



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° : 10845.003872/2002-11
Recurso n° : 133.647
Acórdão n° : 303-33.465
Sessão de : 17 de agosto de 2006
Recorrente : MADEIREIRA PORTAL KIT PORTAS E JANELAS
LTDA.
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA.

A atividade de comércio de esquadrias de madeira, que inclua sua eventual instalação, não configura, por si só, atividade abrangida no conceito de atividade auxiliar de engenharia civil vedada ao SIMPLES. As notas fiscais apresentadas pelo recorrente não identificam atividade impedida e a fiscalização não apresentou qualquer evidência de efetiva atividade auxiliar de construção civil.

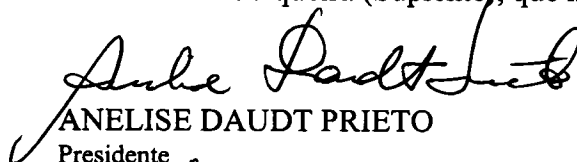
INCLUSÃO RETROATIVA.

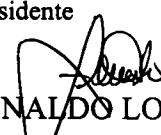
Embora a retificação na FCPJ, do código próprio do SIMPLES, só tenha ocorrido em 10/09/2002, a apresentação de declarações de tributos, e respectivos recolhimentos, na sistemática do SIMPLES, desde sua inscrição no CNPJ, em 28/08/1998, evidenciam a clara opção e intenção de inclusão da interessada. Se a atividade exercida pela empresa não é legalmente vedada, nem há outros óbices, não há razão para impedir a sua inclusão formal no regime simplificado desde 01/01/1999. Deve ser arquivado, por perda de objeto, o processo administrativo n° 10845.004.544/2002-11 iniciado pela representação feita pela SACAT/DRF/Santos para a exclusão da recorrente do SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Luiz Carlos Maia Cerqueira (Suplente), que negava provimento.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Formalizado em: 26 OUT 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bártoli e Tarásio Campelo Borges. Ausente o Conselheiro Sérgio de Castro Neves. Presente o Procurador da Fazenda Nacional Leandro Felipe Bueno Tierno.

Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

RELATÓRIO

A empresa identificada em epígrafe solicitou à DRF/Santos sua inclusão no SIMPLES retroativa a 01/01/1997, alegando que desde então apresenta suas declarações e faz os recolhimentos de tributos neste regime, mas que somente tendo expressado formalmente sua opção em requerimento datado de 10/09/2002, fora considerada a possibilidade de inclusão só a partir de 01/01/2003.

A repartição de origem indeferiu a solicitação, alegando que:

a) O contribuinte apresentou as declarações, e efetuou seus recolhimentos, de 1999 a 2002 na sistemática do SIMPLES, porém, não incluiu na FCPJ, no momento da inscrição o código 301, e somente em 10/09/2002, regularizou a falha na FCPJ, tendo sido incluída no SIMPLES a partir de 01/01/2003.

b) Em resposta à Intimação 187/2002, que visava a apurar o exercício de atividade vedada pela requerente, o interessado informou que entre as atividades praticadas está a de montagem e instalação de batentes, portas e janelas fabricados pela empresa. Apresentou cópias de notas fiscais de serviços de instalação de portas e batentes, de execução de balcão e de telhado.

c) Com base na Lei 9.317/96, art. 9º, V, c/ a redação dada pela Lei 9.528/97, e consoante o entendimento expresso no Ato Declaratório COSIT 30/99 verifica-se que a atividade exercida é auxiliar da construção civil, e, portanto, está enquadrada entre as vedadas pelo art.9º da Lei 9.317/96.

d) Indeferimento da solicitação e proposta de exclusão do SIMPLES da empresa incluída em 01/01/2003, por exercício de atividade vedada, assegurando-se ao contribuinte a apresentação de recurso voluntário desta decisão dirigido à DRJ, no prazo de 30 dias da ciência..

Na sua inconformidade manifestada à DRJ tempestivamente a interessada afirma que :

1. Sua atividade econômica é o comércio de materiais de construção, e que essa atividade não é excluída da opção pelo SIMPLES. Acrescenta que os serviços que presta de eventual instalação de produtos que comercializa, não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 9º da Lei 9.317/96, e representam apenas pequena parte do seu faturamento, que a sua atividade preponderante não é vedada.

2. Diz que é absolutamente claro que a empresa não executa obras de construção civil, nem próprias nem de terceiros, que também não executa

Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

reformas, nem ampliações de edificações, nem qualquer outra benfeitoria agregada ao solo.

3. Aduz que, ao contrário do que afirmou a DRF/Santos às fls. 41/44 para indeferir a pretensão do contribuinte, as atividades elencadas no Ato Declaratório COSIT 30/99, de pintura, carpintaria, instalações elétricas e hidráulicas, aplicação de tacos e azulejos, colocação de vidros e esquadrias, são de prestação de serviços como atividade principal, e que a aplicação dos materiais que comercializa tem mero caráter acessório, sendo o comércio dos materiais a atividade principal. Que a prestação de serviços como atividade preponderante é que é determinante da exclusão.

4. Que a atividade da empresa é a comercialização de portas, janelas e batentes, cuja instalação é apenas eventual. Assim, da mesma forma que a Lei do Simples não excluiu o comerciante de materiais de construção, pelo simples fato de serem materiais de construção empregados em obras civis, também não excluiu o comércio de portas e janelas, que apenas eventualmente vende tais materiais instalados, cobrando pela prestação desses serviços, mas que nem por isso se transforma em empresa prestadora de serviços auxiliares da construção civil.

5. O equivocado entendimento da DRF levaria a que se uma empresa, por exemplo, vendedora de esquadrias, não poderia instalá-las, cobrando naturalmente pela instalação, porque a simples instalação a colocaria na situação de serviço auxiliar de construção civil, e ficaria sem direito à inclusão no SIMPLES.

6. Esse entendimento distorcido e equivocado não se coaduna com a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, conforme se vê pelas ementas dos acórdãos 202-12913 (Recurso nº 114.145), de 18/04/2001, rel. Adolfo Montelo, e Ac. 202-12713 (Recurso nº 114.188), de 24/01/2001, rel. Antônio Carlos Bueno Ribeiro (fls. 54/55), segundo os quais a pintura ou instalação de esquadrias metálicas não é considerada como serviço auxiliar da construção civil, não se constituindo, pois, em atividade vedada pelo SIMPLES.

7. Como se vê desses julgados, não é a comercialização, nem mesmo a instalação de esquadrias, que excluem a opção. Assim, por ser inconsistente a decisão da DRF/Santos, eivada de nulidade absoluta porque proferida ao arpejo das disposições legais aplicáveis à espécie, pede sua reforma, e protesta por apresentar todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente a juntada de documentos, oitiva de testemunhas, perícias, etc.

A DRJ/SPO I, por sua 2ª Turma de Julgamento, decidiu, por unanimidade, indeferir o pleito. As principais razões alegadas foram:

1. Com base na legislação de regência, o entendimento da SRF, expresso pela COSIT, sustenta que até podem constar do Contrato Social da optante pelo SIMPLES de atividade vedada em meio a outras não vedadas, desde que se

Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

comprove que somente efetivamente exerce as atividades não impedidas. Porém, se obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante, e ainda que não prevista no Contrato Social, também será impedida de optar pelo SIMPLES.

2. As atividades descritas nas notas fiscais juntadas pelo contribuinte aos autos revelam receita, ainda que relativamente pequena, por atividade impedida ao SIMPLES.

Pelo que indeferiu o pedido do contribuinte de inclusão retroativa, e confirmou o entendimento de que exerce atividade impedida, o que representa razão para a sua exclusão do SIMPLES (objeto de outro processo nº 10845.004.544/2002-32).

Consta, às fls. 117, uma Intimação dirigida ao contribuinte pela DRF/Santos, EQCOB/SACAT/400/05, a qual determina que providencie, em 30 dias da ciência, as retificações das DIPJ apresentadas indevidamente no regime do SIMPLES, que efetue a compensação dos pagamentos efetuados no SIMPLES, e que regulariza os débitos decorrentes das DIRPJ retificadoras a serem apresentadas em outro regime de tributação. Informa, ao final, que é facultada a apresentação de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes no mesmo prazo antes mencionado, contudo adverte que se não houver a regularização das pendências apontadas, ou alternativamente não for apresentado de recurso voluntário, a Seção de Fiscalização adotará as providências cabíveis.

Irresignada com a decisão da DRJ, a interessada apresentou tempestivo recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, constante às fls. 119/132, no qual além de rearticular as razões antes explicitadas na fase de impugnação busca ressaltar os seguintes aspectos:

1. A decisão recorrida manifesta interpretação equivocada da lei de regência, e pretendeu proibir o que a Lei 9.317/96 não proíbe. A norma apontada como fundamento da decisão seria a contida no inciso V do artigo 9º, que indica a impossibilidade de opção pelo SIMPLES pela pessoa jurídica que se dedique à compra e venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis.

2. Mais adiante, no parágrafo 4º do mesmo artigo, o legislador define, para efeito desta Lei, o que vem a ser a “construção de imóveis”, que seria no entendimento da decisão recorrida a atividade vedada prestada pela recorrente. A definição abrange como atividade de “construção” de que trata o inciso V do art.9º, a construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

3. Ora, senhores conselheiros, conforme dito inicialmente, e comprovado documentalmente, a atividade sob análise não é de venda, nem de loteamento, ou incorporação, ou de construção de imóveis, mas sim de comércio de materiais, que a princípio podem ser denominados de materiais de construção (portas,

Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

janelas, batentes, esquadrias de madeira, etc). Sendo certo que a atividade da recorrente não está no rol taxativo de vedações ao SIMPLES nos termos da Lei.

4. Assim, o entendimento injustificado da decisão recorrida foi o de que a atividade mesmo eventual e acessória, com receita relativamente irrelevante, de serviços de instalação de portas e janelas, por serem equiparadas às de construção civil, impede sua inclusão no SIMPLES. No entanto, não se pode entender que a atividade de instalar as portas e janelas que vende, seja confundida com atividade de construção de imóveis.

5. A atividade de construção civil, impedida ao SIMPLES, não se compara sob qualquer hipótese com a eventual instalação de portas e janelas, na medida em que a primeira consiste na completa edificação de imóveis, abrange a aplicação de conhecimentos de engenharia civil. Elétrica e hidráulica, geologia, direito, demandando mão de obra especializada de engenheiros, peritos, técnicos, enseja a utilização de mão de obra especializada em marcenaria, pintura, instalações elétricas e hidráulicas, etc. Não há porque confundir as atividades descritas com a eventual instalação de portas e janelas que a empresa comercializa.

6. O legislador se esforçou por diferenciar a atividade de construção civil daquela exercida pela recorrente. Veja-se que a MP 1.526/96 que originou a Lei 9.317/96 proibia a opção ao SIMPLES pelas pessoas jurídicas “que se dediquem à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras de construção civil”. Esta, entretanto, não foi a redação que vingou na edição da Lei 9.317/96, art. 9º, V, posto que foi suprimida a expressão sublinhada acima “... e à execução de obras da construção civil”, que se mantida até poderia justificar o enquadramento de instalação de portas e janelas na vedação, mas a expressão foi suprimida do texto legal, evidenciando que o legislador expressamente retirou a vedação, antes prevista na MP, sobre aquelas empresas por apenas executar obras próprias da construção civil.

7. A Lei não vedou ao SIMPLES o comércio de materiais de construção, e também não excluiu o comerciante de portas e janelas, mesmo que eventualmente, ao vender seus produtos, faça a sua instalação. Isto não a transforma em empresa prestadora de serviços auxiliares da construção civil.

8. Assim tem entendido o Conselho de Contribuintes, conforme acórdão já mencionados na impugnação (transcritos às fls. 130/131.

Pede que a decisão recorrida, eivada de nulidade absoluta porque proferida ao arpejo da lei, seja reformada, para que não se faça necessário recorrer ao Poder Judiciário.

É o relatório.

Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, Relator

A matéria tratada neste processo é da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes, o recurso foi tempestivamente apresentado, estando cumpridos os requisitos para a admissibilidade do recurso voluntário.

A decisão recorrida apresentou basicamente duas razões para indeferir o pedido da ora recorrente, de inclusão retroativa a 01/01/1999. Lembra-se que a empresa está enquadrada na sistemática do SIMPLES desde 01/01/2003. As razões foram:

1) A Lei 9.317/96 veda a opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que se dedique à construção de imóveis, e entende a r. DRJ que a fabricação, comércio e eventual instalação de portas e janelas representa serviço auxiliar de construção civil. Os atos normativos da SRF, notadamente o Ato Declaratório COSIT 30/99, considera que a atividade vedada de construção de imóveis abrange obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, entre os quais se encontra a colocação de esquadrias.

2) O entendimento oficial da SRF, através da COSIT, também adverte que se ocorrer receita da empresa advinda de atividade vedada ao SIMPLES, em qualquer montante, haverá impedimento para a opção.

Devo dizer que quanto ao que se afirma no item "2" acima, entendo ser correta a interpretação da legislação vigente, ou seja, se no Contrato Social da empresa houver cláusula prevendo um rol de atividades, e entre elas estiver descrita atividade impedida ao SIMPLES, porém não exercida efetivamente, não haverá óbice ao enquadramento no regime simplificado, porém, por outro lado, se dentre as atividades exercidas se verificar pelo menos uma que seja vedada, acessória que seja, mas da qual a empresa obtém receita, então esta empresa não reunirá condições de enquadramento enquanto exercer a atividade impedida ao regime.

A discussão que resta é instigante e se dá em torno do que está descrito no item "1" acima.

Está fora de questão que a Lei do SIMPLES veda a opção por empresa que se dedique à construção de imóveis. A proibição expressa está no art.9º,V, mas para a boa interpretação da norma convém observar atentamente o seu texto:

"Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica:



Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

....

V – que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;... ”.

A recorrente indaga com oportuna propriedade se a empresa, como ela é, que comercializa portas e janelas de madeira, além da madeira em si, pode de algum modo ser confundida com uma pessoa jurídica que se dedique a qualquer daquelas atividades enumeradas no item V do art.9º da Lei 9.317/96. A resposta que flui naturalmente é não, não pode ser confundida nem mesmo com a empreiteira de obras que faça a colocação de esquadrias e vidros na obra de edificações.

Para o mais desatento observador não passará despercebido que é de todo diferente um serviço auxiliar de construção civil de outro, exercido por empresa comercial, que vende madeira, e também portas e janelas já prontas, ainda que eventualmente ofereça aos compradores a opção de ir colocá-las no lugar.

O primeiro caso consiste em uma pequena empresa que oferece a mão-de-obra de marceneiros ou pedreiros de acabamento, que na obra de construção, se põem sob as ordens de um engenheiro, e complementando o serviço de construção da edificação, têm a responsabilidade de montar e assentar esquadrias, ou eventualmente apenas assentá-las, segundo o previsto no projeto arquitetônico e de cálculo estrutural, sob a supervisão direta do mestre de obras e, indireta, do engenheiro da obra.

No segundo caso, em geral são os chamados armazéns de madeira, cuja atividade não se enquadra como serviço auxiliar de engenharia. Neste ponto, é forte o argumento da recorrente quando, com razão, destaca que as empresas que vendem materiais de construção claramente não estão impedidas de se enquadrar no SIMPLES, e o fisco efetivamente não as tem impedido de optar. Pois bem, é intuitivo perceber que o armazém de madeira, ainda que eventualmente ofereça ao comprador de janela pronta instalá-la no local, está muito mais próximo da empresa que vende material de construção do que da empreiteira de obras.

A nossa experiência com os processos que tratam de exclusão do SIMPLES demonstra que a SRF, encarregada de supervisionar e fiscalizar o regime simplificado, não tem focado a sua importância estratégica e arrecadatória, bem como o seu caráter sócio-econômico, apesar do registro, aparentemente contraditório, de que a sua concepção e proposição à sociedade, surgiram da própria SRF. O que resulta da falta de contextualização dos casos concretos, da deficiência de atividade de campo, da interpretação capenga da norma legal, do pernicioso e conservador apego excessivo à forma em detrimento da substância, leva a que a ênfase se coloque taticamente equivocada na exclusão e não na inclusão. Contudo, advirta-se sempre que, evidentemente, não se pode, e nem se deve, abandonar a vigilância necessária sobre os inevitáveis aproveitadores e oportunistas.

Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

Sobre o mérito envolvido neste processo me filio ao entendimento, evocado no recurso voluntário, exarado no voto condutor do acórdão proferido pela Segunda Câmara do Segundo Conselho, em 18/04/2001, com relação ao Recurso nº 114.145, no qual o eminente relator Adolfo Montelo destrinchou o tema com clareza de modo a concluir que *“a instalação de Box para banheiros, vitraux e pintura de esquadrias metálicas e calhas, quando realizadas pelo próprio fabricante, não é considerada como serviço auxiliar da construção civil, não constituindo, portanto, atividade vedada à opção pelo SIMPLES”*.

Em conclusão, entendo que a excessiva abrangência que a decisão recorrida pretendeu dar ao conceito de “serviço auxiliar de construção de imóveis” não atinge a atividade de fabricação e comércio de madeira e de esquadrias de madeira, ainda que eventualmente a venda inclua a instalação da peça *in loco*.

Do que se expôs até aqui se conclui pela adequação da atividade desenvolvida ao enquadramento no SIMPLES.

Um outro aspecto da questão a ser dirimida é quanto à inclusão formal, ou não, a partir de 01/01/1999.

A recorrente foi enquadrada no SIMPLES perante a SRF, apenas a partir de 01/01/2003, porque somente em 24/09/2002 retificou formalmente a FCPJ com indicação do código 301 (opção pelo SIMPLES), mas segundo informa a repartição de origem, e consta dos documentos anexos, a FCPJ original foi cadastrada em 28/08/98, com o código errado (101), embora a interessada desde a sua constituição tenha apresentado sempre suas declarações de tributos, e respectivos recolhimentos, dentro a sistemática do SIMPLES. Esse procedimento atesta sem margem a dúvida a efetiva opção pelo regime simplificado, ainda que na FCPJ original tenha sido praticado um erro de código. Mas a mera indicação de código errado, com o preenchimento de todas as demais condições de enquadramento, é argumento frágil diante da apresentação sistemática, tempestiva, acompanhada dos respectivos recolhimentos de tributos, ocorrida no período de 1999 a 2002, conforme atestou a SACAT/DRF/Santos às fls. 41.

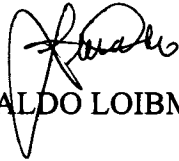
Portanto, concluo que não há razão para impedir a sua inclusão formal no regime simplificado desde 01/01/1999.

É conveniente e oportuno lembrar que houve registro nestes autos, mencionado no relatório acima, que há um outro processo administrativo, nº 10845.004.544/2002-32, que trata da exclusão da ora recorrente do regime SIMPLES, por decorrência de representação da SACAT/DRF/Santos resultante do despacho de fls. 41/44 destes autos. Registra-se que sendo o presente voto acatado pelo Plenário de modo a ser condutor de acórdão desta Câmara, deverá a repartição de origem providenciar o arquivamento de tal processo por perda de objeto, já que aqui se reconhece o direito de enquadramento da recorrente.

Processo nº : 10845.003872/2002-11
Acórdão nº : 303-33.465

Pelo exposto voto no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer o direito da recorrente de permanecer enquadrada no SIMPLES, considerando-se seu enquadramento formal retroativamente a 01/01/1999.

Sala das sessões, em 17 de junho de 2006.



ZENALDO LOIBMAN - Relator