



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n° 10680.006176/2002-97
Recurso n° 130.256 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n° 301-34.223
Sessão de 06 de dezembro de 2007
Recorrente GERCO CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.
Recorrida DRJ/JUIZ DE FORA/MG

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. Não se deve confundir contrato de prestação de serviços em que há, por decorrência do objeto do contrato, funcionários que prestam serviços com o objetivo de adimplir o contrato com contrato específico de locação de mão-de-obra, esta sim, atividade vedada pelo SIMPLES.

A prova robusta dos autos é no sentido de que a empresa para o fornecimento de carvão vegetal, atua realizando atividades que vão desde o corte de eucalipto, o transporte da lenha, o enforamento, a carbonização, até a obtenção do produto final, que serve como atividade complementar a outras empresas; o que evidencia uma efetiva prestação de serviços. E, por outro lado, descaracterizada a atividade de locação de mão-de-obra.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente




SUSY GOMES HOFFMANN – Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Irene Souza da Trindade Torres, João Luiz Fregonazzi, Rodrigo Cardozo Miranda e Patrícia Wanderkoke Gonçalves (Suplente). Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional José Carlos Brochini.

Relatório

O contribuinte GERCO CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS, mediante Ato Declaratório Nº. 11/2003 (fls.22/23) de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em Coronel Fabriciano, foi excluído do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº. 9.317, de 05/12/1996 e alterações posteriores.

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.

Em face de apreciação daquela representação, foi exarado o Despacho Decisório de fls. 19/20 e, ato contínuo, o Ato Declaratório nº. 11/2003 pelo qual a empresa foi excluída do SIMPLES *“por exercer atividades que impedem a opção pelo referido sistema, de acordo com o inciso V, parágrafo 4º, inciso XII, alínea “f”, e inciso XIII, todos do artigo 9º da Lei nº. 9.317/96”*.

Irresignado, o contribuinte apresentou impugnação (fls.26/33) aduzindo que a empresa não realiza atividade relativa à construção civil, dedicando-se ao comércio de carvão vegetal e de lenha de eucalipto. O exercício de atividade de construção de forma esporádica, não constitui causa proibitiva à adesão ao programa governamental em questão.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora proferiu acórdão (fls.156/162) indeferindo a solicitação, pois é cabível a exclusão do SIMPLES da pessoa jurídica que preste serviços de engenharia, assemelhados ou de profissões legalmente exigida. Além disso, a prestação de serviço com cessão de mão-de-obra, dada a sua similaridade com o conceito de locação de mão-de-obra, constitui atividade vedada ao SIMPLES, implicando exclusão desse sistema de tributação.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls.164/171) reiterando praticamente os mesmos argumentos aduzidos na impugnação.

Os membros da 1ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes acordaram (fls.175/180) em converter o julgamento em diligência à repartição de origem, para que procedesse à verificação junto à contribuinte de suas efetivas atividades durante o período de sua opção pelo SIMPLES, indicando, com base na documentação hábil, a origem de suas receitas em cada exercício e destacando as receitas auferidas de atividades vedadas ao SIMPLES.

O contribuinte apresentou cópia de Notas Fiscais e de contratos. Pelos documentos juntados, constatasse que a empresa realiza atividade de comércio de carvão vegetal e de lenha de eucalipto.

É o relatório.



Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

Conheço do Recurso por preencher os requisitos legais.

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:

(...)

f) 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;*

(...)

§ 4º. 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. Câm., 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.

Para corroborar os argumentos até aqui expostos, cita-se os Recursos nº. 133.723 e 135.409, ambos da 3ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, que dispõem sobre os mesmos fatos mencionados no presente processo:

PRELIMINARES DE NULIDADE. Afastadas as preliminares de nulidade. Não houve infração ao devido processo legal administrativo, nem ao contraditório ou à ampla defesa. SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA. NÃO CARACTERIZADA A LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. Os documentos fiscais e contábeis, bem como o Contrato com a CAF Santa Bárbara fazem prova a favor do contribuinte. O desvio de finalidade suposto pela fiscalização do INSS e acatado pela DRF/Ita, e depois pela DRJ/Salvador, carecem de demonstração probatória. As evidências são de empresa cujo objetivo social é ligado à produção de carvão vegetal, realizando atividades que vão desde o corte de eucalipto, o transporte da lenha, o enfornamento, a carbonização, até a obtenção do produto final, que serve como atividade complementar a outras empresas; ou seja, caracterizou-se nestes autos, não a suposta fraude para encobrir utilização de mão-de-obra própria da contratante como se fosse da empresa contratada, mas sim uma legítima prestação de serviços. Recurso voluntário provido. (grifado)

Ementa: SIMPLES / EXCLUSÃO. Afastada a preliminar de nulidade suscitada. Sociedade empresária voltada aos serviços de produção transporte e comercialização de carvão vegetal. Inexistência de provas do exercício de atividades impeditivas de optar pelo simples. Impossibilidade de exclusão. Mera representação do INSS pelo simples fato do contribuinte possuir endereço comercial no mesmo residencial do sócio majoritário, e a prestação de serviços inerentes à suas atividades empresariais, não constitui indício nenhum para que se possa acreditar tratar-se de atividade de locação de mão-de-obra, e assim impeditiva de opção pelo SIMPLES. Comprovado devidamente que a atividade exercida pelo recorrente é a de prestação de serviços para produção, transporte e comercialização de carvão vegetal, não sendo esta atividade impeditiva, poderá o contribuinte optar e permanecer na sistemática do SIMPLES.

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Com relação à prestação de serviços na área de construção civil, as notas fiscais nº.s 000043 e 000047, emitidas pelo contribuinte e que deram suporte à Representação Fiscal, demonstram a prestação dos seguintes serviços:

- “execução de obras de engenharia referente à construção da ponte sobre o Rio Paracatu no distrito de Morro D’Água em Catas Altas-MG”;
- “engenharia para execução de obra complementar de rede adutora de Morro D’Água Quente para Catas Altas”.

Dessa forma, foi solicitada a conversão de julgamento em diligência para verificar a verdadeira atividade da empresa. Assim, pelos documentos acostados, observa-se que a empresa presta serviços de comercialização de carvão, que vai desde o corte do



eucalipto, o transporte da lenha, o enformamento, a carbonização, até a obtenção do produto final.

Resta evidente, portanto, que a empresa não realiza atividade de construção civil.

DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA POR ENGENHEIRO OU DE QUALQUER PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA

Quanto à última hipótese de exclusão apontada no Ato Declaratório de fls. 22, o cerne da questão é determinar se a atividade desenvolvida pela Recorrente é privativa de engenheiro ou de qualquer outra profissão legalmente regulamentada.

A Lei n.º 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro Agrônomo, no seu art. 27, dispõe:

“Art.27- São atribuições do Conselho Federal:

(...) tomar conhecimento e dirimir quaisquer dúvidas suscitadas e penalidades impostas pelos Conselhos Regionais;

(...)

f) baixar e fazer publicar as resoluções previstas para regulamentação e execução da presente Lei, e ouvidos os Conselhos Regionais, resolver os casos omissos;”

A Resolução n.º 218, de 29 de junho de 1973 dispõe:

“O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, usando das atribuições que lhe conferem as letras “d” e “f”, parágrafo único do artigo 27 da Lei n.º 5.194, de 24 Dez 1966, CONSIDERANDO que o art.7º da Lei n.º 5.194/66 refere-se às atividades profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro agrônomo, em termos genéricos;

(...)

RESOLVE:

Art.1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da engenharia, arquitetura e agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:

(...)

Atividade 15 – Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção;

Atividade 16 – Execução de instalação, montagem, e reparo;

Atividade 17 – Operação e manutenção de equipamento e instalação;

(...)

Art. 22 – Compete ao ENGENHEIRO DE OPERAÇÃO:

I – o desempenho das atividades 09 a 18 do artigo 1º desta Resolução, circunscritas ao âmbito das respectivas modalidades profissionais;

(...)

Art. 23 - Compete ao TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR OU TECNÓLOGO:

I – o desempenho das atividades 09 a 18 do artigo 1º desta Resolução, circunscritas ao âmbito das respectivas modalidades profissionais;

(...)

Art. 24 – Compete ao TÉCNICO DE GRAU MÉDIO:

*I – o desempenho das atividades 14 a 18 do artigo 1º desta Resolução, circunscritas ao âmbito das respectivas modalidades profissionais;”
(grifado)*

Com fulcro nos dispositivos mencionados, o Ato Declaratório (Normativo) Cosit nº. 04/2000 dispôs “que não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais, por caracterizar prestações de serviço profissional de engenharia”.

Consoante ao disposto acima, verifica-se que a exclusão da empresa se deu pelo fato de que não podem optar pela sistemática do SIMPLES pessoas jurídicas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais, uma vez que caracterizam serviços de engenheiro.

Ocorre que, em momento algum do processo, houve a comprovação de que a empresa realizasse serviços de montagens e manutenção de equipamentos. Neste caso, é patente que ônus da prova deveria ser assumido pelo Fisco.

No processo administrativo, pode-se dizer que o ônus da prova é dividido entre as partes. É o que doutrina de Hugo de Brito Machado¹:

“O desconhecimento da teoria da prova, ou a ideologia autoritária, tem levado alguns a afirmarem que no processo administrativo fiscal o ônus da prova é do contribuinte. Isto não é, nem poderia ser correto em um Estado de Direito democrático. O ônus da prova no processo administrativo fiscal é regulado pelos princípios fundamentais da teoria da prova, expressos, aliás, pelo Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis ao processo administrativo fiscal.

No processo tributário fiscal para apuração e exigência do crédito tributário, ou procedimento administrativo de lançamento tributário, autor é o Fisco. A ele, portanto, incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que serve de suporte à exigência do crédito que está a constituir. Na linguagem do Código de Processo Civil, ao autor incumbe o ônus do fato constitutivo de seu direito (Código de Processo Civil, art.333, I). Se o contribuinte, ao impugnar a exigência, em vez de negar o fato gerador do

¹ Machado, Hugo de Brito; Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 5. ed., São Paulo: Dialética, 2003, p.273

tributo, alega ser imune, ou isento, ou haver sido, no todo ou em parte, desconstituída a situação de fato geradora da obrigação tributária, ou ainda, já haver pago o tributo, é seu ônus de provar o que alegou. A imunidade, como isenção, impedem o nascimento da obrigação tributária. São, na linguagem do Código de Processo Civil, fatos impeditivos do direito do Fisco. A desconstituição, parcial ou total, do fato gerador do tributo, é fato modificativo ou extintivo, e o pagamento é fato extintivo do direito do Fisco. Deve ser comprovado, portanto, pelo contribuinte, que assume no processo administrativo de determinação e exigência do tributo posição equivalente a do réu no processo civil". (grifado)

Portanto, cabe ao Fisco provar que o contribuinte presta serviços de montagens e manutenção de equipamentos. De tal modo, que a não comprovação dos fatos alegados, faz com que o mesmo seja negado.

Posto isto, voto pelo **PROVIMENTO** do recurso voluntário, anulando-se o Ato Declaratório Executivo de fls. 22, para que seja reconhecida a permanência do Recorrente no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

É como voto.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2007


SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora