



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10840.001332/2005-96
Recurso n°	136.623 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	303-34.896
Sessão de	7 de novembro de 2007
Recorrente	JLM INSPEÇÃO E MANUTENÇÃO SC LTDA.
Recorrida	DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2005

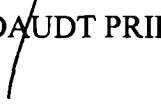
Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO INDEVIDA. Atividades exercidas pela recorrente não se enquadram nos dispositivos de vedação à opção pelo regime especial do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Comprovado que a recorrente não se dedica ao ramo de "locação de mão de obra", sendo as atividades por ela exercidas perfeitamente permitidas pela legislação vigente aplicável, é de se reconsiderar o ATO DECLARATÓRIO que a tornou excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

A contribuinte ora recorrente, mediante Ato Declaratório Executivo n.º 45, de 31 de maio de 2005, emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), informando como causa do evento a atividade econômica, no caso, serviços de inspeção e manutenção. Fundamentou-se na Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, art. 9.º, XII, *f*.

Constou do ato declaratório que os efeitos da exclusão seria a partir de 01/01/2002 em obediência ao disposto no Parágrafo Único do art. 24 da Instrução Normativa (IN) – SRF n.º 355, de 29 de agosto de 2003.

A exclusão do referido sistema foi motivada pela Representação Fiscal do INSS (fls. 02/03) que informou à Secretaria da Receita Federal que *a empresa presta serviço de inspeção e manutenção, com a colocação de mão-de-obra a disposição da contratante*. Foram juntadas à representação notas fiscais (fls. 07/20).

O Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto, acatando o despacho proferido pelo Chefe da SACAT daquela DRF (fls. 23/24), determinou a emissão de Ato Declaratório, do qual a empresa teve ciência em 09/06/2005 (AR de fl. 27).

Em 06107/2005, ingressou com a impugnação de fls. 28/34, firmada pelos Procuradores, constituídos pela procuração de fl. 35, alegando, em síntese, que a empresa não exerce as atividades de locação de mão-de-obra.

Insurge-se, também, contra a exclusão com data retroativa.

Requer que as intimações sejam emitidas em nome dos patronos subscritores e enviadas para o endereço que menciona.

A DRF de Julgamento em Ribeirão Preto – SP, através do Acórdão n.º 14-12.422 de 24/04/2006 indeferiu a solicitação do contribuinte, nos termos que a seguir se transcreve, omitindo-se apenas algumas transcrições de textos legais contidos no original:

“A manifestação de inconformidade atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972. Dela conheço.

*Conforme consta no Ato Declaratório n.º 45 (fl. 25), a exclusão de ofício do Simples se deu sob a constatação de que a empresa presta serviços a terceiros mediante a empreitada de serviços de inspeção e manutenção industrial, com a colocação de mão-de-obra, o que a impediria de optar pelo Sistema, consoante dispõe a Lei n.º 9.317, de 1996, art. 9.º, XII, *f*, verbis:*

Art. 9.º - 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**; (grifei)

Conforme se verifica do dispositivo acima, é vedado de optar pelo Simples as pessoas jurídicas que tenham como atividade a locação de mão-de-obra.

No caso concreto, as notas fiscais de fls. 07/20, além de especificar os serviços prestados pelo sócio da empresa já referidos em sua defesa, discriminam, também, outros serviços executados por empregado(s), e que os serviços são contratados por obra certa, com preço fixo, destacando: "exclusivamente de mão-de-obra especializada".

O cerne da questão, portanto, é determinar se a atividade relacionada à exploração, por conta própria, dos serviços prestados pela interessada, nas condições pactuadas, tipificam-se ou não como contrato de locação de mão-de-obra, cessão ou empreitada exclusivamente de mão-de-obra.

Locação/Cessão de mão-de-obra.

O Parecer n.º 69, de 10 de novembro de 1999, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, examinou a questão da vedação à opção pelo Simples para as empresas que se dedicam à locação de mão-de-obra, empreitada exclusivamente de mão-de-obra ou cessão de mão-de-obra, valendo transcrever os itens 3 e 4:

3. Em se tratando de locação da mão de obra, pressupõe-se que será utilizado trabalho alheio, ou seja, alguém cederá a outrem a atividade laborativa em virtude de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou do acréscimo extraordinário de tarefas.

4. A locação de mão de obra pode também ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão de obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços." (grifos nossos)

O Parecerista, no final, concluiu que estão impedidas de optar pelo Simples as pessoas jurídicas que:

- a) tem como atividade a locação de mão-de-obra;
- b) firmam contratos de prestação de serviços relativos à empreitada exclusivamente de mão-de-obra;

c) contratam serviços mediante cessão de mão-de-obra;) estabelecem contratos de prestação de serviços relativos à empreitada e subempreitada de mão-de-obra, aplicados à construção civil, independentemente do fornecimento de material (Lei n.º 9.528/97, art. 4.º).”

Sobre o significado da expressão “locação de mão-de-obra”, Valentin Carrion (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 19ª ed. Saraiva, 1995, p.292) ensina que (transcreveu).

Ainda, de acordo com a IN – SRF n.º 34 de 1989, na locação de mão-de-obra, os empregados são colocados a serviço da locatária, pessoa jurídica, em local por esta determinado. O Parecer n.º 1.236, de 26 de dezembro de 1989, emitido por essa Coordenação, acerca das disposições acima, expressa o entendimento que na locação de mão-de-obra é necessário que a locatária administre os serviços realizados pelos empregados da locadora, isto é, a locatária detém o comando, determinando as tarefas, fiscalizando a execução dos trabalhos, enfim, controlando o andamento dos serviços desempenhados pelos empregados colocados à sua disposição.

É oportuno transcrever o art. 23 da Lei n.º 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, conforme segue (transcrito).

A partir da definição expressa na Lei n.º 9.711, de 1998, nota-se a similaridade entre os conceitos de locação de mão-de-obra e cessão de mão-de-obra, fato este que não ensejará, então, dúvidas na aplicação da vedação ao Simples

Empreitada de mão-de-obra

Algumas empresas, por outro lado, trabalham por meio do contrato de empreitada, que tem por objeto a produção de um resultado a ser promovido pelo contratado. Ao contrário da locação de mão-de-obra, nesta espécie de contrato o locador se responsabiliza pelo resultado final, arcando com seus custos e riscos.

A empreitada, tanto na lei civil (CC art.1.237 e segs.), quanto na Lei comercial (C.C., art. 226 e segs.), é admitida como modalidade do contrato de locação (locação de obra, contrato de obra). É admissível a existência das seguintes espécies de empreitada: de materiais e mão-de-obra; exclusivamente de mão-de-obra (lavor) e por administração. Sua principal característica é o trabalho autônomo, possuindo utilização corrente na construção civil e no meio rural. A distinção entre os diferentes tipos de empreitadas far-se-á pela natureza da prestação de trabalho. Fundamental para caracterizar-se a empreitada é que o empreiteiro assuma o risco de realizar a obra contratada, por si ou seus prepostos, segundo as especificações estabelecidas de tempo e preço. O empreiteiro é responsável pela organização dos meios necessários e a gestão do próprio risco, além da obrigação de executar a obra ou o serviço para o qual foi contratado. Como regra geral, todos os contratos de empreitada pressupõem a assunção, por parte do contratado, do ônus relativo à fiscalização, orientação e planejamento do bem objeto da contratação.



Observe-se que os artigos citados se referem ao Código Civil de 1916 e da Parte Primeira do Código Comercial de 1850, revogados pela Lei n.º 10.406, de 10/01/2002, cujo conteúdo foi mantido com matizes em seus artigos 610 a 623, razão pela qual os fundamentos continuam aplicáveis ao caso em exame.

A diferenciação básica existente entre a empreitada e a locação de mão-de-obra, portanto, é obtida pelo modo de encarar a obrigação de fazer. Se o que é ajustado limita-se ao fornecimento da mão-de-obra, sob controle e supervisão do locatário, temos a locação de mão-de-obra. Se o que é ajustado restringe-se à apresentação de um resultado, defrontamos com a empreitada. No caso da empreitada exclusivamente de mão-de-obra, o resultado é a própria execução do serviço, estabelecendo-se, assim, sua similitude com a locação de mão-de-obra. Por conseguinte, dedicando-se a empresa à execução de empreitada exclusivamente de mão-de-obra, não poderá optar pelo Simples.

A distinção entre ambas as modalidades de contrato foi muito bem sintetizada por Silvio Rodrigues nestes termos (Direito Civil, 23.ª Edição, Saraiva, 1995, vol. 3, pg. 234). Que transcreveu

Nota-se que há uma linha muito tênue separando ambas as modalidades contratuais.

Outro aspecto relevante diz respeito à forma de remuneração. Na locação de mão-de-obra a remuneração baseia-se nas horas-homens trabalhadas, isto é, em razão do tempo que o empregado permanece à disposição do locador, enquanto na empreitada, a forma de remuneração baseia-se na produção.

Portanto, não há dúvida de que se trata de cessão de mão-de-obra o que impede a interessada de usufruir do Simples. As notas fiscais juntadas aos autos (fls. 07/20) reforçam esse entendimento.

Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples, sobreleva lembrar que o artigo 73, da MP 2158-34, de 27 de julho de 2001, - convalidada pela MP 2.158/35, de 24 de agosto de 2001 - alterou a redação do artigo 15 da Lei 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata de seus termos (transcrito).

Estribado nesse dispositivo legal, o artigo 24 da IN SRF 250, de 2002, repetido pelo artigo 24 da IN 355, de 2003, dispôs que (transcreveu).

Constata-se, portanto, que as aludidas Instruções Normativas, ao fixarem a data de início dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da MP 2158-34, de 27 de julho de 2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do artigo 2.º da Lei 9.784, de 1.999, que determina à Administração a observância do princípio da segurança jurídica.

Nem se diga que estaria ocorrendo aplicação retroativa de nova interpretação, o que também é vedado à Administração, pelo inciso XIII do citado art. 2.º da Lei 9.784, de 1.999, haja vista que as atividades da contribuinte impediam o seu ingresso na sistemática do



Simples, tendo ela, contribuinte, efetuado a opção por sua conta e risco e, portanto, sujeita à fiscalização posterior.

Relativamente à alegação de que o caráter retroativo fere a Constituição Federal, cumpre registrar que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal, artigo 102, I, a, III da Constituição Federal, sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos reconhecer alegação de inconstitucionalidade da lei.

O requerimento para que toda e qualquer intimação ou cientificação de despachos e demais atos processuais sejam emitidos em nome dos patronos e encaminhados para endereço dos subscritores deve ser rejeitado, em obediência aos termos do art. 23, do Decreto n.º 70.235/72, cujo teor reproduzo (transcreveu).

Pelo exposto, voto pelo indeferimento da solicitação da interessada. Sala de Sessões, em 24 de abril de 2006."

A recorrente tomou ciência dessa decisão através da Comunicação SACAT 735/2006, recebida via AR e apresentou, tempestivamente, as razões de sua insatisfação recursal à este Terceiro Conselho de Contribuintes, expondo os mesmos motivos utilizados em sua manifestação exordial de inconformismo, em relação à Decisão de 1ª instância, bem como, ratificando todos os seus termos, principalmente que a recorrente "NÃO LOCA MÃO DE OBRA" e que suas atividades "**independem de habilitação profissional regulamentada de engenheiro**", ao final solicitou a reforma da decisão que excluiu a recorrente do SIMPLES, e que os seus patronos subscritores do recurso, sejam intimados em seu endereço constante da peça ora relatada.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, Relator

Tomo conhecimento do recurso, que é tempestivo, tendo em vista que a recorrente tomou ciência da decisão da DRF de Julgamento em Ribeirão Preto – SP, via AR em data de 18/07/2006 (fls. 57/58), tendo apresentado suas razões recursais, devidamente protocolados na repartição competente da SRF em 14/08/2006 (fls. 59 a 66) estando revestido das formalidades legais, bem como, trata-se de matéria da competência deste Colegiado.

Pelas razões expostas, deduz-se que a exclusão da recorrente do SIMPLES se deu, conforme ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO N.º 45 de 31/05/2005 da DRF em Ribeirão Preto - SP às fls. 25/26, pelo motivo de que a mesma prestaria serviços de inspeção e manutenção de equipamentos industriais, envolvendo a locação de mão de obra, e que seria esta uma atividade econômica vedada pela legislação aplicável em vigor.

Ocorre que, em análise aos dados Constitutivos e Alterações posteriores desde sua constituição em 22/11/1998 (todos devidamente arquivados no Registro Civil das Pessoas Jurídicas) e das fotocópias de suas Notas Fiscais/Faturas de Prestação de Serviços anexadas ao processo, não se constata em momento algum que essa pequena empresa recorrente, desenvolva a atividade de locação de mão de obra, nem tão pouco existe, qualquer comprovação de que a mesma utilize a prática de locação pura e simples de seus funcionários e/ou terceirizados, cedidos a quem quer que seja, para execução de serviços sob ordens de terceiros.

Assim, as atividades desenvolvidas pela recorrente, se referem a Serviços de inspeção, manutenção e controle de qualidade de peças e equipamentos de uso industrial em geral, prestados por técnicos de nível médio com formação em enfermagem, comerciante e inspeção de qualidade.

Não vislumbramos no processo ora atacado, qualquer elemento que possa caracterizar que os serviços prestados pela recorrente se encontrem entre os vedados pela letra “F”, do Inciso XII, do Art. 9.º da Lei 9.317/96.

Em vista disso, concluímos que as atividades exercidas pela recorrente, estão entre aquelas permitidas pela legislação para inclusão no SIMPLES.

Por essas razões, é de se reconsiderar o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO que tornou a recorrente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. Então,

VOTO para que seja dado provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 7 de novembro de 2007


SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator