



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13975.000343/2007-83
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.487 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 13 de julho de 2021
Recorrente RIO VALE CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

ATIVIDADE ECONÔMICA.

A pessoa jurídica que exerce a atividade de construção de edifícios pode recolher tributos na forma do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos Alberto Benatti Marcon, Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

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

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 n.º 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 n.º 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.

Diligência

Tendo em vista as alegações constantes na peça de defesa da Recorrente, que está instruída com os motivos de fato e de direito que a fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui, o julgamento foi convertido na realização de diligência

consubstanciada na Resolução da 3ª TE/1ª Seção n.º 1003-000.193, de 05.08.2020, e-fls. 30-36 (art. 15, art. 18 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972). Em atendimento à diligência foi elaborada a “INFORMAÇÃO FISCAL N.º 279/2020/EBEN1/DEVAT/SRRF09/RFB – SIMPLES, de 22.09.2020, e-fls. 77-79, da qual a Recorrente foi notificada, e-fl. 288, e “manifestou-se em 19/05/2021” e assim “foram finalizados os procedimentos”.

Na “RESPOSTA A INTIMAÇÃO SIMPLES/EBEN1/DEVAT/SRRF09/RFB n.º 2669/2020”, de 10.05.2021, e-fls. 286-287, acompanhada dos documentos de e-fls. 85-285, a Recorrente expõe:

Primeiramente, entende-se que com base no artigo 17, XII da lei do simples nacional, fica proibido as empresas que realizem cessão ou locação de mão de obra de aderirem ao regime simplificado de tributação.

Porém, Citamos a SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF09 N.º 9031, DE 20 DE JUNHO DE 2016, que indica esclarecimentos importantes acerca do conceito de cessão de mão de obra. [...]

Mediante o disposto na solução de consulta, fica comprovado que a empresa não poderia ser excluída do simples nacional, visto que, em momento algum havia subordinação dos empregados da empresa com a contratante dos serviços, todos os empregados respondiam a Rio Vale Construtora e Incorporadora Ltda.

Com base nessas informações, apresentamos os documentos anexos, comprovando que a Rio Vale Construtora e Incorporadora Ltda. era quem coordenava e controlava seu grupo de empregados dentro das obras e não era subordinada a nenhuma empresa.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 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.

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).

A Lei Complementar n.º 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 irrevogável 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 que 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).

O indeferimento de opção pelo Simples Nacional sucede no caso em que se verifica de plano que a pessoa jurídica incorre em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prescreve:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte: [...]

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra; [...]

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 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 n.º 312, de 06 de novembro de 2014 e Solução de Consulta Cosit n.º 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".

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).

Tendo em vista as alegações constantes na peça de defesa da Recorrente que está instruída com os motivos de fato e de direito em que se fundamentava e, em última análise, com fundamento de validade no art. 145 e art. 149 do Código Tributário Nacional, foi proferida a Resolução da 3ª TE/1ª Seção n.º 1003-000.193, de 05.08.2020, e-fls. 30-36 (art. 15, art. 18 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

Em atendimento à diligência, foi elaborada a "INFORMAÇÃO FISCAL N.º 279/202 0/EBEN1/DEVAT/SRRF09/RFB – SIMPLES, de 22.09.2020, e-fls. 77-79:

1. O contribuinte acima identificado teve a opção pelo Simples Nacional efetuada em 30/07/2007 indeferida conforme Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional por exercer atividade econômica vedada: 7820-5/00 – locação de mão-de-obra temporária, nos termos do art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006.
2. Cientificada do Termo de Indeferimento, a empresa apresentou manifestação de inconformidade, a qual indeferida, por meio do acórdão n.º 07-22.386.- 4ª Turma DRJ/FNS, de 26 de novembro de 2010.
3. Inconformado com a decisão, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 05/01/2011. A Resolução do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) n.º 1003- 000.193 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária, de 05 de agosto de 2020, converteu o feito em diligência, [...].
4. A empresa foi intimada a apresentar os documentos comprobatórios de qual a atividade econômica que efetivamente obtém receita bruta. Em resposta, informa que

presta serviços de construção de imóveis e obras em geral, inclusive sobre a forma de subempreitada. Apresenta cópia do CNPJ, contrato social e alterações.

5. De acordo com os documentos apresentados, a sociedade tinha como objeto a exploração no ramo de “empreiteira de mão de obra na construção civil”, conforme consta na 1ª alteração contratual, registrada na junta comercial em 09/03/2004. Em 09/11/2010, foi registrada a 2º alteração contratual e o objeto social foi modificado para “exploração do ramo de empreiteira de mão de obra na construção civil, construtora e incorporadora”.

6. Em consulta ao histórico de dados do CNPJ, verificou-se que a atividade econômica principal da empresa informada no cadastro era a de CNAE código 7450-0/02 – locação de mão de obra, desde 27/10/1999. Houve alteração da atividade principal para a CNAE código 7820-5/00 – locação de mão de obra temporária (data do evento 01/01/2007, processada em 29/12/2006). Posteriormente, houve nova alteração para a CNAE código 4120-4/00 – construção de edifícios (data do evento 01/01/2007, processada em 06/08/2007).

7. Não foram apresentados outros documentos que comprovam se exercia a atividade de locação de mão de obra temporária ou de construção de edifícios. Assim, com base nas informações disponíveis, conclui-se que, durante a vigência da 1ª alteração contratual da empresa (09/03/2004 a 08/11/2010), a atividade econômica exercida era de empreiteira de mão de obra na construção civil, sendo informadas, nos dados do CNPJ, a partir de 01/01/2007, as CNAEs códigos 7820-5/00 – locação de mão de obra temporária e 4120-4/00 – construção de edifícios, conforme eventos já descritos.

8. A Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 17, inciso XII, prevê que as empresas que realizem cessão ou locação de mão de obra não poderão recolher os tributos na forma do Simples Nacional. A atividade de construção de edifícios é permitida às empresas optantes pelo regime.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria sendo comprovado que, “durante a vigência da 1ª alteração contratual da empresa (09/03/2004 a 08/11/2010), a atividade econômica exercida era de empreiteira de mão de obra na construção civil”.

Esta informação é corroborada pelo Contrato de Prestação de Serviços de 01.08.2006, em que a Recorrente figura como Contratada, restou avençado, e-fls. 85-88:

1.1 O objeto do presente contrato é a prestação de serviços de mão obra do Condomínio Residencial [...] Rio do Sul-SC. [...]

2.1 A CONTRATANTE pagará à CONTRATADA, pela prestação dos serviços ora contratados, o valor conforme relatório de horas prestadas apresentado pela contratada, sendo estipulado pela contratada o valor da hora do serviço. O pagamento será efetuado sempre no último dia do mês até a conclusão do serviço executado, sempre condicionado à apresentação de nota fiscal idônea da CONTRATADA. [...]

O prazo de vigência do presente contrato será até a finalização da obra e conclusão dos serviços prestados pela contratada, iniciando-se na data de sua assinatura, desde que não haja manifestação em contrário, por qualquer das partes. [...]

5.1 Os serviços objeto do presente contrato serão realizados pela CONTRATADA, sob sua exclusiva responsabilidade, de forma a atender as necessidades da CONTRATANTE, em conformidade com o presente contrato.

5.2 Os serviços serão prestados pela CONTRATADA no horário que lhe for conveniente, no local da obra da CONTRATANTE, seguindo seus próprios critérios, desde que em dias úteis, em horário comercial, das 09:00 às 18:00. Em caso de

trabalho do sócio ou empregados da CONTRATADA nas dependências da CONTRATANTE, esta se compromete a fornecer condições de segurança, higiene e salubridade para a fiel execução dos serviços contratados.

Por conseguinte, não resta dúvida de que a atividade econômica exercida pela Recorrente é de construção de edifícios, cujo exercício é permitido a opção pelo Simples Nacional.

Verifica-se o litígio tratado nos presentes autos circunscreve-se ao erro de fato da Recorrente ao dar causa a alteração no “Histórico das Alterações Cadastrais” do sistema “CNPJ Consulta” da RFB, e-fl. 76:

- data do evento em 01.01.2007, data da digitação em 29.12.2006 e data do processamento em 29.12.2006: “7820500 CNAE 2.0 Locação de mão-de-obra temporária”; e

- data do evento em 01.01.2007, data da digitação em 01.08.2007 e data do processamento em 06.08.2007: “4120400 CNAE 2.0 Construção de edifícios”.

Tem-se na situação presente que há comprovação do erro de fato por parte da Recorrente ao consignar junto a RFB como atividade econômica a “locação de mão-de-obra temporária”, evento processado na data de 29.12.2006 e após alterá-la para “construção de edifícios”, evento processado na data de 06.08.2006. No caso em exame a exclusão do Simples Nacional não deve prosperar, uma vez que as evidências revelam que a Recorrente incorreu em erro absolutamente escusável na alteração contratual que inseriu atividade impeditiva e que há provas nos autos do seu efetivo exercício. A pessoa jurídica que exerce a atividade de construção de edifícios pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. Logo, cabe razão a Recorrente.

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo voto em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva