



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

Processo n° 11030.001864/2003-69
Recurso n° 135.383 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão n° 301-34.526
Sessão de 21 de maio de 2008
Recorrente LEO ENGELMAN & CIA LTDA.
Recorrida DRJ/SANTA MARIA/RS

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

Ano-calendário: 1997

ATIVIDADE ECONÔMICA. OBRAS E SERVIÇOS AUXILIARES E COMPLEMENTARES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. O exercício de atividade econômica vedada deve ser demonstrado de forma inequívoca. Não configurada a prestação de serviços de construção, demolição, reforma e ampliações de edificações, obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, não há impedimento à opção pelo SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente


JOÃO LUIZ FREGONAZZI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Cardozo Miranda, Luciano França Sousa (Suplente) e José Fernandes do Nascimento (Suplente). Ausentes as Conselheiras Valdete Aparecida Marinheiro, Susy Gomes Hoffmann e Irene Souza da Trindade Torres.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o Acórdão DRJ/STM n.º 5.395, de 24 de março de 2006, da 2.ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS (fls. 71/74), que, por unanimidade de votos, indeferiu solicitação de inclusão no SIMPLES, por entender que a pessoa jurídica que exerce atividade de prestação de serviços de construção, demolição, reforma e ampliações de edificações, por constituírem obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil, não pode exercer a opção pelo SIMPLES.

Transcrevo a seguir, parte do Relatório da autoridade julgadora de primeira instância:

“Trata-se de pedido de inclusão da interessada no Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES por decisão administrativa. O pedido foi apresentado em 29/05/2003 e pretende ainda que os efeitos dessa inclusão sejam retroativos a 01/01/1997 (fl. 01). O pedido foi instruído com cópias e/ou originais de documentos que constam às folhas 02 a 25. O Órgão preparador instruiu os autos com os documentos de folhas 25 a 32.

Continuando na instrução dos autos foi juntada a análise do pedido de “Inclusão retroativa – Simples” (fls. 33 a 41). Após a interessada foi intimada a prestar esclarecimentos sobre as atividades exercidas e apresentação de cópias de notas fiscais (fls. 42 a 66).

A Delegacia da Receita Federal – DRF em Passo Fundo reconheceu que a interessada “portou-se como optante desde sua inscrição no CNPJ”. Porém, entendeu que a mesma exerceu atividades de conservação/manutenção de bens imóveis e execução de obra de construção civil, conforme cópias das notas fiscais às folhas 53 e 61, atividades que vedam a opção pelo SIMPLES, com fundamento no inciso V e § 4º e na alínea “f” do inciso XII, todos do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

A interessada tomou ciência desse despacho, em 26/12/2003, conforme Aviso de Recebimento – AR que consta à folha 68-verso.

Inconformada apresenta sua manifestação de inconformidade, em 19/01/2004, conforme folha 69, sem anexação de qualquer documento.

Inicia com um breve histórico sobre os fatos que constam dos autos, já relatados acima.

No mérito diz discordar das conclusões que resultaram no indeferimento do seu pedido. Argumenta que a nota fiscal nº 001 (fl. 53), no valor de R\$ 63,00, foi serviço prestado no “reparo de um caixa d’água que foi vendida pela própria empresa”. Diz que “Vendemos a caixa d’água, instalamos e houve um mal funcionamento onde foi

necessário fazer o devido reparo". Entende que esse serviço não caracteriza construção civil, nem manutenção de bem imóvel.

Em relação a nota fiscal nº 005 (fl. 61), no valor de R\$ 360,00, diz que foram serviços para "colocação de um corrimão de granito". Esclarece que a empresa trabalha com a confecção e logicamente a instalação de peças de granito, neste caso um corrimão. Entende que esse serviço não caracteriza "construção civil, nem manutenção de bem imóvel".

Requer a sua inclusão retroativa no SIMPLES."

A DRJ Santa Maria/RS julgou improcedente o pedido e indeferiu a solicitação por entender que o serviço de montagem e fixação de corrimão de granito em escada, conforme nota fiscal n.º 005, consiste em atividade vedada, a teor do disposto no inciso I do ADN COSIT n.º 30/1999.

Inconformada, a querelante interpôs recurso voluntário onde reitera argumentos já expostos por ocasião da impugnação.

Conforme Resolução n.º 301-1.859, fls. 85 e seguintes, a 1.ª Câmara do Egrégio Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converteu o julgamento em diligência para que a repartição de origem procedesse à verificação da real atividade da contribuinte.

Retornam os autos a esta Colenda Câmara com o termo de diligência de fls. 94 e seguintes, cuja conclusão é pela não constatação do exercício de atividade vedada pela contribuinte.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro João Luiz Fregonazzi, Relator

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

O cerne o litígio restringe-se a verificar se a prestação de serviço de “colocação de corrimão de granito e montagem do mesmo”, descrição constante da cópia da nota fiscal de fls. 61 deste processo, consiste em atividade vedada.

Consoante a norma contida no § 4º do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, a vedação à opção pelo SIMPLES de que trata o inciso V do mesmo artigo aplica-se igualmente aos serviços de construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

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

(...)

§ 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. (Parágrafo acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória nº 1.523, de 30/04/1997, convertida em Lei nº 9.528, de 10/12/1997)

Construção, reforma ou ampliação de edificações são conceitos que podem abranger extenso rol de atividades. Por essa razão, aprovou à SRF expedir o Ato Declaratório Normativo nº 30, de 1999, que estabelece rol de atividades que estariam inclusas na vedação da norma legal supracitada, *verbis*:

Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, 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;
e*

VII - quaisquer outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo.

A atividade controversa, apontada pela autoridade julgadora de primeira instância, a saber a montagem e fixação de corrimão de granito, somente poderia se incluir no inciso I do ADN n.º 30/1999.

Ocorre que a norma legal é bem clara, ao informar conforme preceito insculpido no artigo 9.º, V, da Lei n.º 9.317/1996, que não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que se dedique à construção de imóveis ou atividades nesse conceito compreendidas.

Pelo resultado da diligência de fls. 94 a 95, depreende-se que a recorrente não se dedica à atividade de construção, reforma ou ampliação de edificações. Ademais, no mesmo sentido milita o Laudo de Orientação Técnica, elaborado por profissional especializado, autuado às fls. 82/83.

A contribuinte dedica-se à compra e venda de material de construção, ai compreendida a fabricação artesanal de peças de granitos. A aplicação do produto é apenas realizado a pedido do cliente, mas resta claro que não é a atividade à qual se dedica a querelante.

Outrossim, a aplicação de granito em corrimão não pode ser equiparada a construção, reforma ou ampliação de edificações. Entendo que as atividades mencionadas no referido ato declaratório normativo devem estar relacionadas ao comando legal, eis que os atos administrativos, adstritos ao princípio da legalidade, não podem impor vedação desprovida de base legal. Assim, o rol de atividades presentes no referido ato, como pintura, instalações elétricas e hidráulicas ou colocação de azulejos, devem estar relacionadas àquelas atividades inseridas no campo de incidência da hipótese legal. Exemplificando, uma pessoa jurídica que vende e instala uma luminária, esta última como atividade coadjuvante, não poderia ser considerada como realizando uma construção ou reforma. Inobstante, alguém que procede à reforma da instalação elétrica ou hidrossanitária de uma edificação poderia estar realizando atividade vedada.

De igual modo, a simples colocação de granito em corrimão não diz respeito à construção, reforma ou ampliação de imóveis. Quando muito, consiste em acabamento pontual de estrutura já pronta, acabamento de construção finalizada.

Releva ainda considerar que a Lei n.º 9.317/1996, assim dispunha sobre o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

§ 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

A novel legislação, que veio a regular a tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, institui sistema em tudo semelhante às disposições que revogou, inclusive definindo o novo sistema como um regime unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, a teor do disposto na Lei Complementar n.º 123/2002, art. 12, verbis:

Art. 12. Fica instituído o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Da comparação entre as normas, verifica-se que o novo sistema veio tão só regular da mesma forma a tributação das micro e pequenas empresas.

Dessa forma, a lei deverá retroagir se for mais benéfica, em face do disposto no artigo 106, inciso II, alíneas “a”, “b” ou “c”, do CTN:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Entendo que o ato de exclusão do SIMPLES tem a natureza jurídica de uma sanção administrativa. Trata-se de ato administrativo que penaliza o contribuinte que porventura cometa alguma infração, ou deixe de cumprir determinada obrigação acessória, conforme se depreende da análise do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006. Muito embora o ato de exclusão possa ser motivado por conduta que não constitua ato ilícito, o importante é que normalmente o referido ato de exclusão tem por escopo impor ao contribuinte a penalidade de exclusão.

Nesses casos, via de regra há a incidência do princípio da retroatividade da lei mais benéfica. De qualquer forma, a alínea "b" do supracitado art. 106, II, do CTN determina a retroação da norma mais benéfica quando deixe de tratar o ato praticado como contrário a vedação legal.

E a nova legislação considera que a atividade supostamente vedada é agora admitida, a teor do disposto no artigo 17, § 1º, XII, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de maio de 2008


JOÃO LUIZ FREGONAZZI - Relator