituações normativas, que sua caracterização não guarda relação com a periodicidade contratual, mas, sim, com a necessidade da empresa contratante.

Sob esse aspecto, a norma faz referência a uma necessidade “permanente”, que se revelaria pela sua repetição periódica ou sistemática.

21. Esse caráter (permanente) pode restar evidenciado pelo número de vezes que foi demandado o serviço, embora o critério mais adequado seja o da natureza dos serviços, tomando-se como referencial a empresa contratante. A necessidade permanente é aquela que não é eventual, e eventual é aquilo que ocorre de maneira fortuita, imprevisível.

22. Quanto à prestação dos serviços nas dependências da contratante ou na de terceiros, essa caracterização não comporta dificuldade, considerando que a própria legislação buscou definir o que seria dependência de terceiro – é aquela indicada pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

23. Nessa medida, quando os serviços forem prestados nas dependências da empresa prestadora dos serviços (contratada), não há que se falar em cessão de mão de obra, nem ocorrerá, via de consequência, a incidência da retenção de 11% (onze por cento) prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

24. Já com relação à colocação do trabalhador à disposição do tomador, verifica-se que esse requisito pressupõe que o trabalhador atue sob as ordens do tomador dos serviços (contratante), que conduz, supervisiona e controla o seu trabalho.

25. Percebe-se, assim, que a empresa contratada, ao ceder trabalhadores à outra, transfere à contratante a prerrogativa, que era sua, de comando desses trabalhadores. Ela abre mão, em favor da contratante, de seu direito de dispor dos trabalhadores que cede, do direito de coordená-los. Dessa forma, a empresa contratante dos serviços poderá exigir dos trabalhadores cedidos a execução de tarefas objeto da contratação.

26. Enfim, se os trabalhadores se limitarem a fazer o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, não ocorrerá a disponibilização da mão de obra e, por conseguinte, não restará configurada a sua cessão. Nesse tipo de prestação de serviço a empresa contratada compromete-se à realização de tarefas específicas, que por ela devem ser levadas a cabo.

(...)

Estabelecidas as premissas legais e teóricas, passa-se ao exame analítico dos requisitos caracterizadores do serviço de cessão/locação de mão de obra no caso concreto.

1 - Necessidade de o serviço ser prestado nas dependências do contratante, ou local por ele designado

A cláusula 1ª do contrato de prestação de serviços de e-fls. 29 registra a contratação de serviços de manutenção, reparo e instalação de máquinas de escritório e informática a serem prestados nas dependências do contratante, fato que se confirma pelas notas fiscais acostadas aos autos.

Assim, por este critério estaria satisfeito um dos requisitos caracterizadores da cessão/locação de mão de obra.

2 - Necessidade de o serviço ser contínuo, por corresponder a necessidades permanentes do contratante

Conforme dito na Solução de Consulta supra, a necessidade permanente é aquela que não é eventual, e eventual é aquilo que ocorre de maneira fortuita, imprevisível.

Da leitura das cláusulas 1ª e 2ª do referido contrato, constata-se que os serviços serão prestados sem caráter de exclusividade e com prazo determinado, o que não parece revelar caráter de serviço contínuo, que, em regra, pressupõe a necessidade de trabalho ininterrupto, a exigir, portanto, contrato de prazo indeterminado e colocação exclusiva de um agente do prestador de serviço nas dependências do contratante, a sua disposição e em horário comercial.

O Recorrente nega o caráter de continuidade dos serviços prestados, afirmando que o atendimento é feito por chamadas, que podem ocorrer a qualquer tempo, e que, uma vez concluído, são geradas notas fiscais com descrição do serviço prestado.

Em princípio, as notas fiscais constantes dos autos confirmam a alegação de que o atendimento dos serviços é feito por chamadas. Veja-se, como exemplo, a nota fiscal de e-fls. 45:

SERVICE
SERVIÇOS DE INFORMÁTICA

SERVICE SERVIÇOS EM INFORMÁTICA LTDA.
Rua Walter Marquardt, 1133 - Apto. 03 - Rio Molha
89259-700 - Jaraguá do Sul - Santa Catarina
CNPJ: 04.377.224/0001-78 - Inscrição Municipal: 24274-8

NOTA DE SERVIÇO
SÉRIE 15
Nº 000089
(Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza)

Data da Emissão, 20 de julho de 2004

O(s) Sr(s) Weg, Engenharia S.A. - Motores

Estabelecido à Av. Rubeita Waldemar Griebler Nº 3000

Cidade Jaraguá do Sul Estado SC

CNPJ 79630501/0011-07 Inscr. Est. 259.992.648

Quant.	DISCRIMINAÇÃO DOS SERVIÇOS	Valor Unitário	Valor TOTAL
	<u>Serviço prestado em atendimento às chamadas no mês de julho</u>		31.584,47
	<u>INSS retido 11% - R\$ 3474,29</u>	14643	
	<u>CIRF retido 465% - R\$ 1468,68</u>	10401	
	<u>Lucro líquido - R\$ 2641,50</u>		
	<u>Venc. 05/08</u>		
	TOTAL R\$		31.584,47

GRÁFICA DANIELE LTDA-ME - AV. MAL. DEODORO DA FONSECA, 1708 - SALA 4 - CENTRO
FONE (0-47) 275-0062 - CNPJ 01.955.928/0001-92 - INSCR. EST. 253.473.055 - JARAGUÁ DO SUL - SC
05 b/c. 3x50 de 000.001 a 000.250 Aut. pela FMAJ nº 4808 de 02/07/2001
1ª VIA (Cliente/Contratante) - 2ª VIA (Prefeitura/Contribuinte) - 3ª VIA (Bancos/Contribuinte)

Na representação fiscal para exclusão do simples de e-fls. 2, o Auditor afirma que o descrito na nota fiscal como “chamadas” é, na verdade, contraprestação de serviços prestados por 19 ou 20 empregados digitadores que trabalham a noite nas dependências da contratante.

Cita, como exemplo, que o empregado Divonei Silveira consta na folha de pagamento da competência junho/2004 como exercente da função de “Técnico Suporte Informática”, mas que, na verdade, atua como operador de computador ou digitador.

Inobstante tais afirmações, fato é que não constam dos autos provas materiais que referendem as conclusões do autor da representação.

Não há, por exemplo, um Termo de Verificação Fiscal elaborado *in loco* ou com suporte em registros contábeis e fiscais do contribuinte, correlacionando diretamente cada uma das notas fiscais emitidas em favor do contratado com os valores dos salários registrados nas folhas de pagamento colacionadas aos autos.

Some-se a isso, o fato de o próprio autor da representação não reconhecer identidade entre os valores cobrados nas notas fiscais e os salários constantes da folha de pagamento do contratado, ao trabalhar com o conceito de “similitude”. Confira-se:

“É de se notar, outrossim, a similitude das Notas Fiscais emitidas todo o mês e a Folha de Pagamento...”.

Além de tudo, na própria representação fiscal há registro de que o contribuinte teve deferida pelo então Conselho de Recurso da Previdência Social – CRPS - pedido de restituição de antecipação de contribuição previdenciária no mesmo período-base examinado nesses autos, o que é um indicativo claro de que o órgão de julgamento administrativo superior entendeu que o contribuinte não exerce a atividade de cessão/locação de mão de obra, caso contrário teria indeferido o pedido, reconhecendo a obrigatoriedade de o contribuinte sujeitar-se à retenção de 11% prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Por isso, far-se-ia ainda mais grave e necessária a produção de prova material contundente nos autos para dar suporte a qualquer decisão que pudesse ir de encontro à matéria supostamente já examinada e decidida pelo CRPS em favor do Recorrente.

Nesse contexto, a precariedade da prova material colacionada aos autos não permite atestar que houve o efetivo exercício da cessão ou locação de mão de obra pelo contribuinte, levando à conclusão de que a exclusão do Simples foi feita por mera “presunção” do exercício de atividade impeditiva.

Essa, entretanto, não é a melhor interpretação do direito em discussão, a meu ver, eis que a exclusão do Simples de origem em representação fiscal não pode lastrear-se unicamente em presunções ou em alegações de direito, havendo a necessidade de produção e juntada de prova material que ateste o efetivo exercício da atividade impeditiva. Este, aliás, é o entendimento sumulado deste CARF, que pode ser aplicado ao caso, por analogia:

Súmula CARF nº 134

A simples existência, no contrato social, de atividade vedada ao Simples Federal não resulta na exclusão do contribuinte, sendo necessário que a fiscalização comprove a efetiva execução de tal atividade.

Assim, pelo aspecto examinado, o serviço prestado não caracterizaria cessão ou locação de mão de obra.

3 - Colocação de empregados do contratado à disposição do contratante

Este requisito tem por pressuposto básico a subordinação técnica dos empregados da contratada às ordens do contratante na execução do serviço.

As cláusulas quinta e sétima do contrato de prestação de serviço indicam que não há relação de subordinação entre o contratante e os empregados da contratada. Confira-se nos recortes de imagem seguintes:

CLÁUSULA QUINTA – RESPONSABILIDADES BÁSICAS DA CONTRATADA

5.1 – É de responsabilidade da CONTRATADA supervisionar os trabalhos, provendo pessoal qualificado e especializado, para cada tipo de serviço, equipamentos e ferramentas, instrumentos, bem como todas as informações e instruções necessárias a perfeita execução dos serviços.

CLÁUSULA SÉTIMA – DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1 – A CONTRATADA fixará e determinará o cumprimento:

- a) da duração da carga horária, individualmente;
- b) do horário de entrada e saída, inclusive, o intervalo para refeição;
- c) das tarefas a serem executadas pelos seus empregados;
- d) da orientação quanto à execução das atribuições laborais, é
- e) do trabalho e horário extraordinário, se necessário.

Vê-se, portanto, que o contratante não possui poderes de mando sobre os empregados da contratada - a qual incumbe a realização das tarefas específicas constantes do contrato - motivo por que não é possível também qualificar o serviço prestado pelo contribuinte como cessão/locação de mão de obra pelo critério examinado.

Por todo o exposto, conclui-se que o acervo probatório colacionado aos autos não é suficiente para descaracterizar o acordo de vontades entre contratada e contratante ou comprovar a efetiva colocação de empregados à disposição deste na forma preconizada pela Solução de Consulta Cosit nº 114/2016, de modo a configurar cessão/locação de mão de obra.

Nessa linha de considerações, o provimento do recurso é medida que se impõe, vez que não houve o atendimento conjunto dos três requisitos normativos que caracterizam a atividade de cessão/locação de mão de obra.

Dispositivo

Ante o exposto, voto em conhecer do recurso voluntário e, no mérito, em lhe dar provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva