



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10746.001153/2007-99  
**Recurso n°** Embargos  
**Acórdão n°** 1103-000.868 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de junho de 2013  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL  
**Embargante** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** BR EMPREENDIMENTOS LTDA

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2007

EMBARGOS. OMISSÃO.

Cabem embargos de declaração quando o acórdão omitir ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

SIMPLES. ATIVIDADE ECONÔMICA. CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS. INCORPORAÇÃO. DISTINÇÃO.

Apesar de a atividade de construção inserir-se no negócio jurídico de incorporação, são institutos que não se confundem. A incorporação compreende a construção, mas não necessariamente a atividade de construção será exercida pelo incorporador, podendo ser atribuída a outrem. O fato de a contribuinte ter como atividade econômica cadastrada a construção de edifícios não implica ocorrência de vedação prevista no art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, referente à incorporação de imóveis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, ACOLHER os embargos da Procuradoria da Fazenda Nacional para suprir a omissão no Acórdão 1103-00.443/2011 e ratificar o seu dispositivo, no sentido de “DAR provimento ao recurso voluntário”.

*Assinado Digitalmente*

Aloysio José Percínio da Silva - Presidente.

*Assinado Digitalmente*

*André Mendes de Moura - Relator.*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva (Presidente), Hugo Correia Sotero, André Mendes de Moura (Relator), Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro e Fábio Nieves Barreira.

## Relatório

Os autos tratam de embargos de declaração (fls. 46/48) interpostos pela Fazenda Nacional, em face do Acórdão nº 1103-00.443, de 31 de março de 2011 (fls. 39/41).

Foi excluída a contribuinte do Simples Nacional, por constar no cadastro de CNPJ como atividade econômica principal o CNAE 4110-7/00 – INCORPORAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, vedada pelo art. 17, inciso XIV da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Na manifestação de inconformidade de fls. 15/17, alegou a contribuinte que teria promovido, dentro do prazo legal, a alteração cadastral, no sentido de excluir a atividade impeditiva e alterar a atividade econômica principal para o CNAE 4120-4/00 – CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS, que não seria vedada pelo Simples Nacional.

No Acórdão DRJ/BSB nº03-33.291. de 17/09/2009, a decisão reconheceu que a contribuinte alterou a atividade econômica tempestivamente. Contudo, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, ao analisar que a atividade econômica principal alterada dentro do prazo legal e as atividades econômicas secundárias cadastradas permaneciam dentro do conceito de incorporação previsto no art. 28 da Lei nº 4.591, de 1964.

Em face da decisão, foi interposto recurso voluntário de fls. 35/37, no qual alega a contribuinte que a única atividade desenvolvida desde a sua abertura teria sido a aquisição e construção de imóvel próprio para fins de locação, e que o CNAE da atividade econômica principal (4120-4/00 – CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS) não era vedado para opção do Simples Nacional.

Os autos retornaram à 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, que deu provimento ao recurso voluntário, cuja decisão de fls. 77/79 apresentou a seguinte ementa:

*SIMPLES. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS PRÓPRIOS. EXCLUSÃO.*

*Até o dia 31 de dezembro de 2008 não havia impedimento para o exercício da atividade de locação de imóveis próprios, tributados ou não pelo ISS, para as ME e EPP optantes pelo Simples Nacional.*

A Fazenda Nacional, cientificada do resultado em 04/02/2013 (Termo de Intimação de fls. 43), interpôs os embargos de declaração em 06/02/2013, no qual discorre sobre as seguintes razões:

- ocorreu omissão e contradição na fundamentação do voto, vez que o acórdão reconheceu que a única atividade da empresa é a construção de imóvel próprio para fins de locação, mesmo inexistindo a comprovação de que a atividade de construção é para locação e do exercício único desta atividade;

- a decisão baseou-se em simples alegação da contribuinte, que alegou que sua única atividade seria a aquisição e construção de imóvel próprio para fins de locação;

- assim, caberia à contribuinte apresentar provas para lastrear suas alegações;

- há provas nos autos de que a contribuinte exerce atividades vedadas pelo Simples Nacional, ou seja, basta verificar a descrição das atividades da empresa no Comprovante de Inscrição Cadastral para constatar que se incluem no conceito de incorporação previsto nos arts. 28 e 29 da Lei nº 4.591, de 1964;

- a análise detida do processo releva a existência de contradição e omissão dos fundamentos presentes na decisão embargada, frente aos elementos probatórios radicados nos autos e as razões expostas pela decisão de primeira instância;

- requer que seja sanada a omissão e a contradição, que reste verificada a existência de comprovação pela contribuinte de que exerce unicamente atividade não vedada ao ingresso do Simples Nacional e, por conseguinte, seja indeferida a opção pelo regime simplificado.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro André Mendes de Moura.

Os embargos interpostos pela Fazenda Nacional são tempestivos. Portanto, cabe prosseguir com o exame de admissibilidade.

O art. 65, *caput*, Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), dispõe que cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

Reclama a embargante que teria havido omissão e contradição no acórdão de segunda instância.

Vale observar, a princípio, o enquadramento legal da vedação o qual teria incorrido a contribuinte, qual seja, o inciso XIV, art. 17, da Lei Complementar nº 123, de 2006:

Observa-se que o voto embargado de fl. 79, ao analisar a alegação da contribuinte de que sua única atividade seria a de aquisição e construção de imóvel próprio para fins de locação, tratou de verificar se haveria vedação à opção do Simples Nacional para tal operação.

Por isso, recorreu ao entendimento da Receita Federal apresentado na Solução de Divergência Cosit nº 05, de 2011, cuja ementa esclarece que até o dia 31 de dezembro de 2008, não havia impedimento para o exercício da atividade de locação de imóveis próprios, tributados ou não pelo ISS, para as ME e EPP optantes do Simples Nacional.

Como o caso em tela trata do ano-calendário de 2007, não haveria óbice para a contribuinte enquadrar-se no Simples Nacional.

Ocorre que, de fato, assiste razão à embargante, ao reclamar que houve omissão no acórdão, na medida em que a decisão embargada não se pronunciou a respeito da atividade principal e das atividades secundárias informadas pela contribuinte, na sua ficha cadastral, e a possível correlação com o conceito de incorporação. Por outro lado, não entendo que ocorreu contradição.

Portanto, tomo conhecimento dos embargos declaratórios.

Assim, cabe listar a atividade principal e as atividades secundárias informadas pela contribuinte:

<b>Código e Descrição das Atividades Econômica Principal</b>
4120-4/00 — Construção de edifícios
<b>Código e Descrição das Atividades Econômicas Secundárias</b>
4330-4/01 Impermeabilização em obras de engenharia civil
4330-4/02 Instalação de portas, janelas, tetos, divisórias e armários embutidos de qualquer material
4330-4/03 Obras de acabamento em gesso e estuque
4330-4/04 Serviços de pintura de edifícios em geral
4330-4/05 Aplicação de revestimentos e de resinas em interiores e exteriores
4330-4/99 Outras obras de acabamento da construção
5510-8/01 Hotéis
5510-8/02 Apart-hotéis
5590-6/99 Outros alojamentos não especificados anteriormente
6810-2/01 Compra e Venda de imóveis próprios

Há que se verificar, para cada uma das atividades econômicas informadas pela empresa, se há vedação expressa no art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Aduz a embargante que as atividades econômicas cadastradas pela contribuinte estariam enquadradas no conceito de incorporação previsto nos arts. 28 e 29 da Lei nº 4.591, de 1964, transcritos a seguir, e, por conseguinte, na vedação legal referente a incorporação de imóveis.

*Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, rege-se-ão pela presente Lei.*

*Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou*

*parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, (VETADO).*

*Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.*

*Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.*

Analisando as atividades econômicas informadas pela contribuinte, não há que se falar em qualquer correlação com incorporação.

A única hipótese que poderia suscitar dúvida seria referente à atividade econômica principal, construção de edifícios.

Ocorre que a atividade de construção, declarada pela contribuinte, não autoriza associar, de maneira automática, que haveria por consequência a incorporação.

Apesar de tratar de matéria diversa dos presentes autos, no Recurso Especial nº 1.212.888 RN, de 12 de abril de 2011, o Ministro Herman Benjamin da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em seu voto sobre a distinção entre o incorporador e o construtor:

*Como visto, o incorporador não precisa ser o construtor, tanto que a Lei é explícita ao ressaltar no art. 29 "que embora não efetuando a construção", pois a sua obrigação é promover a construção e alienar frações ideais vinculadas a futuras unidades imobiliárias, formando, ao final, o condomínio edilício. Ao tratar da atividade de construção no âmbito da incorporação, Melhim Namen Chalhub distingue com precisão:*

***A atividade de construção está presente no negócio jurídico da incorporação, mas incorporação e construção não se confundem, nem são noções equivalentes. A atividade da construção só integrará o conceito de incorporação se estiver articulada com a alienação de frações ideais de terreno e acessões que a elas haverão de se vincular; mas, independente disso, a atividade de incorporação pode, alternativamente, ser representada somente pela alienação de frações ideais, objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias. Obviamente, a incorporação compreende a construção, mas***

---

*não é necessário que a atividade da construção seja exercida pelo próprio incorporador, pois esse pode atribuir a outrem a construção (Da Incorporação Imobiliária. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 11). (grifei)*

Merece registrar, ainda, que, apesar de produzir efeitos apenas a partir de 1º de janeiro de 2012, a Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29 de novembro de 2011 apresenta em seu Anexo VI os códigos CNAE impeditivos ao Simples Nacional, e no Anexo VII os códigos CNAE que abrangem concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional. Vale dizer que nenhuma das atividades informadas pela contribuinte (dentre as quais o CNAE 4120-4/00 — CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS) encontram-se relacionadas nos anexos mencionados. Por sua vez, o CNAE 4110-7/00 - INCORPORAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS encontra vedação expressa no Anexo VI.

Diante do exposto, acolho os embargos da Procuradoria da Fazenda Nacional para suprir a omissão no Acórdão 1103-00.443/2011 e ratificar o seu dispositivo, no sentido de “DAR provimento ao recurso voluntário”.

*Assinatura Digital*

André Mendes de Moura