



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

Processo nº : 13830.001152/2004-31
Recurso nº : 134.174
Acórdão nº : 303-33.797
Sessão de : 09 de novembro de 2006
Recorrente : MC CAMPOY SERRALHERIA E ESTRUTURAS
METÁLICAS LTDA.
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

SIMPLES/EXCLUSÃO. ATIVIDADE NÃO IMPEDITIVA.

A atividade de fabricação e comércio de estruturas metálicas, que inclua sua eventual instalação e/ou manutenção, não configura, por si só, atividade abrangida no conceito de atividade auxiliar de engenharia civil vedada ao SIMPLES.

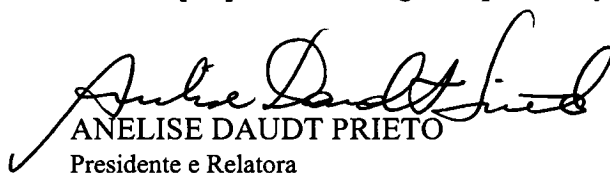
CANCELAMENTO DO ADE. PERMANÊNCIA NO SIMPLES.

O ADE é ato meramente declaratório e apenas comunica a decisão do fisco de excluir a empresa do SIMPLES sob condição suspensiva. Os efeitos legais da exclusão comunicada não se efetivam se, no prazo legal para contestar os fatos determinantes da exclusão, o interessado comprova a improcedência da motivação legal alegada para tanto. Confirmado o direito da recorrente de permanecer enquadrada na sistemática do SIMPLES.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente e Relatora

Formalizado em: 14 DEZ 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiuza, Sérgio de Castro Neves, Marciel Eder Costa, Nilton Luis Bartoli e Tarásio Campelo Borges.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão recorrida, que passo a transcrever:

“A empresa acima identificada, foi excluída do Simples por força do Ato Declaratório Executivo DRF/MRA nº 25, de 08 de setembro de 2004.

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.

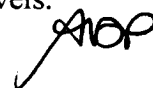
A situação excludente teria por motivação a prestação de serviços de instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso geral.

A fundamentação legal para a exclusão estaria ancorada na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, art. 9º, V; com redação dada pelo art. 6º da Lei nº 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.

Contesta o Ato Declaratório Cosit nº 30, afirmando que tal ato não obriga aos particulares, pois, trata-se apenas de um tipo de norma baixado para esclarecer o entendimento oficial da Secretaria da Receita Federal sobre o assunto e por consequência não tem o condão de vincular terceiros. Aduz que houve vício formal, pois, o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 30, não se revela instrumento hábil para introduzir regra que atinja a esfera de direito de terceiros (administrados), prerrogativa reservada à Lei, sob pena de restrição ao princípio da legalidade.

Após discorrer sobre a prevalência do princípio da verdade material, salienta que o preceito legal utilizado para excluir a requerente do Simples (art. 9º, 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.



Processo nº : 13830.001152/2004-31
Acórdão nº : 303-33.797

Questiona, também, a retroatividade da data de exclusão, inserida na IN nº 355/2003, art. 24, II, o que representa nova afronta ao princípio da legalidade, pois, somente a lei tem o condão de regulamentar os casos passíveis de sofrerem retroação, não cabendo à Instrução Normativa determinar qual o tempo e efeitos de aplicabilidade retroativa.

É a síntese do essencial.”

A DRJ em Ribeirão Preto/SP indeferiu a solicitação da interessada em decisão assim ementada:

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

Período de apuração: 13/02/2004 a 31/12/2004

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES - ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

A pessoa jurídica que se dedique à construção e reforma de imóveis, não pode optar pelo Simples.

Solicitação Indeferida”

As principais razões alegadas foram:

I. O § 4º do art. 9º da Lei 9.317/96, c/a redação dada pela Lei 9.528/97 indica como compreendida na atividade de construção de imóveis, mencionada no inciso V do mesmo artigo, a construção, demolição, reforma, ampliação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou subsolo da edificação. Por sua vez o ADN COSIT 30/99 confirmou tal entendimento declarando que a vedação abrange as obras e serviços auxiliares e complementares da construção civil.

2. Do exame das notas fiscais anexadas às fls. 12/29 se constata que a atividade exercida é de obras e serviços complementares à construção de imóveis, como por exemplo, reforma e colocação de telhas, montagem de forro em supermercado, reforma e manutenção de cobertura metálica, desmontagem de porta-pallets, etc.

3. As obras e serviços auxiliares ou complementares de construção civil representam atividades vedadas no inciso V do art. 9º da Lei do SIMPLES. Transcreve às fls. 74 ementas do Conselho de Contribuintes confirmando o entendimento de vedação de atividades equiparadas a construção civil, bem como o exercício de comércio e material de construção civil nos termos previstos na Lei.

4. Acerca da queixa contra a retroação dos efeitos com base na IN SRF 355/2003, supostamente sem respaldo legal, esclarece que a regra aplicada foi estabelecida primeiramente pela Lei 9.713/96 na redação original posteriormente



Processo nº : 13830.001152/2004-31
Acórdão nº : 303-33.797

modificada, mas depois revitalizada pela MP 2.158-35/2001, também com força de lei. A MP 2.158-35/2001 determinou a volta à regra primitivamente prevista na Lei 9.317/96, ou seja, prevendo-se exclusão de ofício com efeito retroativo, respeitando-se, todavia, o período em que esteve vigente a norma da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Lei 9.732/98. Isto se deu com o auxílio da IN SRF 355/2003. Ademais disso, a autoridade julgadora de primeira instância se submete ao entendimento oficial da SRF por dever disciplinar nos termos da Lei 8.112/90 c/c Portaria MF 258/2001.

5. Por isso é que, com base no art. 24, parágrafo único, II, da IN supracitada, tendo a situação excludente ocorrido antes de 31/12/2001, o ADE sido cientificado em 2004, e a opção pelo SIMPLES feita em 08.04.97, o efeito da exclusão segundo a legislação vigente se dá a partir de 01/01/2002.

Irresignada a interessada protocolou tempestivamente seu recurso voluntário de fls. 79/104, no qual além de rearticular os argumentos constantes da impugnação, ressalta que:

1. É pessoa jurídica cujo objeto social é de montagem de forros, reforma em escadas e portões, manutenção de telhados, manutenção e montagem de complemento de mezanino, conforme consta do seu contrato social. Essas são atividades compatíveis com o SIMPLES.

2. Foi surpreendida com o ADE de exclusão fundado na vedação do inciso V do art. 9º da Lei 9.317/96. Ora, a recorrente não exerce nenhuma das atividades mencionadas na referida norma de vedação. Esta norma legal, ao contrário do afirmado na decisão recorrida, não veda empresas que prestam serviços auxiliares da construção civil, quem o faz não é a lei, mas sim o Ato Declaratório COSIT 30/99, ao determinar em caráter normativo aos órgãos da estrutura da SRF que a vedação correspondente à construção de imóveis deve abranger as obras e serviços complementares da construção civil.

3. A SRF ultrapassou os limites do direito de expedir atos normativos para a execução da Lei do Simples. O Ato Declaratório da COSIT não é adequado para estabelecer ampliação da vedação prevista em lei. Como disse LÚCIA VALLE FIGUEIREDO: *“Enfim, é evidente o perigo de uma doutrina que, não somente menospreza os precedentes judiciais, mas permite a cada funcionário aplicar a Constituição como melhor lhe parece”*.

4. O instrumento utilizado pela SRF para impor restrição ao SIMPLES foi inadequado, sendo vício formal e também material, que não pode perdurar sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade. Em nenhum momento a Lei do SIMPLES vedou às pessoas jurídicas que pratiquem serviços considerados auxiliares à construção civil de optarem pelo referido regime simplificado de tributação.

ANP

Processo nº : 13830.001152/2004-31
Acórdão nº : 303-33.797

5. Na lição de PAULO DE BARROS CARVALHO: “*Os instrumentos secundários são todos os atos normativos que estão subordinados à lei. Não obrigam aos particulares e, quanto aos funcionários públicos, devem-lhe obediência não propriamente em vista de seu conteúdo, mas por obra da lei que determina sejam observados os mandamentos superiores da administração (in Curso de Direito Tributário, 10 ed., Saraiva, p. 41/57).*”

6. Com base na Lei, na doutrina e na jurisprudência resta evidente que a COSIT/SRF extrapolou os limites estabelecidos na Lei 9.317/96. A atividade desenvolvida pela recorrente não se enquadra como construção de imóveis, com efeito, nem sequer se destinam à construção civil. Repita-se com veemência, não há como enquadrar os serviços prestados como aqueles definidos no art. 9º da Lei. Nesse sentido veja-se o Ac. 303-31.919, Rel. Silvio M. B. Fiúza, DOU 24/08/2005, p. 46, estabelece que a fabricação de estruturas metálicas e a prestação de serviços de instalações não se confundem com atividade de construção civil nem com a prestação de serviços privativos de engenheiros.

7. Por fim, diga-se que a retroação dos efeitos da exclusão a 01/01/2002, nos termos do ADE, foi determinada pela IN SRF 355/2003. A IN SRF não é instrumento adequado para determinar aplicação retroativa de efeitos, reservado à lei em sentido estrito, com o que houve infração aos princípios da legalidade, da irretroatividade da norma jurídica, da moralidade administrativa, da eficiência e da segurança jurídica entre outros.

8. Os TRF's, principalmente o da 3ª Região, vêm decidindo de modo a impedir aplicação retroativa dos efeitos da exclusão do SIMPLES. Conforme noticiou o jornal Valor Econômico em 01/09/2004, em matéria de Fernando Teixeira: “*Uma liminar proferida pelo TRF da 3ª Região assegurou que a exclusão de empresas do Simples pela Receita Federal não pode ter efeito retroativo, passando a surtir efeito a partir do mês seguinte ao que a empresa é comunicada. Contrariando o entendimento da primeira instância, a decisão do TRF diz que é ilegal o dispositivo da Receita que estaria exigindo os dois últimos anos de diferença entre a tributação normal e aquela prevista no Simples*”. (grifos da recorrente).

Pede que seja cancelado o ADE de exclusão.

É o relatório.



Processo nº : 13830.001152/2004-31
Acórdão nº : 303-33.797

VOTO

Conselheira Anelise Daudt Prieto, Relatora

Conheço do recurso, que é tempestivo e trata de matéria de competência deste Colegiado.

A lide trata da exclusão da empresa no Simples, tendo em vista exercer atividade que seria impeditiva. A empresa fez a opção pelo Simples desde 08/04/1997.

A decisão recorrida apresentou basicamente duas razões para indeferir o pedido da ora recorrente, de permanecer enquadrada no Sistema:

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.

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

Quanto à afirmação do 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, se dentre as atividades exercidas se verificar pelo menos uma que seja vedada, acessória que seja, mas da qual a empresa obtenha receita, então esta empresa não reunirá condições de enquadramento enquanto exercer a atividade impedida ao regime.

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 § 4º, mas para a boa interpretação da norma convém observar atentamente o seu texto:

“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 ao subsolo”.

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.



Processo nº : 13830.001152/2004-31
Acórdão nº : 303-33.797

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, 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.

Do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer o direito da recorrente de permanecer enquadrada no Simples.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2006.


ANELISE DAUDT PRIETO - Relatora