



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.002507/2004-02
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-003.848 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2019
Recorrente FEHRMANN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2002

OPÇÃO. ATIVIDADE VEDADA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. NÃO CARACTERIZADA.

Não caracterizado o efetivo serviço de cessão de mão de obra, não há óbice para permanência no SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano – Presidente Substituto

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano (Presidente Substituto), Daniel Ribeiro Silva, Eduardo Morgado Rodrigues, Letícia Domingues Costa Braga, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Carmen Ferreira Saraiva (Suplente Convocada) e Wilson Kazumi Nakayama (Suplente Convocado). Ausente o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 96 a 104) interposto contra o Acórdão nº 07-19.566, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (fls. 80 a 93), que, por unanimidade, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela ora Recorrente, decisão esta consubstanciada na seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO E CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A pessoa jurídica que se dedica à cessão de mão-de-obra ou de locação de mão-de-obra está impedida de exercer a opção pelo Simples Nacional.

SIMPLES NACIONAL. ATIVIDADE DE CONSTRUÇÃO CIVIL. APLICAÇÃO RETROATIVA.

Inexistindo vedação expressa à opção pela sistemática do SIMPLES por empresas que explorem atividades instalação e manutenção elétrica, (abrangidas no conceito de construção civil) na Lei nº 9.317, de 1996, e existindo permissão expressa à opção na Lei Complementar nº 123, de 2006, para as empresas que desenvolvem atividade de construção de imóveis e obras de engenharia em geral, a empresa deve ser mantida no SIMPLES, por força de aplicação da legislação mais benéfica."

Por sua precisão na descrição dos fatos que desembocaram no presente processo, peço licença para adotar e reproduzir os termos do relatório da decisão da DRJ de origem:

" Trata o presente processo de manifestação de inconformidade apresentada pela empresa acima qualificada, contra sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, mediante o Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 027, de 04 de abril de 2009 (fl. 23).

A motivação para a exclusão do Simples foi o exercício de atividade vedada prevista no art. 9º, incisos V e XII, "t", e §4º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

O procedimento se iniciou devido à representação administrativa de fls. 02/03, de 17/12/2004, do Instituto Nacional do Seguro Social/Gerência Executiva em Blumenau/SC, onde o auditor-fiscal informa que a prestadora de serviços optou pelo Simples em 01/01/1997, e tem como objeto social, de acordo com o Contrato Social Consolidado, item 3, a exploração do ramo de comércio atacadista de material elétrico, serviços de instalações e manutenção elétricas, telefônicas, redes, sistemas de emergência eletrônicas e montagens de painéis elétricos, projetos e instalações com demanda até 800 KVA. Discorre que a empresa presta serviços de mão-de-obra elétrica em obras de construção civil, conforme notas fiscais de serviços nºs 0486, 0558, 0581, 0658 e 0701, anexas (fls. 10 a 14), emitidas contra a construtora Speranzini Eg. Construções Ltda. Menciona, ainda, que não foi apresentado o contrato de mão-de-obra entre as empresas.

A Delegacia da Receita Federal em Blumenau, no Despacho Decisório DRF/BLU nº 053/2009, à fl. 22 e em consonância com o relatório de fls. 17/21, analisou as atividades desempenhadas pela contribuinte descritas na representação fiscal e concluiu pela exclusão da empresa do Simples, mediante emissão do referido

ADE, com efeitos retroativos à 01/04/2002. No relatório de fl. 17/21, é esclarecido que a empresa é optante pelo Simples desde 01/01/1997 e que está enquadrada na Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE sob o código “4321.5.00 - instalação e manutenção elétrica”. Anteriormente, seu enquadramento na CNAE correspondia aos códigos 4673700 e 5153505 (comércio atacadista de material elétrico), sendo que, no período compreendido entre sua constituição e 09/12/2000, sua classificação era dada pelo código 4541100 - instalação e manutenção elétrica em edificações, inclusive elevadores, escadas, esteiras rolantes e antenas. Que ao cumprir com seus objetivos sociais, prestou serviços de construção civil, mediante a empreitada de mão-de-obra para a realização de serviços elétricos, atividades estas que são vedadas à opção pelo Simples.

Inconformado, o contribuinte interpôs manifestação de inconformidade às fls. 36/46, acompanhada de procuração e contrato social (fis. 47 a 58), onde impugna o ato de exclusão, alegando, em síntese, o que se passa a expor.

Em nota introdutória, resume os fatos que ensejaram a exclusão do Simples Nacional. No mérito, alega que o ato declaratório não poderia ter se embasado na Lei nº 9.317, de 1996, e Instruções Normativas que a regulamentavam, em face da superveniente Lei Complementar nº 123/2006, que a revogou.

Diz que há falta de motivação do ato administrativo, uma vez que passados quase três anos de vigência do novo estatuto, sequer há menção à modificação das leis.

Cita precedente jurisprudencial que aplicou a nova legislação aos casos de exclusão com base na Lei nº 9.317/1996, quando esta for mais benéfica ao contribuinte.

Que a Lei Complementar nº 123/1006 veda tão-somente a atividade de loteamento o a incorporação de imóveis. Quanto ao inciso XII, “I”, do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, manteve-se a vedação, porém este não é o caso da impugnante.

Diz que a caracterização da atividade exercida pela empresa é incorreta, pois o seu objeto social é, em síntese, instalação e manutenção elétrica, que em nada se relaciona com a locação de mão-de-obra, citando precedentes da jurisprudenciais. Diz que o ato declaratório busca uma interpretação ampla na hipótese impeditiva e que tal leitura viola garantias do contribuintes, introduzindo instabilidade e insegurança nas relações jurídicas.

Reforça que não se dedica à construção de imóveis e suas atividades não estão abrangidas pela vedação do art. 9º parágrafo 4º, da Lei “ 9.317, de 1996 e que os serviços prestados pela requerente na obra do Edifício Tamisa, realizados pela construtora Speranzini Egn. e Construções Ltda., foram de empreitada.

Cita que o princípio da legalidade obriga a Administração Pública e que portanto o art. 9º da Lei nº 9.317/1996 não prevê expressamente as atividades de instalação e manutenção elétrica como vedação para ingresso no Simples, o qual não admite o emprego de analogia ou interpretação extensiva.

Apresenta distinção entre a cessão de mão-de-obra e a empreitada e reafirma que a empresa prestou serviços de empreitada conforme contrato que anexa, pois tem como objeto um resultado pretendido. Além disso, não existe qualquer vínculo de subordinação do empreiteiro em relação ao dono da obra. Conceitua, ainda, a locação de mão-de-obra.

Menciona que o Código Civil de 2002 permaneceu omissivo quanto a conceituação de empreitada, encarregando-se a doutrina de sua definição.

Ao final, requer seja acolhida a manifestação de inconformidade, determinando-se a reforma do ato executivo nº 27/2009, que a excluiu do Simples e, por conseguinte, seja efetuado o restabelecimento da sua opção.

Anexou o contrato particular de empreitada de fl. 54/58."

Inconformada com a decisão de primeiro grau que indeferiu a sua Manifestação de Inconformidade, a ora Recorrente apresentou o recurso sob análise defendendo que realizou serviço de empreitada, atividade não vedada no SIMPLES, estando, portanto, equivocado o ato de exclusão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues, Relator.

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Conforme narrado a Recorrente foi excluída de ofício do regime do SIMPLES sob alegação de exercício de atividade vedada, nos termos do então vigente art. 9º, XII, alínea "f", da Lei 9.317/96. Transcrevo:

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

(...)

XII - que realize operações relativas a:

(...)

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

Mais precisamente, a Fiscalização entendeu que a Recorrente prestou serviços de cessão de mão de obra para a empresa Speranzini Eg. Construções Ltda. durante as obras do Edifícios Tâmba, em que esta era incorporadora.

A decisão de piso que indeferiu a Manifestação da ora Recorrente baseou-se em dois pilares principais: (i) o Contrato de prestação de serviço firmado entre a Interessada e a Speranzini Eg. Construções Ltda (fls. 69 a 77) que, segundo sua interpretação, denotaria cessão

de mão de obra; e (ii) os destaques de 11% a título de contribuição previdenciária nas notas fiscais (fls 11 a 15) carreadas aos autos pela fiscalização, que igualmente demonstrariam hipótese de cessão de mão de obra.

Primeiramente, analisando o contrato de prestação de serviços não compactuo com a interpretação dada pelo julgador *a quo*.

Explico.

Conforme bem trouxe a Recorrente, a melhor doutrina conceitua contratos de empreitadas da seguinte forma:

“através do contrato de empreitada uma das partes - o empreiteiro - se compromete a executar determinada obra pessoalmente ou por meio de terceiros, em troca de certa remuneração fixa a ser paga pelo outro contratante - o dono da obra - de acordo com instruções deste e sem relação de subordinação. (RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.)”

Nestes trilhos, o serviço de empreitada é aquele em que o empreiteiro realiza a obra encomendada pelo contratante sob sua própria conta e risco, mediante remuneração fixa.

Pois bem, passo a analisar o contrato.

Logo em sua Cláusula Segunda tem-se:

CLÁUSULA SEGUNDA:

Por este instrumento e na melhor forma de direito, a CONTRATANTE contrata a CONTRATADA acima qualificada, para executar no Edifício Tâmba os serviços abaixo discriminados, pelos preços a seguir avençados:

- Todos os serviços de instalação elétrica, preventivo e fone abaixo discriminados:
 - Tubulação Laje - R\$ 6.000,00 (seis mil reais)
 - Fiação e Interruptores Apartamentos; - R\$ 19.500,00 (dezenove mil, quinhentos reais)
 - Fiação Condomínio; - R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)
 - Tubulação e Cortes Parede – R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais)
 - Entrada de Energia, Montagem QM, Alimentação dos Q.D. Apartamentos - R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais)
 - Proteção Descargas Atmosféricas; - R\$ 2.000,00 (Dois mil reais)
 - Fiação Iluminação Emergência / Alarme contra Incêndio. – R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais)

Preço Total: R\$ 66.500,00 (sessenta e seis mil e quinhentos reais)

Desconto: R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais)

Total à pagar: R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) pagos da seguinte forma:

- a) 12 (Doze) parcelas fixas de R\$ 2.208,33 (Dois mil duzentos e oito reais e trinta e três centavos) cada uma, com vencimento da primeira em 20/03/2002, e as demais subsequentes.
- b) 12 (Doze) parcelas fixas de R\$ 3.208,33 (Três mil duzentos e oito reais e trinta e três centavos) cada uma, com vencimento da primeira em 20/03/2003, e as demais subsequentes.

OBS: Reajustes de acordo com o Sindicato da categoria. Alínea “A” s/ R\$ 500,00 e alínea “B” s/ R\$ 1.500,00.

Resta claro pela leitura do disposto acima que o escopo do projeto são pequenas obras bem definidas e com remuneração fixa e previamente determinada para cada uma.

Outrossim, tem-se a Cláusula Terceira que estabelece as responsabilidades da Contratada, o qual se extrai os seguintes excertos:

CLÁUSULA TERCEIRA:

A Contratada terá as seguintes obrigações:

- a) Colocação na obra de todo equipamento, ferramentas de uso individual equipamentos de segurança de uso individual dos trabalhadores e mão de obra necessária para a execução dos serviços no prazo determinado pelo Contratante, mediante cronograma de execução pré-estabelecido de conhecimento da Empreiteira.

(...)

- g) Pela garantia, qualidade e perfeição dos serviços por ela executados, objeto desta empreitada.

(...)

- l) A alimentação dos funcionários é de inteira responsabilidade da Empreiteira.
- m) A Empreiteira deverá supervisionar pessoalmente os serviços contratados. Deverá manter um encarregado dos trabalhos que mereça confiança da Contratante em tempo integral, enquanto durar a empreitada.
- n) Nenhum serviço objeto do presente contrato, devido à natureza dos mesmos, poderá ser subempreitado pela Empreiteira, que deverá executar ele mesmo os serviços com pessoal e maquinários próprios e ferramentas individuais e acessórios para execução dos serviços.

(...)

- r) Todo serviço deverá ser executado de acordo com as plantas especificadas fornecidas pelo Engenheiro da obra. Omissão dos serviços sob sua inteira responsabilidade se for executado contrário às especificações sendo que deverá ser refeito.
- s) Pela garantia, qualidade e perfeição dos serviços por ela executados, objeto desta empreitada.
- t) Emissão de A.R.T. (Anotação de Responsabilidade Técnica) assinada por profissional legalmente habilitado junto ao CREA/SC.

Dos excertos acima nota-se que a responsabilidade da Recorrente neste serviço prestado vai além da mera cessão de funcionários para realizar as obras de interesse da sua contratante, verdadeiramente sua responsabilidade alcança o próprio resultado final, correndo por sua inteira conta e risco o desenvolvimento da obra e a garantia do resultado acordado no escopo do contrato, fornecendo, inclusive, os equipamentos necessários para o desenvolvimento dos trabalhos.

Outrossim, é de se salientar que em momento algum no Contrato há o estabelecimento de qualquer forma de controle ou subordinação direta dos funcionários da Recorrente pela Contratante, como é típico de contratos de cessão de mão de obra. Nem sequer número de funcionários empregados no serviço é estabelecido pelo contrato.

Todas as cláusulas que tratam da fiscalização se reportam diretamente à qualidade do resultado final, estabelecendo o direito de recusar e/ou reter o pagamento dos serviços cujo resultado que não correspondam aos projetos contratados.

Desta forma, resta evidente que tal contrato se trata efetivamente de uma empreitada e não uma cessão de mão de obra.

Outrossim, o argumento utilizado pela fiscalização de que os destaques de contribuição previdenciária nas notas fiscais denotariam cessão de mão de obra não podem prosperar.

Conforme §4º do art. 31 da Lei 8.212/91, também deve realizar o destaque de 11% na nota fiscal os serviços de Empreitada de Mão de Obra, como é o caso em tela. *In Verbis*:

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.

(...)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

(...)

III - empreitada de mão-de-obra;

Destarte, o recolhimento previdenciário realizado nas notas fiscais citadas não tem o condão de sustentar a tese da fiscalização.

Finalmente, uma vez que não se percebe a realização da atividade vedada de cessão de mão de obra, não pode prosperar a exclusão do SIMPLES realizada.

Desta forma, VOTO por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e reconhecer o direito da Recorrente em manter-se no regime do SIMPLES.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues