



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 35439.000015/2007-97
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.233 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 5 de maio de 2020
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRÉ MOLDADOS BCE LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES. CONSTRUÇÃO CIVIL. LEI POSTERIOR QUE ADMITE ATIVIDADE ANTERIORMENTE VEDADA. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

Inadmissível a aplicação retroativa de norma mais benéfica que altera as hipóteses de vedação a opção pelo Simples, nos termos da Súmula CARF nº 81, cujo os efeitos são vinculantes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

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

Relatório

Por bem retratar os fatos, reproduz-se inicialmente o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto ("DRJ/RPO"), o qual será complementado ao final:

Trata o processo de exclusão da contribuinte acima identificada, do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, a partir de 01/10/2005, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/São José do Rio Preto/SP, nº 002, de 09 de janeiro de 2009 (fl. 85), e despacho decisório nº 30/2009 (fls. 83/80, tendo em vista o exercício de atividade vedada, conforme o disposto na Lei nº 9.317, de 1996, arts. 9º V e XII, f.

De acordo com referido despacho, a contribuinte presta serviços de montagem em geral, e fornece mão de obra especializada para execução de lajes etc.

Cientificada do ADE em 27/01/2009 a contribuinte ingressou em 20/02/2009 com a manifestação de inconformidade de fls. 88/91, mediante a qual solicita seja revogado o ato de exclusão, mantendo-a no Simples. Para tanto, alegou em suma:

- É de rigor a revogação do ato declaratório. A contribuinte é fabricante de pré-moldados e, por razões comerciais e de logística, fabrica seu produto no próprio canteiro de obras e executa a colocação do pré-moldado na construção que é executada pelos contratantes. Portanto vende um produto pronto e colocado. Sua mão-de-obra própria é utilizada na fabricação e na colocação de pré-moldado e não na construção em si.
- São seus contratantes que exercem a atividade de construção civil, pois são construtores ou incorporadores responsáveis pela execução da obra. Ainda que nossa atividade pudesse ser enquadrada como de construção civil, o que admite apenas para argumentar, a legislação do Simples Nacional extinguiu a antiga vedação e passou a admitir no sistema as empresas que se dedicam à construção civil. Por ser mais benéfica a legislação nova, seus efeitos se aplicam de forma retroativa para afastar a antiga redação, por força do que dispõe o art. 106, I do Código Tributário Nacional (CTN).

Em sessão de 12/05/2010, a DRJ/RPO julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. A locação de mão-de-obra e o exercício das atividades auxiliares e complementares da construção civil impedem a permanência da pessoa jurídica no Simples Federal.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Nos fundamentos do voto do relator (fls. 129 do *e-processo*):

Consta do contrato firmado com a empresa HM Engenharia e Construções Ltda (fls. 41/45): Cláusula Primeira: "Constitui-se objeto do presente a prestação, de serviços para execução de Lajes, Vigas de Escadas e Escadas, dentro do empreendimento denominado do Residencial Alvorada II, em implantação no Município de Valinhos, Estado de São Paulo. Cláusula Segunda: "No sentido de que o objeto do presente possa se concretizar a contratante deverá: Fornecer à contratada, a localização da obra, 2) Fornecer à contratada, todos os projetos específicos, especificações técnicas, memoriais descritivos e procedimentais a serem observados para a manutenção do padrão-qualidade HM. Fornecer à contratada todos os materiais necessários para execução dos serviços discriminados no objeto contratual. 4) Fornecer à contratada, guindastes, muncck e outros equipamentos necessários para a o montagem das lajes; Cláusula Terceira: "... a contratada deverá: 1) Fornecer toda a mão de-obra especializada, necessária para a

execução do objeto, bem como os materiais de manuseio (ferramentas básicas) de cada etapa do serviço, formas e equipamentos necessários para a execução das lajes, vigas e escadas " e na Cláusula Quarta - parágrafo primeiro: "... Será retido, pela contratante 11 % do valor da nota fiscal para pagamento junto ao INSS, sendo que a guia será entregue à contratada após o recolhimento da mesma" e "A contratada se obriga a apresentar cópia das guias de SEFIP e GPS do quadro de funcionários da obra".

Assim sendo, verifica-se a caracterização da locação/cessão de mão-de-obra, uma vez que se trata de contrato de prestação de serviços em que os empregados da contratada estão à disposição da contratante para execução do contrato nas dependências por ela indicada. Além disso, o contrato sofre a retenção dos 11% conforme preceitua o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

Portanto, fica caracterizada a locação de mão-de-obra, atividade econômica expressamente vedada pela legislação do Simples Federal.

Além disso, as notas fiscais juntadas às fls. 57/75 demonstram não ser somente a locação de mão-de-obra, a atividade impeditiva exercida pela manifestante, pois, além de destacar a mão-de-obra, estão também discriminados naqueles documentos, serviços de montagem de lajes, escadas e vigas, pré-moldadas, atividade também vedada, de acordo com o Ato Declaratório Normativo (ADN) Cosit nº 30, de 1999, que declara serem abrangidas pela vedação ao exercício da opção pelo Simples, as atividades auxiliares e complementares da construção civil.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF") no qual requer a reforma do acórdão recorrido por violação ao artigo 106 do CTN, o qual determina que a lei mais benéfica de retroagir. Assim como alegado anteriormente, defende o contribuinte que a Lei Complementar nº 123/2006, ao instituir o Simples Nacional, passou a admitir expressamente o ingresso das empresas que se dedicam à construção civil no regime simplificado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 01/07/2010 (fls. 135 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 22/07/2010 (fls. 136 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Mérito

De início, cumpre destacar que não se encontra em discussão a natureza da atividade desenvolvida pelo contribuinte, o qual não se opôs em momento algum ao fato de a instância *a quo* ter reconhecido a prestação das atividades de cessão ou locação de mão de obra, bem como de montagem de lajes, escadas e vigas, pré-moldadas, atividades auxiliares e complementares da construção civil.

O argumento do contribuinte é tão somente no sentido de que a Lei Complementar nº 123/2006, ao instituir o regime do Simples Nacional, passou a admitir expressamente a inclusão de empresas que se dedicam a construção civil. E que por isso deveria ser aplicado ao caso a retroatividade da lei mais benéfica, com base no artigo 106, II, b, do CTN, cuja redação é a seguinte:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

Devemos reconhecer, desde logo, a dificuldade de aplicar ao referido dispositivo ao presente caso. Primeiro porque ele se dirige expressamente a um ato, quer dizer, um fazer ou não fazer. *In casu*, estamos lidando diretamente com um fato, ou seja, um ser ou não ser empresa dedicada ao ramo da construção civil.

Não nos parece que a norma se dirija a tais situações. Perceba-se que o contribuinte não agiu em sentido contrário a uma norma de conduta, a qual prescrevesse uma ação ou omissão.

Para além de toda essa dificuldade na aplicabilidade da norma, ressalte-se que com a edição da Súmula CARF nº 81, posteriormente revestida de efeito vinculado, toda essa discussão tornou-se inócua, veja-se a sua redação:

Súmula CARF nº 81. É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Como se observa, a redação da súmula é muito clara e vai exatamente no sentido de que o artigo 106, II, b, não é aplicável nas hipóteses de modificação de atividades passível de inclusão na sistemática do Simples.

Essa mesma Turma Extraordinária possui decisões nesse sentido, ainda que com composição distinta. Veja-se a título de exemplo o julgado abaixo:

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE VEDADA. CABIMENTO. Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que prestem serviços de construção de edificações, obras e acabamentos, reformas, instalações hidráulicas e elétricas em obras civis. RETROATIVIDADE BENIGNA. LEI POSTERIOR QUE ADMITE ATIVIDADE ANTERIORMENTE VEDADA. INAPLICABILIDADE. Inadmissível a aplicação retroativa de norma mais benéfica que altera as hipóteses de vedação a opção pelo SIMPLES à situação dos autos, pois inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106 do CTN. **(Processo nº 10835.002582/2008-65. Acórdão nº 1002-000.369. Sessão de 11/09/2018)**

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo