



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

**Processo n°** 10840.000564/2004-46  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1001-000.742 – Turma Extraordinária / 1ª Turma  
**Sessão de** 09 de agosto de 2018  
**Matéria** Simples Federal  
**Recorrente** MS Ativa Comercial EPP  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES**

Ano-calendário: 2002

CONSTRUÇÃO CIVIL. ASSEMELHADOS. OPÇÃO.

Não poderá optar pelo Simples Federal a pessoa jurídica que se dedique à execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, como a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

*(Assinado Digitalmente)*

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, José Roberto Adelino da Silva e Eduardo Morgado Rodrigues.

**Relatório**

Trata-se de Ato Declaratório DRF/RPO 68, de 26/10/2004, (e-fl. 47), através do qual o contribuinte referenciado foi excluído do SIMPLES FEDERAL em razão de constatação de situação incluída nas hipóteses de vedação à opção pela sistemática tributária em questão, ou seja, de que a contribuinte exerceria atividade de serviços profissionais ligados à construção civil (impermeabilização de reservatórios, de sacadas, de lajes, e de rampas de acesso), a qual encontra vedação no inciso V, art.9º da Lei nº 9.317/96.

Abaixo a descrição do litígio, relatada na decisão recorrida (e-fl. 66):

*A exclusão foi motivada pela representação fiscal feita pelo Auditor Fiscal da Previdência Social (fls. 02/03) que informou à Receita Federal que a "empresa realiza a atividade de serviços ligados à construção civil ( impermeabilização de reservatórios, de sacadas, de lajes e de rampas de acesso) , conforme cópias de Notas Fiscais de prestação de serviços juntadas a Representação, e que tal atividade é de hipótese de vedação ou exclusão do Simples, de acordo com o art. 9º, V, §4º, e art. 14, . todos da lei 9.317/96 e alterações.*

*Inconformada, ingressou a interessada, por intermédio de seu representante legal, com a manifestação de inconformidade de fls.52/56, alegando que:*

*O pedido de exclusão não poderia ter sido levado a efeito pelo auditor do INSS.*

*Faz ainda, uma série de referência todos elas ligadas restrições (entendida por ele) a respeito da competência do Auditor do INSS.*

*Alega, também, que a atividade principal da empresa é fornecimento de matéria de construção, em especial produtos para impermeabilização de lajes.*

*Destacou que a ultima vez que a empresa prestou serviços de mão - de - obra foi em 16/07/2003.*

*Por fim, requer seja reconsiderada a decisão de exclusão da empresa do Simples e solicita decisão favorável ao seu pleito.*

A decisão de primeira instância (Ac n.14-15.407 - 1ª Turma da DRF/RPO, e-fls. 65/68) negou deferimento à manifestação de inconformidade. Entendeu que: o Ato Declaratório de exclusão é de autoridade da Receita Federal; não importa o tempo decorrido na prestação de serviço de mão de obra utilizada para impermeabilização de reservatório, sacada, lajes, rampa de acesso etc.; o que pesa é que a legislação foi infringida; e que correta a data da exclusão.

Cientificada da decisão de primeira instância em 15/05/2007 (e-fl. 71) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 13/06/2007 (e-fl. 72), em que apresenta os seguintes argumentos, em resumo:

*A Recorrente é empresa que atua no comércio varejista de materiais de construção e tem esta como sua atividade principal. Ocorre, que no ano de 2002, emitiu uma Nota Fiscal de prestação de serviços de impermeabilização, que serviu de subsídio para sua exclusão do SIMPLES.*

*O fato é que a atividade praticada pelo Recorrente apresentada causa para sua exclusão do Simples, não guarda qualquer relação com a atividade descrita no artigo 9º, inciso V, da Lei nº 9.317/96, e nem mesmo pode ser enquadrada na Instrução Normativa nº 250/2002, como citado na decisão recorrida.*

*É certo que o ato de impermeabilizar reservatórios, sacadas, lajes e rampas de acesso está, ainda que indiretamente, relacionado ao setor da construção civil, mas é importante ressaltar que qualquer pessoa pode realizar a impermeabilização, não sendo necessário profissional capacitado ou nos termos da norma legal, profissional com atividade legalmente regulamentada e tão pouco pode ser considerado como atividade acessória da construção civil. Vejamos a decisão abaixo destacada que por analogia pode e deve ser aplicada ao caso em tela.*

*(...)*

*Entender o ato de impermeabilizar como acessório da construção civil, seria o mesmo que considerar atividades como a manufatura de pias em granitos, janelas em madeira, como relacionadas à construção civil, e assim não o são, como se constata na decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes, abaixo destacada.*

*(...)*

*Verifica-se, através da leitura da decisão acima destacada, que o Conselho, ao interpretar a legislação, considera como atos de construção civil ou atos acessórios, os que são indispensáveis à elaboração e execução da obra, não podendo neste sentido ser entendida a impermeabilização.*

*Ademais, como resta demonstrado nos autos, o Recorrente não tem esta atividade como principal. Sua atividade preponderante é a comercialização de materiais para a construção civil e não sua realização. Neste sentido, manter a exclusão da empresa do Simples, constitui uma penalidade desproporcional e excessiva em face do ato praticado.*

*É necessário esclarecer, que o Recorrente, com o recurso não pretende negar a prática do ato ou sua existência, ao revés, pretende demonstrar que não existe na Lei nº 9.317/96, na Instrução Normativa nº 250/2002, ou até mesmo no Ato Declaratório Cosit nº 30/99, qualquer menção ao serviço de impermeabilização como sendo relacionado a construção civil ou, ainda, atividade privativa de engenheiros, profissão regulamentada, e que possibilitasse a exclusão da empresa do Simples.*

*Ainda que numa tentativa forçada, pudéssemos entender o ato de impermeabilizar como uma benfeitora que pudesse ser agregada ao solo ou subsolo, como poderia esta afirmativa ser reconhecida quando a impermeabilização ocorresse nas caixas d'água?*

*Vê-se, assim, que a manutenção da exclusão do Recorrente do SIMPLES federal pela prática da impermeabilização em telhados não encontra respaldo na legislação vigente, como citado anteriormente.*

*Importa, ainda, ressaltar que a nova legislação que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequena Porte — Lei Complementar nº123, de 14 de dezembro de 2006 — que modificou a Lei nº9.317/96, prevê em seu artigo 17, §1º, XIII, a possibilidade de inclusão no Simples de empresas que tenham por atividade a "construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada".*

*Ora, o próprio legislativo quando provocou a modificação da legislação até então vigente, reconhece a impossibilidade de manutenção da norma nos termos em que redigida em face da necessidade de inclusão do setor da construção civil e engenharia no sistema único de recolhimentos, bem como dos serviços agregados.*

*Desta forma, destaca novamente o Recorrente que o ato que motivou a manifestação do sr. agente fiscalizador do INSS é único e que a atividade preponderante do Recorrente é o comércio varejista de materiais de construção e não a prestação de serviços de impermeabilização, mesmo não sendo esta atividade exclusiva de engenharia.*

*Ademais, como se verifica dos documentos em anexo, a prestação de serviço não supera o limite de 30% (trinta por cento) do valor total da atividade principal, portanto não representando atividade preponderante, que, na realidade, é a comercial.*

*Tanto assim que a empresa pratica suas atividades sem a exigência de inscrição no CREA ou mesmo que tenha um responsável técnico de engenharia.*

*Por fim, resta ainda, caso seja mantida sua exclusão do sistema, o que não se crê em face da ausência de expressa manifestação legal, destacar que a decisão proferida pela Delegacia de Julgamento de Ribeirão Preto, ao manter a exclusão determinou que esta se operasse desde 01 de janeiro de 2002.*

*Todavia, em conformidade com os artigos 15 e 16 da Lei nº9.317/96, destacados na decisão, a exclusão nas hipóteses do artigo II a XIV, devem ocorrer "a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente".*

*A situação excludente, conforme registrado na decisão é a Nota Fiscal de Prestação de Serviços nº 05/30, emitida em 14 de maio de 2002. Aplicando-se os termos do artigo 15 da lei 9.317, a exclusão e obrigatoriedade dos recolhimentos de acordo com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, deve ocorrer somente a partir do mês junho de 2002, e não de forma retroativa como pretende a administração fazendária.*

*Diante de todo o exposto, requer seja recebido o presente recurso voluntário, anulando o respeitável decisório hostilizado, com base na irregular exclusão do Recorrente do SIMPLES, uma*

*vez que, não existe na lei ou nos atos administrativos qualquer menção ao serviço de impermeabilização, bem como, caso mantida a exclusão, seja reformada a decisão da Delegacia de Julgamento quanto data a ser considerada como marco da exclusão.*

## Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

O recurso ao CARF é tempestivo. Dele conheço.

O contribuinte foi excluído do Simples em razão de constatação de situação incluída nas hipóteses de vedação à opção pela sistemática tributária em questão por exercer atividade não permitida, ou seja, atividade de serviços profissionais ligados à construção civil (impermeabilização de reservatórios, de sacadas, de lajes, e de rampas de acesso), a qual encontra vedação no inciso V, art. 9º da Lei nº 9.317/96, que dispõe:

*Art. 9º - Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:*

*(...)*

*V - que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis.*

O § 4º do mesmo artigo descreve que estão também vedadas (segundo o mesmo inciso V) as atividades de execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, como a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

*§ 4º - Compreende-se na atividade de construção de imóveis, de que trata o inciso V deste artigo, a execução de obra de construção civil, própria ou de terceiros, como a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.*

Ou seja, uma vez que a atividade de impermeabilização constitui-se de uma benfeitoria agregada às construções dos clientes, concluo que se trata de atividade vedada. No mesmo sentido a decisão de piso:

*Ressalte-se que o conceito "construção de imóveis" deve ser entendido de forma genérica, abrangendo as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil.*

*Aliás, sobre o assunto a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, da Secretaria da Receita Federal, por meio do Ato Declaratório (Normativo) Cosit nº 30, de 14/10/1999, orientou que a vedação ao exercício da opção pelo simples, aplicável à atividade de construção de imóveis, abrange as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, tais como:*

*I — a construção, demolição, reforma e ampliação de edificações;*

*II — sondagens, fundações e escavações;*

*III — construção de estradas e logradouros públicos;*

*IV — construção de pontes, viadutos e monumentos;*

*V — terraplenagem e pavimentação;*

*VI — pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias; etc.*

*VII — quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.*

Concordamos também com a decisão de primeira instância quando assevera que o exercício de qualquer atividade vedada, mesmo em caráter excepcional ou minoritário impossibilita a opção, uma vez que não é possível a separação de regimes para cada atividade exercida. O mesmo se pode dizer do exercício sem autorização das autoridades fiscalizadoras.

Já os efeitos da exclusão foram fixados a partir de 1º de janeiro de 2002 conforme o disposto no art. 15, II, da Lei 9.317/96:

*Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:*

*I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;*

*II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;*

Mas, conforme o inciso II acima e o constatados nas notas fiscais de prestação de serviços (e-fls. 07/33), as prestações deram-se a partir de junho de 2002, devendo a exclusão vigor a partir de 01/06/2002.

Ressalte-se que alegações de excesso inconstitucional do legislador ordinário deve ser levado a apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe a verificação da compatibilidade da norma jurídica com os preceitos constitucionais. Estes argumentos são inoponíveis na esfera administrativa. Nesse sentido o art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972. São também inoponíveis a esta Turma as decisões em que não tenha sido parte o Recorrente ou que não tenha efeito vinculante ou legislação que não se refere ao período em litígio.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

*(Assinado Digitalmente)*

Lizandro Rodrigues de Sousa

Processo nº 10840.000564/2004-46  
Acórdão n.º **1001-000.742**

**S1-C0T1**  
Fl. 104

---

**VER parágrafo único do artigo 24 da IN SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003.**

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, fixando os efeitos da exclusão a partir de 01/06/2002.

*(Assinado Digitalmente)*

Lizandro Rodrigues de Sousa