



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10665.720345/2013-46  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1301-004.956 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 10 de dezembro de 2020  
**Recorrente** RAFAELLA AZEVEDO PORTO & CIA. LTDA. - EPP  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Data do fato gerador: 01/03/2008

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUMULA CARF Nº 2.

Cumprida à Administração Tributária aplicar a Lei de ofício. Por outra, em nível administrativo, não se afasta a aplicação de Lei, não se declara a sua inconstitucionalidade. Entendimento já consolidado, inclusive, no enunciado nº 02 da Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Data do fato gerador: 01/03/2008

EXCLUSÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Está impedida de permanecer no Simples Nacional a empresa que presta serviços de cessão ou locação de mão-de-obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bianca Felicia Rothschild - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, José Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Lucas Esteves Borges, Bianca Felícia Rothschild e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Rafael Taranto Malheiros.

## Relatório

Inicialmente, adota-se parte do relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

A contribuinte, acima qualificada, foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de março de 2008, por exercer a atividade econômica impeditiva de prestação de serviços caracterizados como cessão de mão de obra, conforme o Ato Declaratório Executivo (ADE) da DRF/DIVINÓPOLIS/MG n.º 13 de 27 de fevereiro de 2013 (fls. 38), tendo em vista a Representação Fiscal de fls. 02 a 04.

Cientificada em 02/08/2013 (fls. 39), apresentou manifestação de inconformidade, em 28/08/2013 (fls. 41-49), alegando, inicialmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar n.º 123/2006, por violar o princípio constitucional da igualdade ao dispensar tratamento desigual em virtude da natureza dos serviços prestados, pois o princípio basilar de direito é expressamente previsto na Constituição no caput do seu artigo 5º, ou seja, é obrigação de todos e principalmente da administração pública tratar igualmente os iguais. Citou doutrina e legislação sobre o princípio da isonomia tributária. Afirmou que o art. 17, XII da Lei Complementar n.º 123/2006 viola o princípio constitucional da igualdade ao dispensar tratamento desigual em virtude da natureza dos serviços prestados. Asseverou que, para que se possa gozar do benefício do SIMPLES, não significa necessariamente haver discriminação de atividades, não podendo haver diferença de tratamento tributário.

Aduziu que o art. 18, IX expressamente concede às empresas que têm como objeto o serviço de instalação, de reparos e manutenção em geral, bem como usinagem, solda, tratamento e revestimentos em metais (atividade exercida pela empresa – cláusula 3 do Contrato Social em anexo), o direito de serem incluídos no Regime do Simples Nacional.

Assim, não haveria que se falar em vedação à determinada pessoa jurídica em virtude da atividade desenvolvida. A finalidade, a função social e a atividade econômica seriam a mesma.

Argumentou que a exclusão em virtude de haver cedido ou locado mão de obra é situação que oferece cristalinamente tratamento desigual entre iguais. Citou e transcreveu ensinamento de Celso Bandeira de Mello. Destacou que, durante todo o período em que se encontrava sob o regime do Simples Nacional, exerceu atividades abrangidas pela norma reguladora do regime, bem como, teve o seu faturamento em montante adequado ao enquadramento no Simples Nacional. Deste modo, a administração não pode efetuar a exclusão do Simples Nacional, de forma retroativa, sob pena de grave afronta ao princípio da Segurança Jurídica, conforme doutrina citada.

Salientou que se mesmo à lei é vedado prejudicar o ato jurídico perfeito, é evidente que este também não pode ser atacado por ato administrativo, eis que se trata de ato obrigatoriamente vinculado à lei, em obediência ao princípio da legalidade administrativa.

Lembrou que, em consonância com o princípio constitucional, o direito tributário, em seu artigo 106, inciso I, expressamente determina que a retroatividade pode ocorrer única e exclusivamente em relação às questões interpretativas. No caso,

em momento algum se fez referência à questão interpretativa, mencionando apenas a forma de constituição da empresa, que não sofreu qualquer modificação desde a sua inclusão no regime. Por fim, pediu a revogação do ato administrativo ora combatido.

Juntou os documentos de fls. 50 e seguintes.

A decisão da autoridade de primeira instância julgou improcedente a defesa da contribuinte, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/03/2008

EXCLUSÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Está impedida de permanecer no Simples Nacional a empresa que presta serviços de cessão ou locação de mão-de-obra.

Cientificado da decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário, repisando os argumentos levantados em manifestação anterior, acrescentando razões para reforma na decisão recorrida.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Bianca Felicia Rothschild, Relatora.

### Recurso Voluntário

O recurso voluntário é **TEMPESTIVO** e, uma vez atendidos também às demais condições de admissibilidade, merece, portanto, ser **CONHECIDO**.

### Fatos

A contribuinte, acima qualificada, foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de março de 2008, por exercer a atividade econômica impeditiva de prestação de serviços caracterizados como cessão de mão de obra, conforme o Ato Declaratório Executivo (ADE) da DRF/DIVINÓPOLIS/MG nº 13 de 27 de fevereiro de 2013 (fls. 38), tendo em vista a Representação Fiscal de fls. 02 a 04.

Tendo em vista que a contribuinte não apresentou os contratos de prestação de serviços firmados com as empresas tomadoras dos serviços, valendo-se a autoridade fiscal do que foi descrito nas notas fiscais emitidas, juntadas por amostragem às fls. 12 a 35, seguindo-se abaixo algumas das discriminações dos serviços:

- fls. 12-21: locação de mão de obra de meus func. prestados no canteiro de obra da Usina Frutal;
- fls. 24: referente a mão de obra para manutenção (parte ilegível);

- fls. 25: mão de obra p/ manutenção na montagem secundária;
- fls. 26: serviço de manutenção de forno rotativo...;
- fls. 27: referente a mobilização e desmobilização de funcionários...;
- fls. 28: manutenção no moinho...;
- fls 29: montagem de retomadora;
- fls. 30: mão de obra...do forno...;
- fls. 31: manutenção nos moinhos...;
- fls. 32: substituição das correntes e anéis de sustentação forno;
- fls. 33: equipe de apoio manutenção preventiva equipamentos do w3;
- fls. 34: apoio a equipe de manutenção nas execuções das atividades MPS do forno w2;
- fls. 35: serviço de manutenção mecânica.

Destarte, pelas descrições das notas fiscais colhidas por amostragem, acima reproduzidas, verifica-se que a contribuinte prestou serviços de locação e/ou cessão de mão-de-obra na manutenção industrial nas empresas tomadoras de serviços, disponibilizando mão-de-obra permanente e exclusiva à disposição das contratantes, realizando serviços contínuos relacionados com a atividade-fim da empresa.

Em sede de manifestação de inconformidade, quanto ao fato de executar locação ou cessão de mão-de-obra em si, motivo principal da exclusão da empresa do Simples Nacional, a manifestante pouco questionou, limitando-se a argumentar quanto aos aspectos constitucionais e legais da tributação simplificada.

Desta forma, com base no art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 na redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, a decisão de primeira instância julgou improcedente a defesa da contribuinte. Fundamentou, ainda, a decisão com argumentos de mérito.

Em sede recursal, replica os argumentos levantados em sua manifestação de inconformidade, basicamente se insurgindo quanto a aspectos constitucionais e legais da tributação simplificada.

\*\*\*

O controle da legalidade ou da constitucionalidade de leis compete exclusivamente ao Poder Judiciário (incisos I, alínea “a”, e III, alínea “b”, e parágrafo 1º do art.102 da Constituição da República Federativa do BrasilCF1988).

O Decreto nº 70.235, de 1972 (com a redação que lhe deu a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009), que rege o processo administrativo fiscal, proíbe que esta DRJ e os demais órgãos de julgamento afastem a aplicação ou deixem de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de que seriam inconstitucionais:

Art.26ª No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Na mesma linha, a Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (e alterações), que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), veda aos membros do órgão julgador de segunda instância administrativa afastar a aplicação de lei e de outros diplomas, sob o fundamento de inconstitucionalidade, senão vejamos:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

A matéria já foi objeto da seguinte súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (Diário Oficial da União, de 09.12.2010):

**Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.**

Observe-se, ainda, que, em sessão de 30.10.2013, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 627.543, submetido à sistemática do art.543B do CPC (repercussão geral), decidiu pela constitucionalidade do atacado inciso V do art.17 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Assim, enquanto não declarada a sua inconstitucionalidade, com a sua subsequente exclusão do mundo jurídico, a lei atacada goza de presunção de validade, vinculando todos os atos da administração pública.

Ante a isso, as questões levantadas pelo interessado estão fora da órbita da autoridade julgadora administrativa.

Às autoridades administrativas compete verificar a correta aplicação da lei, sem, contudo, proferir juízo acerca de sua constitucionalidade ou de outros aspectos atinentes à sua validade no mundo jurídico.

Sendo assim, entendo não ter razão as alegações da Recorrente.

**Conclusão**

Desta forma, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário e no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

(assinado digitalmente)

Bianca Felícia Rothschild.