



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 35366.001570/2007-37
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.443 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente POLICOLOR - PINTURA EM EDIFICAÇÕES LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Exercício: 2006

SIMPLES FEDERAL. INGRESSO OU PERMANÊNCIA. SERVIÇO DE PINTURA. ATIVIDADE NÃO VEDADA.

Não restando comprovado a prática de atividades vedadas ao regime simplificado de tributação, a manutenção da Pessoa Jurídica contribuinte no Regime Tributário do Simples Federal é medida que se impõe.

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)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 16-29.180 da 1ª Turma da DRJ/SP1, de 28 de julho de 2011 (fls. 80 a 87):

Trata o presente processo, formalizado em 18/09/2007, de Representação Administrativa para exclusão do Simples, elaborada pela Secretaria da Receita Previdenciária/Delegacia da Receita Previdenciária de São Paulo/Centro e datada de 24/04/2007 (fls. 1 e 2, acompanhada de documentos anexados às fls. 2 a 41 - a empresa optou pelo regime em 01/01/2006 - fl. 69).

2. Relata a Auditora Fiscal da Previdência Social autora do procedimento que em ação fiscal junto ao contribuinte constatou-se, em tese, hipótese de vedação ao Simples, sendo cabível a presente representação em razão do disposto no art. 268, inciso I, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 11, de 12/08/2005.

3. Acrescenta que a empresa, optante da sistemática simplificada desde 01/01/2006, tem por objetivo social, conforme Alteração Contratual de 2004 (cópia autenticada às fls. 21 a 24), execução de serviços de pinturas de prédios com fornecimento de materiais, construção civil em geral, por conta própria ou de terceiros, atividades cujo exercício se confirma conforme Notas Fiscais juntadas aos autos (cópias autenticadas às fls. 25 a 41), sendo que tais atividades encontram óbice ao regime simplificado com fulcro no art. 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei nº 9.317, de 05/12/1996.

4. A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo emitiu o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 322 em 07/04/2008, para excluir a empresa da sistemática simplificada com efeitos retroativos a partir de 01/01/2006, por atividade econômica vedada ao Simples de prestação de serviços auxiliares e complementares da construção civil e de locação de mão-de-obra (fl. 51).

5. A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, incisos V e XII, 13, inciso II, alínea "a", e 14, inciso I, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; artigo 20, incisos V e XI, e 23, inciso I, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006, e Ato Declaratório Normativo Cosit nº 30, de 14/10/1999.

6. Consignou-se, ainda, no art. 2º do ADE em comento, que a exclusão surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317/1996, e suas alterações posteriores.

7. Cientificada do ato de exclusão em 17/04/2008 (fl. 51 - verso), a requerente, representada por procurador (fls. 59, 60, e 70), apresentou manifestação de inconformidade ao ato de exclusão em 15/05/2008 (razões às fls. 52 a 59 e anexos às fls. 60 a 65). Alega, em síntese, que:

7.1. De partida, cumpre ressaltar que na Alteração Contratual datada de 22/08/2007 verifica-se que a mesma passou a exercer a atividade de comercialização de materiais para construção e serviços e manutenção e conservação de edifícios em geral (acostou documento às fls. 61 a 64).

7.2. Por enquadrar-se a contribuinte em todos os requisitos exigidos pela legislação vigente para a sua opção pelo regime simplificado, a empresa efetuou o seu pedido de inclusão no mencionado regime por intermédio do programa disponibilizado pela RFB.

7.3. Importante lembrar que na oportunidade em que o pedido de inclusão foi encaminhado à RFB, juntamente com o Documento Básico de Entrada e documentos pertinentes, a RFB não apontou qualquer irregularidade.

7.4. Depreende-se pelo ato de exclusão que a recorrente foi excluída da sistemática simplificada por supostamente exercer a atividade de prestação de serviços auxiliares e complementares da construção civil e de locação de mão-de-obra.

7.5. Porém, diferentemente do que afirma a RFB, a defendente jamais exerceu qualquer das atividades citadas.

7.6. Compulsando-se os autos constata-se facilmente o erro cometido, na medida em que a Alteração Contratual datada de 22/08/2007, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) sob nº 312.279/07-3, não deixa dúvidas acerca das atividades da requerente (acostou documento às fls. 61 a 64).

7.7. Frise-se, ainda, que não foi apontada qualquer irregularidade pela RFB quando da opção da contribuinte pelo regime simplificado.

7.8. Desta forma, não é razoável que agora, passados mais de dois anos do ato de opção - homologado e autorizado pela RFB - seja a empresa penalizada com a exclusão do mencionado regime.

7.9. Assim, diferentemente do que afirma a RFB, a interessada não desempenha qualquer atividade expressamente vedada pela Lei nº 9.317/1996 e suas Alterações, tampouco aquelas descritas no Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 322/2008.

7.10. Como se não bastasse tamanha ilegalidade, que por si só justificaria a anulação do ato de exclusão, cumpre esclarecer que a referida exclusão tem como premissa a interpretação da RFB acerca das vedações dispostas na legislação do Simples, fato este que "fere de morte" o Princípio da Vinculação dos atos administrativos.

7.11. Referido ADE fere, também, os preceitos do art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN), que prevê, expressamente, a interpretação mais benéfica em favor do contribuinte.

7.12. Logo, não cabe à RFB "interpretar as vedações" dispostas na legislação, sendo cabível apenas aplicar a lei, nos exatos termos e limites previstos pelo legislador.

7.13. Tendo em vista que a empresa jamais executou as atividades descritas pela RFB, bem como ter a RFB interpretado extensivamente a legislação em vigor, deve o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 322/2008 ser integralmente anulado, mantendo-se, desta forma, a opção da contribuinte pelo Simples.

7.14. Na remota hipótese da manutenção da exclusão, a mesma não poderá surtir efeitos quanto à opção da recorrente pelo regime do Simples Nacional previsto na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

7.15. "Isto porque o regime diferenciado, em nada se mistura com aquele previsto na Lei nº 9.317/1996, que fundamenta, infelizmente, os termos do Ato Declaratório atacado."

A DRJ/SP1 julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade. O contribuinte acima identificado foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, por supostamente exercer atividades vedadas, prestação de serviços auxiliares e complementares da construção civil e de locação de mão-de-obra (fls. 64 a 67):

[...] 19. Do confronto entre o consignado no objeto social da defendente, bem como com o que registram seus documentos fiscais, e o fundamento legal asseverado no art. 9º, incisos V e XII, alínea "f", da Lei nº 9.317/1996 (arcabouço legal que ampara o ADE em comento), constata-se o exercício de atividade impeditiva ao Simples.

[...] 20. Assim, plenamente cabível a emissão do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 322/2008, para excluir a empresa da sistemática simplificada com efeitos retroativos a partir de 01/01/2006, por atividade econômica vedada ao regime.

[...] 21. Em razão do exposto, rejeita-se a alegação da recorrente de que não desempenha qualquer atividade expressamente vedada pela Lei nº 9.317/1996 e suas Alterações, tampouco aquelas descritas no Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 322/2008.

[...] 35. Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

Dessa forma, a 1ª Turma da DRJ/SP1 decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo a decisão de Unidade de Origem.

Face ao referido Acórdão da DRJ/SP1, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 91 a 97), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do Simples Federal levada a efeito pela autoridade fiscal.

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 1ª Turma da DRJ/SP1, requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES, desvinculados de exigência de crédito tributário, ano-calendário 2006.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (protocolado em 29 de maio de 2012, fl. 91, face ao recebimento da intimação datada de 02 de maio de 2012, fl. 90), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples Ato Declaratório Executivo EQCOB/DICAT/DERAT/SPO nº 322 de 25 de março de 2008, por prestação de serviços auxiliares e complementares da construção civil e de locação de mão de obra no ano-calendário de 2006, de acordo com a seguinte fundamentação legal:

- Lei nº 9.317 de 1996: art. 9º, inc. V e XII; art. 13, inc. II, alin. a; art. 14, inc. I.
- Instrução Normativa SRF nº 608, de 2006: art. 20, inc. V e XI; art. 23, inc. I.
- Ato Declaratório Normativo Cosit nº 30 de 14 de outubro 1999.

Ocorre que, conforme constatado em documentos anexados pela Receita Federal (fls. 27 a 45), as notas fiscais emitidas pela contribuinte, datadas entre 1999 e 2005, são de prestação de serviços de pinturas ou lavagens de fachadas, realizadas em condomínios ou empresas.

Não obstante as decisões administrativas, a contribuinte é categórica ao afirmar que não praticava as condutas constantes no ADE, haja vista sua alteração contratual passando a *“exercer a atividade de comercialização de materiais para construção e serviços e manutenção e conservação de edifícios em geral”*. Cita ainda ser *“importante- frisar que referida alteração contratual, foi devidamente comunicada a recorrida que, sem qualquer ressalva, homologou tal ato”* (fl. 92).

A contribuinte não se conforma do fato de ter sido excluída por Ato Declaratório Executivo expedido em 2008, cerca de dois anos após sua inclusão bem como pelo efeito retroativo do Ato à data de 01 de janeiro de 2006. Por tal razão, propôs a recorrente o discutido Recurso Voluntário.

Acerca do argumento da exclusão da contribuinte do Simples Federal, disposto no artigo 9º, XII, por ser empresa que se dedica à cessão ou locação de mão de obra, este não merece prosperar.

Sobre o tema, necessário é mencionar as Soluções de Consulta - Cosit nº 312 de 06 de novembro de 2014 e a de nº 28, de 16 de janeiro de 2017, que trazem pertinentes esclarecimentos sobre os requisitos necessários para a caracterização ou não de cessão de mão de obra.

Considerando o cenário fático em discussão, a Solução de Consulta nº 28 de 2017 nos esclarece quanto a cessão de mão de obra, no seguinte sentido:

10.2. Segundo a conceituação acima reproduzida, **infere-se que ocorre cessão de mão de obra quando a empresa contratada cede trabalhadores, colocando-os à disposição da empresa contratante, para realizar serviços contínuos, em suas dependências ou na de terceiros.**

Três seriam, assim, os requisitos fundamentais para que a prestação de serviço seja considerada cessão de mão de obra:

- a) os trabalhadores devem ser colocados à disposição da empresa contratante;
- b) os serviços prestados devem ser contínuos;
- c) a prestação de serviços deve se dar nas dependências da contratante ou na de terceiros.

11. Com relação à **continuidade dos serviços**, verifica-se, pela conceituação normativa, que **sua caracterização não guarda relação com a periodicidade contratual, mas, sim, com a necessidade da empresa contratante.** Sob esse aspecto, a norma faz referência a uma **necessidade “permanente”**, que se revelaria pela sua repetição periódica ou sistemática.

13. Com relação à colocação do trabalhador à disposição do tomador, esse requisito pressupõe que o trabalhador atue sob as ordens do tomador dos serviços (contratante), que conduz, supervisiona e controla o seu trabalho.

13.1. Percebe-se, assim, que a empresa contratada, ao ceder trabalhadores a outra, transfere à contratante a prerrogativa, que era sua, de comando desses trabalhadores. Ela abre mão, em favor da contratante, de seu direito de dispor dos trabalhadores que cede, do direito de coordená-los. Dessa forma, a empresa contratante dos serviços poderá exigir dos trabalhadores cedidos a execução de tarefas objeto da contratação.

13.2. Enfim, **se os trabalhadores se limitarem a fazer o que está previsto em contrato, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, não ocorrerá a disponibilização da mão de obra e, por conseguinte, não restará configurada a sua cessão. Nesse tipo de prestação de serviço, a empresa contratada compromete-se à realização de tarefas específicas, que por ela devem ser levadas a cabo.**

Do mesmo modo são os ensinamentos contidos na Solução de Consulta nº 312 de 2014, que assim dispõe:

10. Conclui-se, assim, que quando uma empresa cede trabalhadores a outra empresa, ela **transfere a essa outra empresa a prerrogativa que era sua de comando desses trabalhadores.** Ela abre mão, em favor da contratante, do seu direito de dispor dos trabalhadores que cede; abre mão do seu direito de coordená-los. Dizer, então, que trabalhadores de uma empresa contratada estão à disposição de uma empresa contratante de serviços significa dizer que essa empresa contratante 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 empresa que os cedeu. Nesse tipo de contrato o objeto é a mão de obra. Nesse tipo de contrato a empresa contratante define a quantidade de trabalhadores que ela necessita para executar serviços que são de sua responsabilidade.

11. Por outro lado, se os trabalhadores simplesmente fizerem o que está previsto em contrato firmado entre as empresas, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, ou melhor dizendo, se a empresa contratante de serviços não puder deles dispor, não puder coordenar a prestação do serviço, não ocorre “o ficar a disposição” e, por conseguinte, não ocorre a cessão de mão de obra nos termos do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 1991. Nesse tipo de prestação de serviço é a empresa contratada que, por força do contrato firmado, está à disposição da empresa contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados a ela; nesse tipo de prestação de serviço, se houver necessidade, é a empresa contratada que receberá orientações da empresa contratante e as repassará aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo; a empresa contratante não está preocupada com a mão de obra, no que diz respeito à quantidade de trabalhadores que irão executar o serviço; para ela não interessa se, por exemplo, serão dois, três, ou dez trabalhadores, pois essa definição caberá à empresa contratada; para ela o que interessa é o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da empresa contratada.

(grifos nossos)

Das notas fiscais anexas, depreende-se que são serviços prestados de modo eventual, não permanente, descaracterizando requisito essencial à cessão de mão de obra, que devem ser contínuos.

Acerca da vedação de opção ao Simples Federal à contribuinte por se dedicar à construção de imóveis, estabelecido no art. 9º da Lei 9.317 de 1996, também merece acolhimento o alegado pela contribuinte.

No que tange aos fatos, os dados que constam no processo, anexados pela autoridade tributária, demonstram claramente que a empresa apenas prestou serviços de pintura e lavagens de fachada, bem como fornecimento de materiais relativos aos serviços prestados, o que não se confunde com construção de imóveis disposto no inciso V do art. 9º da Lei 9.317 de 1996.

Corroborando o quanto exposto, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais comunga do mesmo entendimento ora mencionado, é o que se conclui das ementas abaixo (grifos nossos):

Acórdão CARF n.º 1101-000.486

Número do Processo: 13971.000230/2007-18

Data de Publicação: 05/05/2012

Contribuinte: DECCORY COMERCIO E SERVICOS DE PINTURA LTDA - ME

Relator(a): CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO

Ementa: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples. Exercício: 2006, 2007. SIMPLES FEDERAL. INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA. SERVIÇO DE PINTURA. ATIVIDADE NÃO VEDADA. **A prestação de serviços de pintura não consiste em construção de imóvel e não impede o ingresso ou a permanência da pessoa jurídica no Simples Federal.**

Acórdão CARF nº 9101-004.356

Número do Processo: 10980.008007/2007-11

Data de Publicação: 09/09/2019

Contribuinte: LOMA COMERCIO E SERVICOS LTDA

Relator(a): LIVIA DE CARLI GERMANO

Ementa: ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES). Exercício: 2004. SIMPLES FEDERAL. VEDAÇÃO À OPÇÃO. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS E EXECUÇÃO DE OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. O fato impeditivo previsto no artigo 9º, V e § 4º, da Lei nº 9.317/1996 não é prestar alguma atividade dentro do universo da construção civil, mas apenas **a atividade que resulta em um imóvel ou obra de construção civil.** Na análise da vedação prevista no artigo 9º, V e § 4º, da Lei nº 9.317/1996 **não pode o serviço ser analisado isoladamente, sendo necessário prova de que as atividades sejam exercidas como parte da "construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo".**

Nesses termos, diante de todo o exposto, a nulidade do Ato Declaratório Executivo EQCOB/DICAT/DERAT/SPO nº 322 de 25 de março de 2008, é medida que se impõe, a fim de se afastar a exclusão da empresa do regime de tributação pelo Simples Federal.

Dispositivo

Posto isso, não restando comprovada a execução de atividade econômica vedada ao Regime Tributário do Simples, quais sejam, cessão de mão de obra e construção de imóveis, pela empresa contribuinte, tornam-se inviáveis seus reconhecimentos, havendo motivos para a reforma do Acórdão da DRJ.

Considerando-se, portanto, os fatos e provas apresentados aos autos, alinhados aos entendimentos desse Conselho, voto por **DAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pela contribuinte, declarando-se nulo o Ato Declaratório Executivo EQCOB/DICAT/DERAT/SPO nº 322 de 25 de março de 2008, e os atos administrativos ulteriores que o ratificaram, afastando-se a exclusão da empresa do regime de tributação pelo Simples Federal.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros