



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13975.000343/2007-83
Recurso Voluntário
Resolução nº 1003-000.193 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 05 de agosto de 2020
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente EMPREITEIRA DE MAO DE OBRA RIO VALE LTDA. (RIO VALE CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.)
Interessado (FAZENDA NACIONAL)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento do recurso voluntário em diligência a DRF de origem para que a autoridade preparadora intime a Recorrente a apresentar os documentos comprobatórios de qual a atividade econômica que efetivamente obtém receita bruta, bem como faça o confronto com as condições legais e com os dados contidos nos registros internos da RFB para aferir a verossimilhança, a clareza, a precisão e a congruência das alegações constantes na peça recursal de que exerce atividade econômica permitida como situação jurídica preexistente a 01.07.2007, qual seja, aquela descrita no CNAE 4120-4/00, em face de que houve erro de fato nos dados cadastrais originalmente informados.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Wilson Kazumi Nakayama.

Relatório

Termo de Indeferimento de Opção

A Recorrente foi notificada do Termo de Indeferimento da Opção ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados que justificaram o desatendimento registrado em 30.07.2007, e-fl. 04:

Com fundamento no parágrafo 6º do artigo 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no artigo 8º da Resolução CGSN nº4, de 30 de maio de 2007, fica a pessoa jurídica acima identificada impedida de optar pelo Simples Nacional por incorrer na(s) seguinte(s) situação(ões): [...]

- Atividade econômica vedada: 7820-5/00

Locação de mão-de-obra temporária

Fl. 2 da Resolução n.º 1003-000.193 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13975.000343/2007-83

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 17, inciso XII.

A pessoa jurídica poderá impugnar o indeferimento da opção pelo Simples Nacional no prazo de trinta dias contados da data em que for feita a intimação deste Termo. A impugnação deverá ser dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento com jurisdição sobre o domicílio tributário do contribuinte e protocolada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme disposto nos arts. 5º, 15, 17 e 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado na ementa do Acórdão da 4ª Turma DRJ/FNS/SC nº 07-22.386, de 26.11.2010, e-fls. 17-22:

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 22.12.2010, e-fl. 24, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 05.01.2011, e-fl. 25, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

I — Os Fatos

Empresa não presta serviços de locação de mão de obra nem a cessão de mão de obra II — O Direito

II.1 — PRELIMINAR

A empresa supra citada, poderá enquadrar-se no SIMPLES NACIONAL, com base no Parágrafo Primeiro do Artigo 17 da Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006, pois presta serviços de construção de Imóveis e obras em geral, inclusive sob a forma de subempreitada.

O Inciso XIII do Artigo 17º da referida Lei complementar assim define:

XIII - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;

II.2 - MÉRITO

Antes de fazer opção pelo simples nacional, o contribuinte dirigiu-se à Delegacia da Receita Federal de ;Rio do Sul-SC, para certificar-se do benefício e obteve a informação que está correto o seu enquadramento.

No que concerne ao pedido conclui que:

III - A CONCLUSÃO À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Fl. 3 da Resolução n.º 1003-000.193 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13975.000343/2007-83

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Atividade Econômica de Cessão ou Locação de Mão de Obra

A Recorrente discorda do procedimento fiscal ao argumento de que por erro de fato da atividade econômica originalmente registrada no cadastro da RFB teve seu pedido indeferido e defende que como exerce a atividade de construção de edifícios tem direito de optar pelo Simples Nacional.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal) ¹.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 15 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 07 de fevereiro de 2011. "3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4033%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4e6u8d>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

Fl. 4 da Resolução n.º 1003-000.193 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13975.000343/2007-83

A Recorrente foi notificada do Termo de Indeferimento da Opção ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional motivado nos fundamentos de fato e de direito que justificaram o desatendimento, e-fl. 04.

Verificada a ocorrência em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o indeferimento da opção é formalizado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente (art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A pessoa jurídica que realize cessão ou locação de mão-de-obra não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (art. 17 e art. 31 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Para configuração da operação de cessão de mão de obra devem estar reunidas concomitantemente as seguintes condições: (a) o trabalho seja executado nas dependências da tomadora/contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados, (b) o trabalhador seja cedido pela prestadora/contratada para ficar à disposição da tomadora/contratante, em caráter não eventual e (c) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da tomadora/contratante relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário.

Consideram-se (a) dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços, (b) serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da tomadora/contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores e (c) por colocação à disposição tomadora/contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Na cessão a mão de obra o objeto é que os trabalhadores da prestadora/contratada estão à disposição da tomadora/contratante de serviços, o que significa dizer que pode deles dispor, pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à prestadora/contratada. A mão de obra é originada do chamado "locatio operarum", com característica marcante centrada na própria mão de obra, sendo esta a essência desse tipo de contrato.

Na prestação de serviços os trabalhadores simplesmente fazem o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da prestadora/contratada, que está à disposição da tomadora/contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados prestadora/contratada. Em caso de necessidade, é a prestadora/contratada que recebe orientações da tomadora/contratante e as repassa aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo. A tomadora/contratante está interessada no o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da prestadora/contratada.

Na empreitada a característica principal é a predeterminação clara da necessidade a ser atendida e, por consequência, sua finitude. O serviço necessário para produzir o resultado apto a atender a necessidade pode ser antecipadamente dimensionado e especificado. Acrescenta-se, ainda, que a relação de negócio é estabelecida entre tomador/contratante e prestador/contratada e este mantém intacto seu poder de direção, supervisão e gerenciamento da execução dos serviços, direitos estes que não são transferidos nem compartilhados com o

Fl. 5 da Resolução n.º 1003-000.193 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13975.000343/2007-83

tomador, porquanto os trabalhadores não foram colocados à disposição daquele. A de mão de obra tem sua origem no "locatio operis", contrato caracterizado quando as partes objetivam a realização de uma tarefa ou de uma obra, sendo a mão de obra apenas um meio de se alcançar o objeto almejado pelas partes (Solução de Consulta Cosit nº 312, de 06 de novembro de 2014 e Solução de Consulta Cosit nº 19, de 25 de janeiro de 2019).

No Contrato Social da Recorrente consta como objeto, e-fls. 06-14:

A Sociedade tem como objetivo a exploração do ramo de "EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA NA CONSTRUÇÃO CIVIL".

Houve a alteração da natureza jurídica que a Recorrente diz ser a correta para o CNAE “4120-4/00 Construção de edifícios”, indicado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, e-fls. 28-29.

Conforme Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE² tem-se que

4120-4/00 Construção de edifícios [...]

Esta subclasse compreende:

- a construção de edifícios residenciais de qualquer tipo:
- casas e residências unifamiliares
- edifícios residenciais multifamiliares, incluindo edifícios de grande altura (arranha-céus)
- a construção de edifícios comerciais de qualquer tipo:
- consultórios e clínicas médicas
- escolas
- escritórios comerciais
- hospitais
- hotéis, motéis e outros tipos de alojamento
- lojas, galerias e centros comerciais
- restaurantes e outros estabelecimentos similares
- shopping centers
- a construção de edifícios destinados a outros usos específicos:
- armazéns e depósitos
- edifícios garagem, inclusive garagens subterrâneas
- edifícios para uso agropecuário
- estações para trens e metropolitanos - estádios esportivos e quadras cobertas
- igrejas e outras construções para fins religiosos (templos)
- instalações para embarque e desembarque de passageiros (em aeroportos, rodoviárias, portos, etc.)
- penitenciárias e presídios
- postos de combustível
- a construção de edifícios industriais (fábricas, oficinas, galpões industriais, etc.)

² BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. CONCLA. Disponível em :<<https://concla.ibge.gov.br/concla.html>> . Acesso em 02 jul. 2020.

Fl. 6 da Resolução n.º 1003-000.193 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13975.000343/2007-83

Observe-se que vigorava à época a Resolução CGSN n.º 06, de 18 de junho de 2007, que dispunha sobre os códigos de atividades econômicas a serem utilizados para fins da opção pelo Simples Nacional, em cujos Anexos I e II, que tratam, respectivamente, dos códigos expressamente impeditivos e ambíguos não se encontra o CNAE 4120-4/00 Construção de edifícios. No presente caso, o deferimento da opção se trata de declaração de uma situação jurídica preexistente em face da alegação da Recorrente de que incorreu em erro de fato nos dados cadastrais originalmente informados (art. 149 do Código Tributário Nacional).

Consta no manual Perguntas e Respostas Simples Nacional ³:

2.20. Pode optar pelo Simples Nacional a empresa que presta serviços de vigilância, limpeza ou conservação mediante cessão ou locação de mão-de-obra?

Sim. De acordo com o art. 18, § 5º-H, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, apenas os serviços tributados pelo Anexo IV (construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, decoração de interiores, vigilância, limpeza, conservação e serviços advocatícios) podem ser prestados por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, sem prejuízo para a opção pelo Simples Nacional.

Sendo assim, a prestação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação, ainda que por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, não impede a opção pelo Simples Nacional, desde que não seja exercida em conjunto com outra atividade vedada – conforme Solução de Consulta Cosit n.º 7, de 15 de outubro de 2007.

Em razão dos elementos de defesa trazidos pela Recorrente em face da alegação de erro de fato nos dados cadastrais faz-se necessário o exame das razões recursais para que se possa aprofundar na averiguação do pleito (art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972). A Recorrente deve colocar os documentos comprobatórios à disposição da RFB e os autos instruídos com os assentos contábeis obrigatórios acompanhados dos documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal além daqueles já constantes nos autos e minuciosamente analisados. A possibilidade de verificação de ocorrência de erro de fato nos dados cadastrais, impõe o retorno dos autos a DRF de origem, uma vez que se destina a contrapor fatos ou razões trazidas aos autos. Por conseguinte a autoridade preparadora deve analisar o início de prova relativo ao conjunto probatório produzido nos autos referente ao mérito do pedido, em cotejo com os dados constantes nos registros internos da RFB.

Dispositivo

Tendo em vista o início de prova produzido pela Recorrente e com observância do disposto no art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 1972, voto em converter o julgamento do recurso voluntário em diligência a DRF de origem para que a autoridade preparadora intime a Recorrente a apresentar os documentos comprobatórios de qual a atividade econômica que efetivamente obtém receita bruta, bem como faça o confronto com as condições legais e com os dados contidos nos registros internos da RFB para aferir a verossimilhança, a clareza, a precisão e a congruência das alegações constantes na peça recursal de que exerce atividade econômica permitida como situação jurídica preexistente a 01.07.2007, qual seja, aquela descrita no CNAE 4120-4/00, em face de que houve erro de fato nos dados cadastrais originalmente informados.

A autoridade designada para cumprir a diligência solicitada deverá elaborar o Relatório Fiscal circunstanciado e conclusivo sobre os fatos averiguados, em especial, qual a atividade econômica que efetivamente a Recorrente obtém receita bruta desde 01.07.2007, se o

³ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Nacional. Simples Nacional. Manuais. Perguntas e Respostas Simples Nacional. Disponível : <<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Fl. 7 da Resolução n.º 1003-000.193 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 13975.000343/2007-83

CNAE 4120-4/00 Construção de edifícios que não é vedada para opção do Simples Nacional para fins de análise do Termo de Indeferimento de Opção.

A Recorrente deve ser cientificada dos procedimentos referentes às diligências efetuadas e do Relatório Fiscal para que, desejando, se manifeste a respeito dessas questões com o objetivo de lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e art. 35 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011).

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva