



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10945.011190/2004-16
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-004.286 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 11 de julho de 2019
Recorrente NEUBERN ENGENHARIA EM CONCRETO PRÉ MOLDADOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. EXCLUSÃO. MONTAGEM DE ESTRUTURAS EM CONCRETO PRÉ-MOLDADO. ATIVIDADE EQUIPARADA A CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO PELO SIMPLES.

A atividade, ainda que ocasional, de montagem de estruturas em concreto pré-moldado fabricadas pelo sujeito passivo impede a opção pelo Simples.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Cristiane Silva Costa (relatora) e Amélia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada), que lhe deram provimento. Votaram pelas conclusões, em relação ao conhecimento, os conselheiros André Mendes de Moura, Edeli Pereira Bessa e Viviane Vidal Wagner. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo- Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora Designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadó.

Relatório

Trata-se de processo originado por Ato de Exclusão do Simples (fls. 45), nos seguintes termos:

De acordo com o disposto nos artigos 9º ao 16 da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com as alterações promovidas pela Lei n.º 9.732, de 11 de dezembro de 1998 e pelo artigo 73 da Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27.07.2001, e de acordo com a disciplina da Instrução Normativa n.º 355, de 29 de agosto de 2003, DECLARO a contribuinte acima identificada EXCLUÍDA da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei supracitada, denominada SIMPLES a partir de 01/01/2002, pelo(s) seguinte(s) motivo(s): Exercício de atividade vedada à opção pelo SIMPLES.

Os efeitos da exclusão obedecem ao disposto no inciso II do art. 15 da Lei n.º 9.317/96, com a redação dada pela Lei n.º 9.732/98, alterada pelo artigo 73 da Medida Provisória n.º 2.518-35, de 24.08.2001, regulamentada pelo inciso parágrafo único, do art. 24 da Instrução Normativa SRF n.º 355/2003.

O contribuinte questionou a citada exclusão do Simples (fls. 49), decidindo a DRJ em Curitiba pela manutenção da exclusão o Simples, conforme acórdãos às fls. 71:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2002

Ementa: TERCEIRIZAÇÃO MONTAGEM DE ESTRUTURAS PRÉ-MOLDADAS.

A comprovação de que o sujeito passivo assume a responsabilidade pela montagem dos produtos que industrializa, ainda que tenha terceirizado os serviços da atividade vedada, impede sua permanência no Simples.

Solicitação Indeferida

Consta do voto condutor da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba:

As notas fiscais emitidas pela empresa JNN — Empreiteira de Obras Ltda, têm como destinatário dos serviços a ora reclamante — Neubern - Engenharia em Concreto PréMoldado Ltda, o que significa que a reclamante assumia o compromisso de efetuar a montagem dos pré-moldados, por ocasião das vendas e terceirizava os serviços à JNN.

Assim, ocorria o faturamento pelo preço "fechado" (incluindo os valores da montagem) e, posteriormente, a JNN — Empreiteira de Obras Ltda emitia contra a reclamante a nota fiscal relativa aos serviços prestados, e a reclamante lhe repassava o numerário correspondente.

Assim, a comprovação de que o sujeito passivo assume a responsabilidade pela montagem dos produtos que industrializa, ainda que tenha terceirizado os serviços da atividade vedada, impede sua permanência no Simples.

O contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 78) , ao qual a julgada pela 1ª Turma Especial da Terceira Seção deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais negou provimento, conforme acórdão **3801-00.120** (fls. 98):

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

Ano-calendário: 2002

Atividade vedada. Se a recorrente confessa que realizou uma atividade vedada para o ingresso no Simples, deve o recurso ser improvido. Votação unânime.

Recurso voluntário negado.

Sendo intimado em 13/01/2010 (fls. 104), o contribuinte interpôs recurso especial em 25/01/2010 (fls. 106), no qual sustenta divergência na interpretação da lei tributária, identificando os acórdãos paradigmas **303-34.526** e **303-33.797**. Ressalta que o segundo acórdão paradigma consta do arrazoado denominado "da Lei 9.317", mas o Recorrente expressamente define tal acórdão como "*outro julgado paradigma*".

O recurso especial foi admitido pela então Presidente da 1ª Câmara da Primeira Seção, conforme despacho às fls. 116 (pdf. 126), mencionando-se apenas o **acórdão paradigma n.º 303-34.526**, como se verifica do trecho a seguir colacionado:

Com efeito, a decisão a quo negou provimento ao recurso voluntário sob o fundamento de o serviço de montagem de barracão ou balcão pré-moldado, de industrialização da contribuinte, caracterizar exercício de atividade impeditiva de ingresso e permanência no regime tributário do SIMPLES, ao passo que no acórdão indicado como paradigma, n.º 303-34.526, aplicando a mesma legislação tributária, foi expresso o entendimento de que em se tratando de serviço esporádico de montagem, realizado por empresa que industrializa e comercializa estrutura metálicas, não caberia a exclusão do SIMPLES, constatando-se a existência de similitude fática e de direito entre os acórdãos comparados, porém com decisões díspares.

Como não foi apreciada pelo Presidente da Câmara a alegada divergência na interpretação da lei tributária com relação ao acórdão identificado como paradigma, de n.º **303-33.797**, os autos retornaram ao Presidente de Câmara. Em despacho complementar de admissibilidade do recurso especial, analisado o segundo acórdão paradigma, o recurso também foi admitido com relação a este acórdão.

A Procuradoria apresentou contrarrazões ao recurso especial (fls. 132), requerendo seja negado provimento ao recurso especial. Após o despacho complementar de admissibilidade do recurso, foi apresentada complementação às contrarrazões, requerendo não conhecimento do recurso quanto ao acórdão paradigma **303-33.797**, além de reiteradas razões de mérito.

Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relator.

Conhecimento

A Procuradoria questiona o conhecimento do recurso especial quanto ao segundo paradigma (303-33.797). No entanto, não questiona o conhecimento quanto ao primeiro (303-34.526).

De toda forma, reavalio as condições de conhecimento do recurso especial, considerando o questionamento referido.

Conhecimento – Acórdão paradigma 303-34.526

O primeiro acórdão paradigma (303-34.526) trata do seguinte contexto fático, descrito em seu relatório:

A contribuinte acima qualificada, foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) mediante Ato Declaratório Executivo DRF/MRA n.º 39 (fl.35), de 10 de novembro de 2004, de emissão do Sr. Delegado da Receita Federal em Marília, em razão de entender aquela autoridade que a atividade econômica desenvolvida pela contribuinte é vedada à opção ao Simples, "por incurso no inciso V, do art. 9º da Lei n.º 9.317, de 1996".

Constou do ato declaratório que os efeitos da exclusão seria a partir de 01/01/2002 em obediência ao disposto no inciso II do parágrafo único do artigo 24 da Instrução Normativa (IN) — SRF n.º 355, de 29/08/2003.

Ressalte-se, que a exclusão do referido sistema foi motivada pela Representação Fiscal do INSS (fls. 02 a 04) que informou à Secretaria da Receita Federal que a empresa presta serviços auxiliares da construção civil.

Diante deste panorama, decidiu o Colegiado prolator do primeiro acórdão paradigma (303-34.526):

Para o mais desatento observador não passará despercebido que é de todo diferente um serviço auxiliar de construção civil de outro exercido por empresa industrial e comercial, que vende estruturas metálicas, peças a serem montadas no local pretendido pelo cliente. O primeiro caso, de empreiteiro de construção civil, consiste em uma pequena empresa que oferece a mão-de-obra de ferreiro, serralheiro ou pedreiro de acabamento, que na obra de construção, se põe sob as ordens de um engenheiro, e complementando o serviço de construção da edificação, têm a responsabilidade de montar e assentar esquadrias ou estruturas metálicas, 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, estão os fabricantes/comerciantes de materiais de construção, entre estes as estruturas metálicas, 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 fabricante de estruturas metálicas, ainda que eventualmente ofereça ao comprador a instalação no local, ou apenas a manutenção dessas estruturas, cujas peculiaridades exigem mão-de-obra específica e especializada, está muito mais próximo da empresa que vende material de construção do que da empreiteira de obras. (...)

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 n.º 114.145, no qual o eminente relator Adolfo Monteio 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 no caso concreto, 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 estruturas metálicas, ainda que eventualmente a venda inclua a instalação da peça in loco, nem tampouco quando o serviço se restrinja à manutenção de estruturas metálicas já instaladas, dada a sua especificidade.

Nota-se que o acórdão paradigma trata de exclusão do Simples de empresa enquadrada na hipótese tratada nestes autos para fins de exclusão no Simples. A despeito disso, concluiu o Colegiado prolator deste acórdão pela manutenção do contribuinte no Simples, divergindo da conclusão do acórdão recorrido. Assim, o acórdão paradigma tem similitude fática e divergência na interpretação da lei tributária suficientes ao conhecimento do recurso especial.

Ressalto que o primeiro acórdão paradigma foi reformado pela CSRF (acórdão 9101-001.063), sendo publicada a decisão em 20/09/2011, portanto, posteriormente à interposição de recurso especial (em 2010).

Nesse sentido, **conheço do recurso especial quanto ao paradigma.**

Conhecimento – Acórdão paradigma 303-33.797

Destaquem-se os fatos tratados pelo **segundo acórdão paradigma (303-33.797)**, tratado expressamente em contrarrazões pela Procuradoria:

De acordo com referido Ato declaratório a exclusão se daria a partir de 01/01/2002, por força da IN/SRF 355/2003, art. 24, II.

A situação excludente teria por motivação a prestação de serviços de instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral.

A fundamentação legal para a exclusão estaria ancorada na Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, art. 9.º, V; com redação dada pelo art. 6.º da Lei n.º 9.779/99.

Cientificada da exclusão, apresenta manifestação de inconformidade de fls. 40/54, firmada por advogado constituído pela procuração de fl.67, onde, alega que a sua atividade econômica é a fabricação, comércio e exportação de artefatos metálicos e esquadrias metálicas em geral, e enquadra-se perfeitamente nas hipóteses exigidas pela Lei 9.317/96, para que seja tributada pelo Simples (...)

Após discorrer sobre a prevalência do princípio da verdade material, salienta que o preceito legal utilizado para excluir a requerente do Simples (art. 9.º, V, da Lei 9.317/96), apresenta-se incorreto, pois a atividade por ela desenvolvida, consoante seu contrato social, não a enquadra como atividade de construção de imóveis.

Diante de tal quadro fático, decidiu o Colegiado prolator do **segundo acórdão paradigma (303-33.797)**:

1) A Lei 9.317/96 veda a opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que se dedique à construção de imóveis e entende a DRJ que as atividades desenvolvidas pela recorrente, como reforma e manutenção de cobertura metálica, montagem de forros, reforma e modificação em ponte rolante, desmontagem de porta-pallets, etc, representam obras e serviços auxiliares de construção civil. A SRF, notadamente através do 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 encontrariam aquelas atividades desenvolvidas pela empresa. (...)

A discussão que resta gira 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, inciso V, e § 40, mas para a boa interpretação da norma convém observar atentamente o seu texto: (...)

A recorrente indaga, com oportuna propriedade, se uma empresa, como ela, que fabrica, comercializa e instala estruturas metálicas, faz a montagem de forros, reforma em escadas e portões, manutenção em telhados, manutenção e montagem de complemento em mezanino, 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 industrial e comercial, que, por exemplo, vende estruturas metálicas, peças a serem montadas no local pretendido pelo cliente. O primeiro caso, de empreiteiro de construção civil, consiste em uma pequena empresa que oferece a mão-de-obra de ferreiro, serralheiro ou pedreiro de acabamento, que na obra de construção, se põe sob as ordens de um engenheiro, e complementando o serviço de construção da edificação, têm a responsabilidade de montar e assentar esquadrias ou estruturas metálicas, 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, estão os fabricantes/comerciantes de materiais de construção, entre estes as estruturas metálicas, cuja atividade não se enquadra como serviço auxiliar de engenharia. Neste ponto, é forte o argumento que 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. Portanto, o fabricante de estruturas metálicas, ainda que eventualmente ofereça ao comprador a instalação no local, ou apenas a manutenção dessas estruturas, cujas peculiaridades exigem mão-de-obra específica e especializada, está muito mais próximo da empresa que vende material de construção do que da empreiteira de obras.

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 n.º 114.145, no qual o eminente relator Adolfo Monteio 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, no caso concreto, a excessiva abrangência que a decisão recorrida pretendeu dar ao conceito de "serviço auxiliar de construção de imóveis" não atinge a atividade desenvolvida pela empresa recorrente de fabricação, comércio e manutenção de estruturas metálicas, ainda que eventualmente a venda inclua a instalação da peça in loco, nem tampouco quando o serviço se restrinja à manutenção de estruturas metálicas já instaladas, dada a sua especificidade.

As razões de decidir no segundo acórdão paradigma são idênticas às razões do primeiro acórdão paradigma.

Assim como naquele caso, vislumbro similitude entre os casos, suficiente para que seja analisado por este Colegiado se os serviços auxiliares de construção de imóveis teriam vedação à permanência no Simples, na forma do artigo 9º, V, Lei n.º 9.317/1996.

Portanto, conheço do recurso especial quanto a ambos os paradigmas.

Mérito

A contribuinte foi excluída do Simples diante de informação fiscal (fls. 40), da qual se extrai:

Com efeito, em atendimento à Intimação SECAT n.º 252/2004 (fis. 02), o contribuinte apresentou nota fiscal de mão-de-obra de montagem (fls. 15), que evidencia o exercício de atividade vedada.

Em pesquisa realizada no sítio do Município de Foz do Iguaçu na Internet constata-se, também o desempenho de atividade vedada, referente ao contrato firmado entre empresa em epígrafe e o Município de Foz do Iguaçu para fornecimento e montagem de estruturas em concreto pré-moldados (barracões) (fls.30), na mesma pesquisa, também se verificou que a nota fiscal 446 anexada aos autos (fls. 27) refere-se a carta convite n.º 251 do Município de Foz do Iguaçu (fis.31) como construção de barracões pré-moldados para a Secretaria de Ação e não apenas como uma simples venda de estrutura pré-moldada como destacado na nota fiscal, e que conforme discriminado na referida nota, desde 14112/2001, desempenha atividade vedada. Lê-se na legislação de regência do Simples:

LEI N.º 9.317/96

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;

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

§ 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. (introduzido pelo art. 4º da Lei n.º 9.528/97)

(...)

A Coordenação-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, mediante o Ato Declaratório Normativo Cosit n.º 30/99, determina 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, nos seguintes termos (...)

Mesmo se não se tratar de serviços em construções em andamento, mas, sim, de reparação e manutenção em residências já habitadas, em nada altera a vedação pela opção ao Simples, uma vez que tal distinção (construção em andamento e residências habitadas) não fora mencionada no ADN n.º 30/1999, que definiu as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil. Ademais, o já citado § 40 do art. 9º da Lei n.º 9.317/1997 explica que a construção de imóveis compreende a demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo, sendo, portanto, o termo "construção de imóveis" utilizado não só para designar uma construção nova, em andamento, mas também para as demais elencadas no referido dispositivo. (...)

A teor do citado comando legal, aparentemente a interessada não é atingida pela vedação. Todavia, convém assinalar que, em relação a casas ou galpões e barracões pré-fabricados, exceto sua comercialização, não é permitida à empresa execução de

montagem ou edificação, ou atividade que caracterize "execução de obra de construção civil", hipótese em que não poderá optar pelo SIMPLES a partir de 1.º101198.

Ex positis, PROPONHO seja elaborado Ato Declaratório para que a contribuinte seja excluída de ofício desse sistema (art. 14, inciso I), com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002 (IN SRF n.º 355/2003, art. 24, parágrafo único, inciso II) com a aplicação da multa de 10% do total dos impostos e contribuições devidos de conformidade com o Simples no mês que anteceder o início dos efeitos da exclusão, não inferior a R\$ 100,00 e insuscetível de redução (art. 21 da Lei n.º 9.317/96).

O Ato Declaratório de Exclusão do Simples (fls. 45), teve o seguinte fundamento:

De acordo com o disposto nos artigos 9º ao 16 da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com as alterações promovidas pela Lei n.º 9.732, de 11 de dezembro de 1998 e pelo artigo 73 da Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27.07.2001, e de acordo com a disciplina da Instrução Normativa n.º 355, de 29 de agosto de 2003, DECLARO a contribuinte acima identificada EXCLUÍDA da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei supracitada, denominada SIMPLES a partir de 01/01/2002, pelo(s) seguinte(s) motivo(s): Exercício de atividade vedada à opção pelo SIMPLES.

Como relatado, o Ato Declaratório Executivo identificou como atividades desenvolvidas pelo contribuinte: a construção de barracões pré-moldados.

O Ato Declaratório Executivo motiva suas decisões indicando que a atividade seria vedada e que aquele ato produziria efeitos a partir de 01/01/2002, com fundamento no artigo 15, II, da Lei n.º 9.317/1996, com redação dada pela Lei n.º 11.196/2005. Prescrevia o artigo 15, II, na redação considerada pelo Delegado da Receita Federal:

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

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

O mesmo Ato Declaratório motiva a exclusão nos incisos V e XIII, e §4º, todos do artigo 9º da Lei n.º 9.317/1996. À ocasião da ocorrência do fato identificado como causa para exclusão do Simples Federal (01/02/2002), vigia a Lei n.º 9.317/1996, que prescrevia:

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;

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

§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. (grifamos)

Destaco trechos do voto vencedor no acórdão recorrido, tratando do tema objeto de recurso especial:

A Lei n.º 9.317/96 dispõe sobre o regime tributário das microempresas e empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, ex vi:

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

()

XII - que realize operações relativas a: (.)

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

A Lei Complementar 123/06, institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: (...)

Em fls.47 observo que a atividade econômica é "fabricação e comércio de estruturas pré moldadas de concreto, galpões, palanques e lajes".

A vedação ao ingresso do SIMPLES é clara para qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

O nobre decisum da DRJ (fls.60), asseverou que o exercício da atividade de montagem dos produtos que industrializa, impede sua permanência no Simples.

Evidentemente que, a resolução 218/73 do CONFEA discrimina as atividades de execução de instalação, montagem, reparo e serviço técnico como regulamentadas.

Ex positis, a função desempenhada pela recorrente está elencada na vedação legal.

Em face do elencado em epígrafe e de tudo constante nos autos, conheço e nego provimento ao recurso voluntário, devendo a empresa ser excluída do SIMPLES, por exercer atividade vedada no diploma legal.

O acórdão recorrido, assim, menciona o exercício de atividade “regulamentada” e a Lei Complementar n.º 123/2006, temas que não foram tratados no momento da exclusão do Simples. De toda forma, menciona também a decisão da DRJ, que teria mantido a exclusão do Simples.

Pois bem.

O inciso V, do artigo 9º, ao tratar de "*compra e venda, loteamento, incorporação ou construção de imóveis*" não se refere à situações como do contribuinte, que fornece e monta estrutura em concreto pré-moldados.

Mesmo a previsão do §4º, que complementa o inciso V, determinando que "*a construção, reforma, ampliação de edificação e outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo*" não é suficiente para justificar a exclusão do contribuinte do Simples. Tal qual o inciso V, o §4º destina-se ao responsável por obra de construção civil, equiparado no próprio inciso V ao incorporador de imóvel, figuras que são notoriamente distintas daquele que fornece e monta barracão pré-moldados..

O IBGE identifica os serviços de execução de construção civil na "Seção F" da classificação de atividades (CNAE). São as notas explicativas desta Seção (<http://cnae.ibge.gov.br/?view=secao&tipo=cnae&versao=9&secao=F&chave=constru%C3%A7%C3%A3o%20civil>)

Notas Explicativas:

Esta seção compreende a construção de edifícios em geral (divisão 41), as obras de infra-estrutura (divisão 42) e os serviços especializados para construção que fazem parte do processo de construção (divisão 43).

A construção de edifícios compreende: a construção de edifícios para usos residenciais, comerciais, industriais, agropecuários e públicos.

Também estão compreendidas nesta seção as reformas, manutenções correntes, complementações e alterações de imóveis; a montagem de estruturas pré-fabricadas in loco para fins diversos de natureza permanente ou temporária.

A construção de obras de infra-estrutura compreende: a construção de auto-estradas, vias urbanas, pontes, túneis, ferrovias, metrô, pistas de aeroportos, portos e redes de abastecimento de água, sistemas de irrigação, sistemas de esgoto, instalações industriais, redes de transporte por dutos (gasodutos, minerodutos, oleodutos) e linhas de eletricidade, instalações esportivas, etc.

A construção de edifícios e de obras de infra-estrutura é realizada tanto pela empresa contratada como por meio da subcontratação de terceiros. A subcontratação pode ser de partes ou do todo da obra. As unidades que assumem a responsabilidade total do desenvolvimento de projetos de construção são classificadas nesta seção.

O aluguel de equipamentos de construção e demolição com operador é classificado junto à atividade específica de construção que inclua o uso desses equipamentos.

Esta seção compreende também as atividades de incorporação de empreendimentos imobiliários que promovem a realização de projetos de engenharia civil provendo recursos financeiros, técnicos e materiais para a sua execução e posterior venda. Caso a promoção de projetos de engenharia civil seja realizada com o propósito de sua incorporação no ativo imobilizado de negócio próprio, a unidade deverá ser classificada na atividade do seu negócio, p.ex., aluguel de imóveis, indústria, hotel, etc.

Esta seção não compreende a produção de materiais de construção ou de elementos mais complexos destinados a obras de edifícios e de infra-estrutura, tais como estruturas metálicas (divisão 25), elementos pré-fabricados de madeira (divisão 16), cimento ou outros materiais pré-moldados (divisão 23), a instalação e reparação de equipamentos incorporados a edificações, como elevadores, escadas rolantes, etc., quando realizadas pelas unidades fabricantes (seção C - divisão 28), os serviços de paisagismo (seção N - divisão 81) e a retirada de entulho e refugos de obra e de demolições (seção E - divisão 38).

O IBGE ainda identifica a divisão desta "Seção F" na forma a seguir colacionada:

Esta seção contém as seguintes divisões:

| | |
|----|--|
| 41 | <i>Construção de Edifícios</i> |
| 42 | <i>Obras de Infra-estrutura</i> |
| 43 | <i>Serviços Especializados para Construção</i> |

Na divisão **41 (Construção de Edifícios)** constam Notas Explicativas, das quais se extrai: "*Esta divisão compreende a construção de edifícios de todos os tipos (residenciais, comerciais, industriais, agropecuários e públicos), as reformas, manutenções correntes, complementações e alterações de imóveis, a montagem de estruturas de casas, abrigos e edifícios pré-fabricadas in loco para fins diversos de natureza permanente ou temporária quando não realizadas pelo próprio fabricante. (...)*". Esta Divisão 41 ainda subdivide-se no **Grupo 412 (Construção de Edifícios)**.

Caso se aplique os incisos V e §4º, como procedido nos autos, a exclusão da Recorrida quanto ao Simples dependeria da identidade da sua atividade com as atividades de Construção Civil identificadas no **Grupo 412**, do Código CNAE/IBGE. Este Grupo não tem notas explicativas além daquelas correspondentes à divisão, acima colacionadas.

Passamos à análise da única Classe identificada pelo IBGE dentro do grupo 412, qual seja: 4120-4: Construção de Edifícios. A hierarquia de tal Classe é a seguinte:

| <i>Seção</i> | <i>F</i> | <i>Construção</i> |
|------------------|---------------|--------------------------------|
| <i>Divisão</i> | 41 | <i>Construção de Edifícios</i> |
| <i>Grupo</i> | 412 | <i>Construção de Edifícios</i> |
| <i>Classe</i> | 412 | <i>Construção de Edifícios</i> |
| <i>Subclasse</i> | 4120-4 | <i>Construção de Edifícios</i> |

Sobreleva considerar as Notas Explicativas desta Subclasse, também extraído do mencionado site do IBGE:

Esta classe compreende:

- a construção de edifícios residenciais de qualquer tipo:
 - casas e residências unifamiliares
 - edifícios residenciais multifamiliares, incluindo edifícios de grande altura (arranha-céus)
- a construção de edifícios comerciais de qualquer tipo:
 - consultórios e clínicas médicas
 - escolas
 - escritórios comerciais
 - hospitais
 - hotéis, motéis e outros tipos de alojamento
 - lojas, galerias e centros comerciais
 - restaurantes e outros estabelecimentos similares
 - shopping centers
- a construção de edifícios destinados a outros usos específicos:
 - armazéns e depósitos
 - edifícios garagem, inclusive garagens subterrâneas
 - edifícios para uso agropecuário
 - estações para trens e metropolitanos
 - estádios esportivos e quadras cobertas
 - igrejas e outras construções para fins religiosos (templos)
 - instalações para embarque e desembarque de passageiros (em aeroportos, rodoviárias, portos, etc.)
 - penitenciárias e presídios
 - postos de combustível

- a construção de edifícios industriais (fábricas, oficinas, galpões industriais, etc.)

Esta classe compreende também:

- as reformas, manutenções correntes, complementações e alterações de edifícios de qualquer natureza já existentes
- a montagem de edifícios e casas pré-moldadas ou pré-fabricadas de qualquer material, de natureza permanente ou temporária, quando não realizadas pelo próprio fabricante.

E mais importante, o final das Notas Explicativas, que resolvem o tema em debate nos presentes autos, ao discriminar o que não se considera Construção Civil de Edifício (4120-4):

Esta classe não compreende:

- a fabricação e a montagem de casas de madeira (16.22-6), de concreto (23.30-3) ou de estrutura metálica (25.11-0), pré-moldadas ou pré-fabricadas, quando realizadas pelo próprio fabricante
- a fabricação de estruturas metálicas (25.11-0)
- a realização de empreendimentos imobiliários, residenciais ou não, provendo recursos financeiros, técnicos e materiais para a sua execução e posterior venda (incorporação imobiliária) (41.10-7)
- as obras de instalações elétricas (43.21-5), hidráulicas, sanitárias e de gás (43.22-3), etc.
- os serviços de acabamento da construção (43.30-4)
- a execução de edifícios industriais e outros por contrato de construção por administração (43.99-1)
- os serviços especializados de arquitetura (projetos arquitetônicos, urbanísticos e paisagísticos) (71.11-1)
- os serviços especializados de engenharia (concepção de projetos estruturais e de instalações, supervisão e gerenciamento de projetos de construção) (71.12-0)

A atividade do contribuinte, que ocasionou sua exclusão do Simples, lembramos, é a construção de barracões pré-moldados, o que se ajusta aos subitens 23.30-3 ou 25.11-0, acima reproduzidos.

Assim, as atividades desenvolvidas pelo contribuinte - que fundamentaram a exclusão do Simples não se enquadrando como construção de edifícios (Classe 4120-4: Construção de Edifícios), como exigido para enquadramento no inciso V e §4º, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/1996.

Também não me convence a pretensão de equiparar as atividades da Recorrida à de engenheiro, para justificar a exclusão do Simples com fulcro no artigo 9º, XIII, da Lei citada.

Vale lembrar a identificação pelo IBGE do serviço de Engenharia, constante da Subclasse 7112-0/00, dentro da seguinte estrutura:

| | | |
|----------------|------------|--|
| <i>Seção</i> | M | <i>Atividades Profissionais, Científicas e Técnicas</i> |
| <i>Divisão</i> | 71 | <i>Serviços de Arquitetura e Engenharia, Testes e Análises Técnicas</i> |
| <i>Grupo</i> | 711 | <i>Serviços de Arquitetura e Engenharia e Atividades Técnicas Relacionadas</i> |

| | | |
|------------------|------------------|-------------------------------|
| <i>Classe</i> | 7112-0 | <i>Serviços de Engenharia</i> |
| <i>Subclasse</i> | 7112-0/00 | <i>Serviços de Engenharia</i> |

Esta subclasse tem as seguintes notas explicativas, também extraídas do site do IBGE (<http://cnae.ibge.gov.br/?view=subclasse&tipo=cnae&versao=9.1.0&subclasse=7112000&chave=constru%C3%A7%C3%A3o%20civil>):

Esta Subclasse compreende:

- os serviços técnicos de engenharia, como a elaboração e gestão de projetos e os serviços e inspeção técnica nas seguintes áreas:
- engenharia civil, hidráulica e de tráfego
- engenharia elétrica, eletrônica, de minas, química, mecânica, industrial, de sistemas e de segurança, agrária, etc. - engenharia ambiental, engenharia acústica, etc.
- a supervisão de obras, controle de materiais e serviços similares
- a supervisão de contratos de execução de obras
- a supervisão e gerenciamento de projetos
- a vistoria, perícia técnica, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico de engenharia
- a concepção de maquinaria, processo e instalações industriais

Esta Subclasse não compreende:

- os serviços de arquitetura (7111-1/00)
- os serviços de desenho técnico relacionados à arquitetura e engenharia (7119-7/03)
- os serviços de perícia técnica relacionados à segurança do trabalho (7119-7/04)
- a realização de testes físicos, químicos e outros testes analíticos de todos os tipos de materiais e de produtos (7120-1/00)
- as atividades de pesquisa e desenvolvimento experimental relacionadas à engenharia (7210-0/00)
- a execução de obras de construção (seção F)
- a administração de obras exercida no local da construção (seção F)

Tais fatos confirmam que a atividade do contribuinte não se ajusta ao conceito de construção de imóveis (como tratado pelo inciso V e §4º, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/1996), como tampouco são equiparadas à atividade de engenheiro (como tratado pelo inciso XIII, do mesmo artigo).

Por tais razões, voto por **dar provimento ao recurso especial do contribuinte**, reformando o acórdão recorrido.

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada

A maioria do Colegiado discordou da I. Conselheira Relatora que dava provimento ao recurso especial da Contribuinte. Isto porque, para além das discussões acerca do exercício de atividade de engenharia que seria ínsito à fabricação de concreto pré-moldado, a autoridade fiscal reuniu evidências de que a atividade da recorrente também alcançava serviços de montagem daqueles pré-moldados, consoante exposto na informação fiscal da qual resultou o Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES em debate, com efeitos a partir de 01/01/2002 (e-fls. 39/45):

Cabe salientar que a atividade principal cadastrada no CNPJ a fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto não impede a permanência no Simples. Entretanto a possibilidade de permanência no Simples fica condicionada ao exercício tão-somente das atividades não vedadas. O que veda a sua adesão ao sistema ou obriga a pessoa jurídica a dele excluir-se é o exercício de qualquer uma das atividades impeditivas, constantes do contrato social, independentemente da participação percentual das receitas provenientes desta atividade no resultado total da pessoa jurídica (Dec. 8 a RF 128/97 e 173/00; Dec. 6ª RF 794/97, 850/97 e 39/00). Também não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que obtiver receita de atividade impeditiva, em qualquer montante, ainda que não prevista no contrato social.

Com efeito, em atendimento à Intimação SECAT nº 252/2004 (fls. 02), o contribuinte apresentou nota fiscal de **mão-de-obra de montagem** (fls. 15), que evidencia o exercício de atividade vedada.

Em pesquisa realizada no sítio do Município de Foz do Iguaçu na Internet constata-se, também o desempenho de atividade vedada, referente ao contrato firmado entre empresa em epígrafe e o Município de Foz do Iguaçu para **fornecimento e montagem de estruturas em concreto pré-moldados (barracões)** (fls.30), na mesma pesquisa, também se verificou que a nota fiscal 446 anexada aos autos (fls. 27) refere-se a carta convite nº 251 do Município de Foz do Iguaçu (fls.31) como **construção de barracões pré-moldados** para a Secretaria de Ação e não apenas como uma simples venda de estrutura pré-moldada como destacado na nota fiscal, e que conforme discriminado na referida nota, desde 14/12/2001, desempenha atividade vedada.

Refutando os argumentos da Contribuinte de que não teria executado os serviços de montagem, a autoridade julgadora de 1ª instância asseverou que:

Em que pese todo o esforço do sujeito passivo em tentar desconstituir os fatos que deram origem à sua exclusão ao Simples, seus argumentos não encontram o respaldo necessário.

Na manifestação de inconformidade a reclamante defende alega o serviço de montagem constou da Nota Fiscal nº 648, de 12/05/2003 (fl.15) para ajudar a empresa JNN — Empreiteira de Obras porque a mesma se encontrava em fase de implementação. Isso não é verdade. Os documentos apresentados *a posteriori*, mais especificamente o Contrato Social de constituição da alegada montadora, datam de 15/03/2002 (fls. 46/47 do Anexo 3), ou seja mais de um ano antes da emissão da referida nota fiscal. Também não se sustenta a tese de que tais serviços ali constavam para cumprimento de cláusula prevista em licitação pública, uma vez que o destinatário da mercadoria descrita na nota em análise é pessoa física, portanto, não vinculado a previsões contratuais.

Outro argumento levantado pela contribuinte se refere à afirmação de que apenas produz e comercializa seus produto e que a montagem é de exclusiva responsabilidade dos compradores. Mais uma vez os documentos apresentados depõe contra o sujeito passivo.

As notas fiscais emitidas pela empresa JNN — Empreiteira de Obras Ltda, têm como destinatário dos serviços a ora reclamante — Neubern - Engenharia em Concreto Pré-

Moldado Ltda, o que significa que a reclamante assumia o compromisso de efetuar a montagem dos pré-moldados, por ocasião das vendas e terceirizava os serviços à JNN.

Assim, ocorria o faturamento pelo preço "fechado" (incluindo os valores da montagem) e, posteriormente, a JNN — Empreiteira de Obras Ltda emitia contra a reclamante a nota fiscal relativa aos serviços prestados, e a reclamante lhe repassava o numerário correspondente.

Assim, a comprovação de que o sujeito passivo assume a responsabilidade pela montagem dos produtos que industrializa, ainda que tenha terceirizado os serviços da atividade vedada, impede sua permanência no Simples.

Mantida a exclusão em sede de recurso voluntário, a Contribuinte reiterou em seu recurso que não realizou a atividade de montagem, reiterando que, com referência à ocorrência verificada pela autoridade fiscal, *o faturamento pelo "preço fechado", conforme mencionado na decisão de primeira instância ocorreu tão somente numa operação isolada e atípica. A Recorrente, uma vez que não realiza a montagem de barracões e como única alternativa para viabilizar a execução da concorrência por ela vencida através do processo licitatório promovido pelo Município de Foz de Iguaçu, efetuou uma parceria com a empresa JNN - Empreiteira de Obras Ltda., cadastrada no CNPJ sob o n.º 04.955.066/0001-96, a qual efetivamente realizou esta prestação de serviço.*

Contudo, prevaleceu até aqui o entendimento de que é irrelevante o exercício ocasional da atividade, restando provado que a Contribuinte emitiu nota fiscal relativa aos serviços prestados, assumindo a responsabilidade pela montagem dos produtos que industrializa, ainda que tenha terceirizado os serviços da atividade vedada. Frente a tais circunstâncias, cabe apenas solucionar, em sede de recurso especial, a divergência jurisprudencial suscitada, quanto ao fato de eventual instalação ou manutenção de estruturas fabricadas e comercializadas pelo sujeito passivo estar, ou não, abrangidas no conceito de atividade auxiliar de engenharia civil vedada aos optantes pelo SIMPLES.

Como bem observa a recorrente, ela não se dedica à *compra e venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis*, e assim não incide diretamente na vedação contida no art. 9º, inciso V da Lei n.º 9.317/96. Todavia, na forma apontada pela autoridade fiscal, o §4º do art. referido art. 9º equipara à atividade de construção de imóveis 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*. E não há dúvida que a construção de barracões pré-moldados caracterizam, minimamente, *benfeitorias agregadas ao solo*, equiparada por lei à construção de imóveis.

Diversamente do entendimento exposto no voto da I. Conselheira Relatora, a exclusão das atividades de *fabricação e a montagem de casas de madeira (16.22-6), de concreto (23.30-3) ou de estrutura metálica (25.11-0), pré-moldadas ou pré-fabricadas, quando realizadas pelo próprio fabricante* do conceito de "Construção Civil de Edifício (4120-4)" não impede que elas sejam equiparadas, por lei, à atividade de construção de imóveis, pois outro é o interesse público que motiva a equiparação em debate, centrado essencialmente nas repercussões tributárias da relevância do exercício de profissão regulamentada e da aplicação de mão de obra motivadora de encargos previdenciários.

Registre-se, por fim, a impropriedade da pretendida aplicabilidade do art. 112 do CTN, invocada pela recorrente, vez que não está em discussão a definição de infração ou aplicação de penalidades, mas sim a admissão da Contribuinte em regime fiscal beneficiado, hábil a atrair a aplicação do art. 111, inciso II do CTN, e impedir a interpretação extensiva defendida pela recorrente.

Estas as razões, portanto, para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa