



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13984.000867/2003-31
Recurso nº 336.741 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-001.741 – 1ª Turma
Sessão de 18 de setembro de 2013
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado IBANOR GIOVANI PERUZZO

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES - EXCLUSÃO - CESSÃO DE MÃO DE OBRA - LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - ARTIGO 9º, XII, "F" DA LEI 9.317/96 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Em obediência ao princípio da legalidade, a atividade de cessão de mão de obra não pode constituir-se em critério impeditivo ou exoneratório da empresa que pretende optar ou já é optante do SIMPLES.

No presente caso, o dispositivo legal deve ser interpretado restritivamente, sendo vedado o emprego da interpretação ampla e da analogia.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos negar provimento ao Recurso Especial do Procurador.

(assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann

Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Marcos Aurélio Pereira Valadão, José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Karem Jureidini Dias, Valmar Fonseca de Menezes, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva, João Carlos de Lima Júnior e eu Susy Gomes Hoffmann

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência, interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, que visa sanar alegada contradição entre entendimento exarado no acórdão proferido pela Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes e o acórdão colacionado aos autos como paradigma.

Por intermédio de Representação Fiscal Administrativa (fls.02/03) realizada por Auditor Fiscal da Previdência Social, foi expedido pela Secretaria da Receita Federal de Lages/SC, o Ato Declaratório Executivo nº8 de 21 de janeiro de 2004, (fls.17) excluindo a Contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES).

Tal exclusão se deu sob o fundamento de realizar a Contribuinte operações relativas a locação de mão de obra e por exercer atividade que dependa de habilitação profissional, nos termos dos incisos XII, “f” e XIII, do artigo 9º da Lei 9.317/96 e ainda artigo 20, XI, “e” e XII da IN SRF 355/03.

Inconformada, a Contribuinte apresentou impugnação (fls.28/34) junto a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis-SC, que a indeferiu (fls. 69/80) nos seguintes termos:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: Opção pelo Simples. Locação de Mão de obra. Cessão de Mão de obra. Vedação.

A pessoa jurídica que se dedica à cessão de mão de obra (conceito similar ao de locação de mão obra) está impedida de exercer a opção pelo Simples.

EXCLUSÃO. MANUTENÇÃO INDUSTRIAL.

Pessoa jurídica que preste serviços de manutenção industrial está impedida de optar pelo Simples, em virtude desta atividade requerer o emprego de serviço de profissional legalmente habilitado.

Solicitação Indeferida

Não obstante a negativa em primeira instância administrativa, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls.83/90) perante a Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, que em decisão unânime entendeu pela manutenção da Empresa no regime diferenciado de tributação, dando provimento ao recurso que restou assim ementado:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA E MANUTENÇÃO ELÉTRICA INDUSTRIAL. A atividade desenvolvida pelo contribuinte não guarda plena identidade com a vedação disposta nos incisos XII, alínea "f" e XIII, do artigo 90 da Lei nº 9.317/96. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

ALCANCE DA VEDAÇÃO. A vedação imposta pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, não alcança microempresas e empresas de pequeno porte constituídas para a exploração de atividade econômica caracterizada pela prestação de serviços e circulação de bens, que envolvam profissionais diversos, independente da habilitação profissional de que trata o dispositivo. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Na ausência de dispositivo que vede sua opção, deve a Recorrente ser mantida no sistema.

Recurso Voluntário Provido.

Alegando a existência de omissão no acórdão proferido, a União interpôs Embargos de Declaração (fls. 114/119), que foi rejeitado pelo Despacho de fls.(122/130).

Ato contínuo, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, interpôs Recurso Especial de divergência (fls. 135/145), aduzindo haver contradição entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas referente as seguintes questões:

-O acórdão a quo estabeleceu diferenciação entre a cessão de mão de obra e a locação de mão de obra, sendo que, segundo seu entendimento somente esta é vedada pelo artigo 9º, XII, “f” da Lei 9.317/96, já o acórdão paradigma (fls.145), entendeu que tanto a locação como a cessão, por se tratarem de institutos análogos constituem-se em óbice para adesão ao SIMPLES. Vejamos:

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPEDIMENTO À OPÇÃO.

Está legalmente impedida de optar pelo Simples a pessoa jurídica dedicada à cessão de mão de obra para trabalhar em estabelecimento de terceiro.

Esta atividade não se confunde com industrialização por encomenda, realizada no estabelecimento da contratada, que é permitida o ingresso e permanência no Simples.

NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

(Segunda Câmara do Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 302-35994)

Alegou ainda a Recorrente que a atividade desenvolvida pela Contribuinte, é equiparada a de engenheiro e com fundamento no artigo 9º, XII, “f” da Lei 9.317/96, não pode aderir ao SIMPLES, para tanto, juntou acórdão paradigma (fls.146/162).

Devidamente processado, foi proferido Despacho de Admissibilidade (fls. 164/166) que admitiu em parte o Recurso Especial, dando seguimento apenas ao item que alega a existência de divergência de interpretação, quanto à cessão de mão de obra.

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs Agravo (fls.171/174), visando a admissão integral do Recurso Especial.

Em despacho proferido às fls.176/177, dos autos foi negado provimento ao agravo, confirmando-se o inteiro teor do despacho de admissibilidade.

Este é o relatório.

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann

O presente recurso especial é tempestivo. Preenche, também, os demais requisitos de admissibilidade, tendo em vista que a recorrente logrou comprovar, ainda que parcialmente a divergência jurisprudencial suscitada.

Relevante observar a atividade da contribuinte, conforme constou do relatório do Acórdão recorrido ao transcrever a defesa da Recorrida.

tem como objeto social as seguintes atividades: manutenção elétrica industrial, conserto de máquinas eletrônicas, comércio varejista de peças para máquinas industriais e automação industrial; jamais exerceu locação de mão-de-obra e o que realiza é a manutenção e instalação de máquinas de seus clientes, com seus funcionários e administradores, não havendo qualquer tipo de locação de mão-de-obra, haja vista que tais atos são esporádicos, ou seja, realizam-se apenas à medida que os clientes necessitam, jamais tendo à disposição destes os funcionários da

impugnante ou sendo cedidos de maneira temporária ou permanente para a realização de quaisquer serviços;

Assim, restou claro nos autos de que a empresa contribuinte não tinha por objeto social a locação de mão de obra. Neste sentido transcrevo trecho do Acórdão recorrido:

Nota-se que consta da 'Declaração de Firma Mercantil Individual' de fls. 04, como atividades econômicas da Recorrente, à época da exclusão, o seguinte: manutenção elétrica industrial, conserto de máquinas eletrônicas, comércio varejista de peças e máquinas industriais e automação industrial.

Pois bem, no tocante ao primeiro ponto, consigne-se que a Recorrente defende-se destacando que não realiza locação de mão-de-obra, mas sim cessão de mão-de-obra, ao ponderar que locação de mão-de-obra é que seria atividade vedada (fls.87).

E, de fato, as Notas Fiscais juntadas aos autos às fls. 05/10 dão conta de que realmente do exercício de cessão de mão-de-obra, posto que nelas constam a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal a ser recolhido à Previdência Social, em função do exercício de cessão de mão-de-obra.

No que se refere à distinção dos institutos da cessão de mão-de-obra e da locação de mão-de-obra, peço vênica para transcrever os conceitos que foram colacionados aos autos quando do julgamento dos embargos de declaração.

LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA:

De acordo com o sítio do SEBRAE/SP (www.sebraesp.com.br), considera-se locação de mão de obra, "quando uma empresa locadora coloca seus empregados à disposição da locatária para executar trabalhos temporários, em local por esta determinada. Observe que o pessoal locado continua mantendo a condição de empregado na locadora, sendo por essa remunerada".

CESSÃO DE MÃO DE OBRA:

Traz o sítio do Portal Tributário (www.portaltributario.com.br), o conceito dessa forma de emprego, onde temos que, "cessão de mão de obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiro, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade-fim, quaisquer que sejam a natureza e forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário, na forma da Lei nº 6.019/74."

Como se pode aferir, tratam-se de institutos distintos.

Tanto é, que o artigo 9º em seu inciso XII, “f” da Lei 9.317/96, foi expresso ao vedar a inclusão ou permanência no SIMPLES de empresa que realize operação relativa à prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e **locação de mão de obra. Diz o dispositivo legal:**

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII – que realize operações relativas a:

(...)

*f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e **locação de mão de obra.***

Importante observar que a Lei não proibiu a cessão de mão de obra, pois, a ela nem referência fez.

O que visava o dispositivo legal em análise era excluir ou impedir a opção pelo SIMPLES apenas das empresas que realizassem locação de mão de obra.

Assim, ao editar a Lei Complementar 123/06, em seu artigo 17, XII o legislador elencou de forma expressa como empresas sujeitas ao impedimento ou a exclusão pelo SIMPLES, aquelas que realizam **cessão ou locação de mão de obra.**

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII – que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra.

Ou seja, embora não se aplique à presente controvérsia, fica claro pelo texto da Lei Complementar supracitada, que por se tratarem de institutos diferentes, para proibir seu ingresso no SIMPLES ou dele ser excluído, foi preciso que o legislador a eles se referisse expressamente.

Já tive a oportunidade de relatar caso similar, quando Conselheira da 1ª. Câmara do 3º. Conselho de Contribuintes, Acórdão 301.34223, no qual, por unanimidade de votos, foi dado provimento ao Recurso Voluntário do Contribuinte. Cito os principais trechos para admiti-los neste Acórdão como razões de decidir.

Cuida-se de pedido de impugnação a Ato Declaratório de Exclusão de fls. 22/23, posto que negou permanência a GERCO CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS como integrante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES. Através de Representação fiscal elaborada pelo Auditor-Fiscal da Previdência Social, fls.01/02, foram constatadas as seguintes situações tidas como de

vedação/exclusão à • opção pelo SIMPLES: 1) desenvolvimento de atividades profissionais de agenciamento e locação de mão-de-obra, 2) prestação de serviços na área de construção civil e 3) montagens industriais mecânicas, elétricas e eletromecânicas.

Assim, pelo que se verifica dos autos, a matéria em exame refere-se à exclusão da recorrente do SIMPLES, com fundamento nos incisos V, XII e XIII do artigo 9º da Lei nº. 9.317/96, que veda esta opção à pessoa jurídica que:

"Art. 9º- Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(..)

V— que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;

(..)

XII — que realize operações relativas a: (..)

j) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

XIII — 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;

(..)

§ 4. Compreende-se na atividade de construção de imóveis, de que trata o inciso V deste artigo, a execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, como a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo." (grifado)

DA LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

A atividade econômica da Recorrente, segundo seu contrato social, consiste em "comércio de carvão vegetal e de lenha de eucalipto".

Desta feita, tem-se que o objeto social desenvolvido pela empresa não encontra vedação legal capitulada no mencionado artigo 9º, explica-se. A atividade real da empresa, nos termos do seu contrato social, consiste em comércio de carvão vegetal e lenha de eucalipto, que são prestados a terceiros, não caracterizando propriamente locação de mão-de-obra.

A natureza jurídica da locação de mão-de-obra requer continuidade, pessoalidade e comando dos serviços contratados, fiscalizando a sua integral execução.

Nesta esteira, da análise do presente processo e dos documentos, nota-se que não restou configurada a atividade específica de locação de mão-de-obra, causa principal e impeditiva ao integrante do Simples.

Ademais a Lei nº. 9711/98 não trata da definição das empresas que tem por atividade fim a locação da mão de obra, mas define em seu artigo 31, §3º, o conceito de cessão de mão-de-obra: "... entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação a 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 " sendo que tal conceituação tem por objeto forma de recolhimento das contribuições previdenciárias, não podendo ser utilizada para outros fins.

Os contratos juntados aos autos demonstram tão-somente relação de serviços entre empresas, mas não tem o condão de caracterizar a existência de locação de mão-de-obra.

Neste sentido, é firme o posicionamento deste Conselho de Contribuintes, cita-se o recurso voluntário 113734, da Segunda Câmara deste Conselho de Contribuintes, que não tiveram dúvida em acolher a pretensão do contribuinte:

Ementa: SIMPLES - OPÇÃO - Há que se distinguir a contratação da prestação de serviços com cessão de mão-de-obra da assim chamada locação de mão-de-obra. No primeiro caso há uma "locação de serviços" com disponibilização de mão-de-obra, de força de trabalho, não há, no entanto, obrigação da contratada de fornecer determinada pessoa, mas sim alguma pessoa, e, portanto, não há pessoalidade dos obreiros cedidos. Neste caso, nenhum impedimento à opção pelo SIMPLES. Recurso a que se dá provimento.

Para exclusão da Empresa do Simples, necessita-se que os serviços contratados constituam parte integrante do processo produtivo da empresa contratante, alinhavando o visível comando sobre os serviços executados no interior desta:

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Caracteriza-se como locação de mão-de-obra, atividade não permitida para o SIMPLES, o contrato de prestação de serviços a ser realizado, de forma contínua e permanente, dentro das instalações da empresa contratante, especialmente porque os serviços contratados constituem-se em etapas do processo produtivo industrial da empresa contratante, que detém o comando dos serviços contratados e fiscaliza a sua execução. NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE. (Rec. Vol. 129020, Seg. Câmara, CC).

Em suma, não se nega a prestação de serviços a terceiros, mas se nega a ocorrência de locação de mão-de-obra, vez que está apenas provada a contratação da prestação de serviços para a retirada de eucalipto para a produção de carvão.

Enfim, resta claro nos autos que a atividade da Recorrida não está enquadrada na atividade de Locação de Mão de Obra e por este motivo NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL.

Sala das Sessões em, 18 de setembro de 2013.

Susy Gomes Hoffmann.

Relatora