



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	11543.003205/2003-87
Recurso n°	135.916 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	303-34.512
Sessão de	05 de julho de 2007
Recorrente	WIX TERRAPLANAGEM LTDA. ME
Recorrida	DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

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

Ano-calendário: 2003

Ementa: SIMPLES. SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA OU ASSEMELHADOS DE ENGENHEIRO. As atividades desenvolvidas pela Recorrente estão entre as eleitas pelo legislador como excludente ao direito de adesão ao SIMPLES, qual seja, a locação de mão-de-obra, não importando se a mesma desempenha concomitantemente outras atividades que não sejam excludentes do Sistema Simplificado.

[Assinaturas manuscritas]

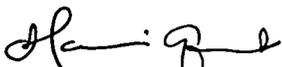
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



NANCI GAMA

Relatora

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

Relatório

Trata o presente processo de Representação Fiscal formalizada pelo INSS que em ofício enviado à Delegacia da Receita Federal em Vitória (fls. 1) solicitou a exclusão da empresa WIX TERRAPLANAGEM LTDA - ME, ora Recorrente, da sistemática do Simples, por ter constatado exercício de atividade impeditiva, conforme consta no processo administrativo n.º 11543.003205/2003-87.

A Delegacia da Receita Federal em Vitória acolheu as razões da Representação Fiscal interposta e determinou a emissão de Ato Declaratório (fls. 37), com efeitos a partir de 01/01/2002, nos termos do artigo 24, inciso II da Instrução Normativa SRF n.º 355, de 29 de agosto de 2003, para excluir a empresa da Sistemática do Regime Simplificado de Tributação.

Ciente da formalização de sua exclusão da sistemática do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo n.º 06 de 25/03/04, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 40 a 99), argumentando, em síntese, que:

A exclusão do defendente não deverá prevalecer, na medida em que a empresa sempre esteve e ainda está enquadrada no SIMPLES. Ademais, ao contrário da alegação do INSS, a Requerente é microempresa que exerce atividade comercial de locação de máquinas para serviços de construção e de terraplanagem;

A Requerente não presta serviços de mão-de-obra, até porque não se enquadra nas hipóteses preconizadas na Lei n.º 6.019/74 (fls. 76 a 78), tampouco realiza serviços relacionados à terraplanagem ou à construção civil. Sua atividade concerne, sim, tão-somente à tarefa de ceder suas máquinas em locação para empresas outras, estas, sim, que realizam serviços de terraplanagem;

A Impugnante, a propósito, sequer possui capacidade para prestar serviços de tal natureza, a saber, obras civis, serviços de terraplanagem e locação de mão-de-obra, uma vez que conta com apenas três máquinas para locação, e possui dois funcionários que fazem a manutenção e eventualmente operam o maquinário;

Os funcionários da empresa em apreço somente são cedidos juntamente ao maquinário locado nas raras hipóteses em que não existam operadores, sob a responsabilidade do locatário de máquinas, aptos ao serviço, frisando-se, aqui o caráter eventual;

O fato de a empresa contribuinte, eventualmente, ceder um operador apenas no sentido de suprir a falta de pessoal especializado na empresa locatária da máquina de terraplanagem, não significa, necessariamente, ser a Recorrente empresa que funcione como locadora de mão-de-obra, na medida em que tal atividade não condiz com os serviços prestados pelo Impugnante, além de se encontrar estritamente regulada pela Lei n.º 6.019/74, sendo certo que, esta modalidade de serviços não se confunde com o objeto social da empresa requerente;

O INSS, em razão do erro material contido na cláusula primeira do contrato social, presumiu, sem qualquer verificação ou fiscalização in

loco, que seriam hábeis a converter sua presunção em constatação do fato, que a atividade econômica realizada pela Recorrente incluía a realização de serviços de terraplanagem e obras de construção civil, aplicando ao Impugnante a prática de infração relacionada às vedações do SIMPLES, disposto no art. 9º, inc. V e § 4º da Lei n.º 9.317/96;

No entanto, a classificação presumida pelo INSS é equivocada, uma vez que não corresponde à realidade. A atividade empresarial exercida limita-se à locação de maquinário para serviços de terraplanagem, obras civis e construção em geral, fato esse que pode ser comprovado através da inscrição da empresa recorrente no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) junto ao Ministério da Fazenda, feita sob o código 71.32-3-00, traduzida como a atividade econômica principal da empresa o aluguel de máquinas e equipamentos para construção e engenharia civil, inclusive andaime, conforme o cartão de inscrição no CNPJ/MF em anexo (fls. 64);

Relativamente ao contrato celebrado com a Construtora Odebrecht, tem-se que o INSS realizou livre interpretação ao disposto na Cláusula 3 do Instrumento Contratual, o qual é específico ao estabelecer que o objeto primordial daquele pacto é a locação de equipamentos, com a eventual possibilidade de disponibilização de operadores;

A comprovação inarredável de que a Recorrente não presta serviços de locação de mão-de-obra é possível a partir de mera diligência junto à Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego – SRT/TEM -, considerando que o funcionamento de empresa de trabalho temporário deve adequar-se previamente à inscrição junto ao sobredito órgão, na forma da Instrução Normativa SRT n.º 1, de 10.05.2001;

Acerca da discriminação de mão-de-obra nas notas fiscais - emitidas pela Requerente -, nem se argumente, na medida em que aquela se limita a observar o procedimento determinado pelo próprio INSS, pelo qual todas as empresas são obrigadas a registrar a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, mesmo se tratando de empresas inscritas no SIMPLES, as quais devem pleitear a posterior restituição dos valores retidos;

A adoção de conduta diversa, a saber, a não retenção dos 11%, certamente importaria na incidência das penalidades inculpidas no art. 32 da Lei n.º 8.112/91, razão pela qual se faz necessária esta observância, ainda que a empresa não efetue serviços de locação de mão-de-obra. Assim, a recorrente se limita a atender às determinações burocráticas emanadas pela lei e pelo próprio INSS, fazendo o recolhimento do tributo para posteriormente obter a respectiva restituição do mesmo;

Sendo certo que, as atividades desenvolvidas pelo contribuinte jamais consistiram em colocar trabalhadores seus à disposição de outras empresas com o fito de atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente das últimas, tem-se por absolutamente equivocado o enquadramento da Recorrente na hipótese do art. 9º, inc. XII, f, da Lei n.º 6.019/74, razão pela qual requer a

reforma da decisão de exclusão do Impugnante do SIMPLES, bem como a imediata reinclusão da presente na Sistemática Simplificada.

Em anexo à Manifestação de Inconformidade, o contribuinte apresentou aditivo trazendo aos autos notas fiscais, cópias do contrato social, respectivas alterações contratuais, cópia do contrato, mediante o qual o Impugnante loca a seus clientes seus equipamentos, termos aditivos celebrados entre a Recorrente e a Construtora Norberto Odebrecht S.A., além de outros, com vistas a comprovar a insubsistência e improcedência do Ato Declaratório DRF/VTA n.º 06/2004, em conformidade com o Parecer SEORT n.º 446/2004 da Secretaria da Receita Federal da DRF – Vitória/ ES, mantendo a empresa enquadrada no SIMPLES, de acordo com a Lei n.º 9.317/96 e suas alterações.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento – RJO-I indeferiu, por unanimidade de votos, a solicitação do interessado, com a seguinte fundamentação:

“Observo que a lei não se dirige exclusivamente às pessoas jurídicas que se dediquem à locação de mão-de-obra, que tenham como objeto social a locação de mão-de-obra; basta que elas realizem operações relativas à locação de mão-de-obra. É o que está expresso no dispositivo legal citado. Não obstante, seria um exagero excluir do Simples uma empresa que esporadicamente locasse mão-de-obra. Esse, contudo, não é o caso da interessada, em que pese a sua alegação de que somente nas raras vezes em que a locadora das máquinas não dispõe de pessoal apto para operá-las é que cede seus empregados para a execução dos serviços”.

Cientificado da mencionada decisão (fls. 107 a 108), o contribuinte apresentou o presente Recurso Voluntário em 20.04.2006 (fls. 112 a 129), insistindo nos pontos objeto de sua Manifestação de Inconformidade, aduzindo, em síntese, que:

A classificação feita pelo INSS, e acolhida pela DRJ-RJ, é equivocada, eis que não corresponde à real atividade empresarial exercida pela Recorrente, qual seja, locação de maquinário para serviços de terraplanagem e construção civil;

A ilação supra pode ser confirmada pela análise da inscrição da Recorrente no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, sob o código 71.32-3-00, que descreve como sendo a atividade econômica principal da empresa o aluguel de máquinas e equipamentos para a construção e engenharia civil, inclusive andaime;

Deste modo, o Impugnante afirma não realizar serviços relacionados à terraplanagem ou à construção civil, mas apenas ceder suas máquinas, em locação, para empresas que realizam tais atividades. A atividade principal da empresa, portanto, é essencialmente a locação de bens móveis para empresas de terraplanagem e construção civil;

Também é equivocada a afirmação de que a Recorrente presta serviços de cessão de mão-de-obra, eis que os serviços prestados pela Recorrente não se enquadram nas definições trazidas pela lei que disciplina a referida atividade, Lei n.º 6.019/74, que pela leitura de seus arts. 2º, 4º e 5º, percebe-se que a concessão esporádica de pessoal para a empresa contratada não qualifica a atividade da Recorrente como locação de mão-de-obra;

No que tange à cláusula 3 do Termo Contratual firmado entre a Recorrente e a Construtora Odebrecht S/A, aquela diz respeito à locação de equipamentos com utilização de mão-de-obra. Sucede que este emprego da mão-de-obra só se efetiva quando em raríssimas situações, quando a empresa contratante não possui pessoal qualificado para lidar com as máquinas locadas;

O fato de a Recorrente eventualmente disponibilizar seus operadores aos locatários dos equipamentos não significa que sua atividade possa ser qualificada como locação de mão-de-obra, eis que tal atividade não se coaduna com os serviços prestados pela empresa Recorrente;

Relativamente à retenção de 11% a título de contribuição previdenciária, a discriminação mão-de-obra presente nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte, ocorre uma vez que, segundo o entendimento do INSS de que, mesmo as empresas optantes pelo SIMPLES, devem registrar a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, nos termos do que dispõe o art. 31, da Lei n.º 8.212/91. Isto é, a Recorrente buscou cumprir rigorosamente as normas emitidas pelo INSS, e por conta disso, foi penalizada pela sua exclusão do SIMPLES mediante a presunção realizada pelo Fisco de que a mesma prestava serviços de cessão de mão-de-obra, quando, na verdade, sua atividade principal é de locação de bens móveis;

A autoridade fiscal concluiu pela realização de atividades de cessão de mão-de-obra por parte do Impugnante com base, exclusivamente, em documentos que não refletem a realidade da empresa, afirmando, ainda, que não se preocupou o Fisco em verificar a realidade da empresa e a realização efetiva dos serviços de "cessão de mão-de-obra";

Tendo a exclusão do regime do SIMPLES sido exclusivamente baseada em presunções, restou violado o art. 148 do CTN bem como o princípio da verdade material;

Caso ainda se entenda pela exclusão da recorrente da sistemática simplificada, não poderá o Fisco proceder à cobrança com efeitos retroativos dos tributos que deveriam ter sido recolhidos, caso a empresa não fosse optante pelo regime do SIMPLES, de acordo com os arts. 100 e 146 do CTN, bem como com o art. 15 da Lei n.º 9.317/96;

Caso prevaleçam os efeitos retroativos da decisão do Fisco, o recorrente sofrerá graves prejuízos para a continuidade de suas atividades empresariais;

Por fim requer a reforma da decisão que excluiu a recorrente do SIMPLES, para que nele seja mantida. Se mantida a decisão, requer sejam atribuídos efeitos ex nunc à exclusão, nos termos do art. 15, inc. II, da Lei n.º 9.317/96, a contar do término do presente processo, ou ainda, "em absurda hipótese", a partir da data de ciência à recorrente do Ato Declaratório n.º 06/2004.



Em seqüência, em 08 de maio de 2006, mesmo ciente da vedação disposta no art. 16, § 4º do Decreto n.º. 70.235/72, apresentou ainda a recorrente documento (fls. 132 a 182), alegando em suma que:

A documentação foi juntada tardiamente aos autos posto que estava sob o poder da Construtora Norberto Odebrecht S/A, à qual pertence;

Esses documentos são de suma importância para a defesa do direito da requerente, já que se trata de guias de recolhimento de contribuições endereçadas à Previdência Social, bem como extratos de movimentação das contas vinculadas ao INSS fornecidas pela Caixa Econômica Federal, que listam os empregados da Construtora Norberto Odebrecht S/A e seus respectivos salários, comprovando que a empresa contratada, qual seja a Construtora Odebrecht S/A, possui empregados para lidar com o maquinário locado - retroescavadeira -, fato que tornava desnecessária qualquer tipo de cessão de mão-de-obra;

Sem prejuízo do afirmado, a recorrente recebeu o prêmio Top pf Mind, do Instituto Brasileiro de Pesquisa de Opinião (fls. 181 a 182) e que no título consta expressamente a categoria da requerente, isto é, alugel de máquinas e equipamentos para construção sem operador, ressaltando, por ora, que a empresa SBC Serviços e Terraplanagens foi sucedida pela Wix Terraplanagem Ltda - ME;

A Divisão de Arrecadação da Previdência Social baseou-se em presunções que não condizem com a realidade, sendo equivocada a afirmação de que a recorrente presta serviços de cessão de mão-de-obra. Ademais, por ter sido demonstrada a impossibilidade da apresentação desses documentos em momento anterior, verifica-se que a situação em apreço enquadra-se naquela descrita no aludido art. 16, § 4º, a, do Decreto n.º. 70.235/72, eis que os documentos se encontravam em poder de terceiros;

Por fim, requer seja deferida a juntada de documentos em anexo, para que corroborando os termos do Recurso Voluntário, seja reformada a r. decisão impugnada.

Em 29.06.06, reconheceu a SECAT a apresentação dos documentos de fls. 132 a 182, propondo o encaminhamento do presente ao Terceiro Conselho de Contribuintes para apreciação e julgamento.

É o Relatório. 

Voto

Conselheiro NANJI GAMA, Relatora

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário por conter matéria de competência deste Egrégio Terceiro Conselho de Contribuintes.

Cuida-se o presente caso de exclusão do contribuinte do regime simplificado de tributação, sob o argumento de que a empresa exerce atividades que impedem a sua manutenção em referida sistemática, conforme disposto no art. 9º, inc. XII, alínea *f*, e inc. XIII da Lei n.º 9.317/96, quais sejam, a de operações relativas à locação de mão-de-obra e de prestação de serviços de engenheiro ou assemelhados.

O artigo 9º, inciso XII, da Lei n.º 9.317/96 dispõe sobre as atividades que impedem a opção pelo SIMPLES, nos seguintes termos:

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

XII - que realize operações relativas a:

f) prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;” (grifei)

Da análise do caso em apreço e de seus documentos, especialmente as notas fiscais, tanto as que instruíram a representação fiscal (fls. 4 a 16), quanto as juntadas à impugnação (fls. 57 a 63), percebe-se referência à locação de mão-de-obra.

Ocorre que, apesar de as atividades previstas no contrato social da empresa e nas suas posteriores alterações não representarem necessariamente locação de mão-de-obra, não se pode negligenciar a existência dos serviços reiteradamente prestados com o emprego de mão-de-obra pela Recorrente à Construtora Norberto Odebrecht S/A, conforme se verifica na Cláusula 3 do Termo Contratual entre as partes acima referidas.

Neste sentido, constatou-se que a atividade de locação de mão-de-obra se dá, não apenas em caráter eventual, mas, ao contrário, em caráter contínuo, pela constância do faturamento dessa modalidade de serviços que foi prestada pela Recorrente.

Vale dizer que, ao contrário do alegado pela requerente, entendo que os elementos constantes dos autos, demonstram, de forma inequívoca, a caracterização da atividade de locação de mão-de-obra, a qual foi lançada mão *frequentemente*, o que é vedado pelo Simples.

Deste modo, fato é que, a despeito do afirmado, as atividades desenvolvidas pelo contribuinte consistiram, sim, em colocar trabalhadores seus à disposição dos contratantes, pelo que se observou quando do exame das notas fiscais e dos termos contratuais, configurando, portanto, locação de mão-de-obra, atividade impeditiva da Sistemática Simplificada.

Por conseguinte, o artigo 9º, inciso XIII, da Lei n.º 9.317/96 dispõe, nos seguintes termos:

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

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”.

No tocante ao exercício de atividades assemelhadas à de engenheiro, a meu ver, suficientemente provada nos autos, a exclusão do SIMPLES não se aplica, uma vez que decorre de equívoco, seja pela forma da enunciação do objeto social da empresa em questão, seja pela classificação procedida pelo INSS.

Deste modo, não procede esta causa de exclusão, relativa ao inc. XIII do citado dispositivo da Lei n.º 9.317/96, uma vez que não condiz com a realidade da Recorrente, devendo, então, a autoridade lançadora excluir o motivo relativo aos serviços profissionais de engenheiro ou assemelhados.

Com relação ao recolhimento dos 11%, reitere-se o entendimento da DRJ/RJ (fls. 108), eis que não socorre a Recorrente a alegação, presente em seu Recurso Voluntário, de que a discriminação da *mão-de-obra* nas notas fiscais limita-se a observar o procedimento determinado pelo INSS.

Por fim, cumpre-me ressaltar que a situação excludente relacionada à locação de mão-de-obra, prevista no Ato Declaratório de Exclusão, amolda-se perfeitamente à realidade, posto que as atividades discriminadas no contrato celebrado entre a empresa recorrente e a Construtora Norberto Odebrecht S/A evidenciam, de forma inequívoca, que o contribuinte executou serviços vedados pelo Sistema Simplificado.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário interposto, pelas razões acima expostas. Sem embargo, cumpre-me destacar que tão-logo seja a empresa interessada regularizada nos moldes da legislação que rege o Sistema do Simples, poderá a mesma futuramente solicitar sua inclusão na referida sistemática.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de julho de 2007


NANCI GAMA - Relatora