



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº 13830.001760/2003-64
Recurso nº 303-133.492 Especial do Procurador
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 03-006.235
Sessão de 08 de dezembro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ARQMETALIC ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA. - ME

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA.

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.

Recurso Especial do Procurador Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso especial. Vencidas as Conselheiras Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro (Relatora), Maria Cristina Roza da Costa e Antonio Praga que davam provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Nanci Gama.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Antonio Carlos Atulim - Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Guidoni Filho, Anelise Daudt Prieto, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Judith do Amaral Marcondes Armando, Nanci Gama, Maria Cristina Roza da Costa, Luiz Roberto

Processo nº 13830.001760/2003-64
Acórdão n.º 03-006.235

CSRF/T03
Fls. 720

Domingo e Antônio José Praga de Souza. Ausente, justificadamente, a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial por maioria (fls. 608/623) interposto pela i. Procuradoria da Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 303-33.461 (fls. 582/602), exarado pela E. Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, sintetizado na ementa abaixo transcrita:

SIMPLES. ATIVIDADE NÃO IMPEDIDA.

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.

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 do recorrente de permanecer enquadrada na sistemática do SIMPLES.

Recurso Voluntário Provido

Em suas razões recursais, a i. Procuradoria alega, em síntese, que a montagem de estruturas metálicas em imóveis enquadra-se no conceito de “*execução de obras da construção civil*”, independentemente da qualificação profissional dos sócios ou prestadores de serviço que a realizam.

Regularmente intimada do supra citado recurso em 03 de agosto de 2007, a contribuinte em epígrafe (doravante denominada Interessada) apresentou suas contra-razões no dia 27 de agosto de do mesmo ano (fls. 662/708). Nesta peça, a Interessada sustenta a manutenção do inteiro teor do acórdão recorrido, com fulcro em decisões emanadas pelo próprio Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.

Voto Vencido

Antonio Carlos Atulim, Redator *ad hoc*

Nos termos do art. 17, III, do RICARF¹, incumbiu-me o Senhor Presidente do Colegiado de formalizar o presente acórdão, tendo em vista que a relatora originária, Conselheira Rosa Maria de Jesus da Silva Costa e Castro e a redatora designada para o voto vencedor, Conselheira Nanci Gama, deixaram o colegiado antes da formalização e assinatura do acórdão.

Para o fim de formalizar o voto vencido, adoto a fundamentação lançada na minuta de voto lida em sessão e entregue pela ilustre relatora originária por ocasião da sessão de julgamento, *in verbis*:

"O recurso deve ser conhecido por preencher os devidos requisitos de admissibilidade.

Conforme relatado, trata-se de recurso especial privativo do Procurador que demonstra insurgência contra acórdão que reintegra a Interessada ao SIMPLES, reformando decisão da DRJ que mantinha sua exclusão.

A Fazenda alega, em síntese, violação ao inciso V, e § 4º, do art. 9º, da Lei nº. 9.317/96, acrescido pela Medida Provisória nº. 1.523-7/97, pois esta norma legal veda a inclusão no SIMPLES de empresa que se dedique a compra, venda, loteamento, incorporação ou construção de imóveis, compreendendo-se, nessa atividade, a execução de obras de construção civil, tais como construção, demolição, reforma, ampliação de edificação ou outras benfeitorias agregadas ao solo ou ao subsolo.

Em suas contra-razões de fls. 341 e seguintes, a Interessada reitera os argumentos expendidos no curso do processo sobre a impossibilidade de classificação das atividades da empresa com de construção civil, alegando que a montagem das peças no local da entrega se faz absolutamente necessária em vista das peculiaridades do produto. Aduz que seus empregados são metalúrgicos, e não funcionários do ramo de construção civil. A prestação de serviços, segunda a Interessada, é eventual.

Ao se analisar a prova dos autos, há de se concordar com a Recorrente.

A Interessada, pelo menos desde janeiro de 2002, tem se proposto não somente a vender estruturas metálicas, mas também a prestar serviços de construção civil, na forma de subempreitada, construindo galpões de barcos, estruturas para camping, palcos, coberturas, coisas típicas da construção civil.

A circunstância de que a empresa teoricamente fabrique as peças de metal que vende, fato que vem colocado no contrato social de fls. 18 dos autos, não impede que ela aufera receitas relativas ao serviço de sua montagem.

Nos contratos e notas fiscais trazidas aos autos se observa que a empresa se compromete a fornecer material e mão-de-obra, realizando inclusive serviços de carpintaria, cobertura com telhas francesas, telhas de barro.

¹ Art. 17. Aos presidentes de turmas julgadoras do CARF incumbe dirigir, supervisionar, coordenar e orientar as atividades do respectivo órgão e ainda:
(...)

III - designar redator ad hoc para formalizar decisões já proferidas, nas hipóteses em que o relator original esteja impossibilitado de fazê-lo ou não mais componha o colegiado;

Às fls. 113 e seguintes encontram-se notas fiscais de serviços emitidas entre 2000 e 2003 referentes a consertos e montagens de estruturas metálicas.

À toda evidência, a empresa tem como objeto principal, ainda que não contratual, o fornecimento de estruturas metálicas já montadas e a prestação de serviço de manutenção e reforma. Eventualmente presta outros serviços de construção civil, como os acima identificados. A fabricação e venda dessas estruturas não é, portanto, o cerne do negócio, uma vez que sua atividade típica é participar, como empreiteira ou subempreiteira, de construções que demandem tais estruturas.

Contudo, para lembrança dos meus pares, devo ressaltar que várias decisões deste Conselho (com as quais não se solidarizo) têm concluído pela possibilidade de se aplicar, retroativamente, as disposições contidas na Lei Complementar nº 123/2006, segundo as quais, os serviços em evidência não seriam motivo para exclusão do SIMPLES:

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

(...)

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo:

(...)

XIII - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de sub-emprego;

Isto posto, voto por DAR provimento ao recurso interposto pela i. Fazenda Nacional para excluir a empresa do SIMPLES. "

Antonio Carlos Atulim

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, Redator *ad hoc*

Para o fim de formalizar o voto vencedor, adoto a fundamentação do acórdão recorrido, tendo em vista que foi esta a tese que angariou a maioria dos votos na CSRF, *in verbis*:

"(...) A decisão recorrida apresentou basicamente duas razões para indeferir o pedido da ora recorrente, de permanecer enquadrada no regime do SIMPLES. Lembra-se que a empresa está enquadrada na sistemática do SIMPLES desde 01/10/1997. 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, eventual instalação e manutenção de estruturas metálicas, 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 tomo do que está descrito no Ítem "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, 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 é, que fabrica, comercializa e instala estruturas metálicas, 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 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.

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 caráter sócio-econômico do SIMPLES, 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 conservador e pernicioso 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.

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 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.

Do que se expôs até aqui se conclui pela adequação da atividade desenvolvida ao enquadramento no SIMPLES. Portanto, entendo que não há razão para impedir a sua permanência no SIMPLES, ao qual optou desde o primeiro momento em

Processo nº 13830.001760/2003-64
Acórdão n.º **03-006.235**

CSRF/T03
Fls. 725

01/01/1997, devendo ser cancelado o ADE nº 05/2004 expedido pela DRF/Marília/SP.
(...)"

Antonio Carlos Atulim

CÓPIA