



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13971.000809/2004-38
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-000.747 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria Simples Federal
Recorrente MOSER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE DIVISÓRIAS E FORROS LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

CONSTRUÇÃO CIVIL. ASSEMELHADOS. OPÇÃO.

Não poderá optar pelo Simples Federal a pessoa jurídica que se dedique à 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, José Roberto Adelino da Silva e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Ato Declaratório DRF/BLUMENAU nº 023, de 7 de abril de 2009 (e-fl. 16), através do qual o contribuinte referenciado foi excluído do SIMPLES FEDERAL em razão de constatação de situação incluída nas hipóteses de vedação à opção pela sistemática tributária em questão, ou seja, de que a contribuinte exerceria atividade de serviços profissionais ligados à construção civil (instalação de divisórias que fabrica), a qual encontra vedação no inciso V, art.9º e § 4º, da Lei nº 9.317/96, nos termos do Despacho Decisório DRF/BLU nº 049/2009 (processo nº 13971.000809/2004-38), com efeitos retroativos a 01/01/2002.

Abaixo a descrição do litígio, relatada na decisão recorrida (e-fl. 64):

Empresa excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo nº 023, de 7 de abril de 2009, expedido pela delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau, por ter incorrido na hipótese de vedação prevista no parágrafo 4º, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, isto é, desenvolver a atividade de construção de imóveis.

O ADE produz efeito a partir de 01/01/2002.

Empresa manifesta inconformidade com a exclusão e afirma que apesar de conter no contrato social o objeto "Instalação de divisórias", não realiza o serviço, atendo-se fabricação e venda de divisórias, sendo o serviço de colocação por conta de seus clientes e executado por outros profissionais e empresas especializadas.

Requer a declaração de improcedência do ADE nº 23 que a excluiu do Simples.

A decisão de primeira instância (Ac nº 07-17.944 -6ª Turma da DRJ/FNS, e-fls. 63/65) negou deferimento à manifestação de inconformidade. Entendeu que os documentos anexados aos autos confirmam que a empresa desenvolveu atividade vedada e que é devida a exclusão do Simples.

Cientificada da decisão de primeira instância em 23/11/2009 (e-fl. 67) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 23/12/2009 (e-fl. 70), em que aduz que as divisórias, produzidos a base de composto de madeira, apresentam total semelhança aos móveis, não podendo sua instalação ser equiparadas às atividades de construção de imóveis, *in verbis*:

A vedação insculpida na Lei n.º 9.317, de 1996, às atividades de construção de imóveis, não reserva qualquer relação com a atividade de "instalação de divisórias". Enquanto aquela está intimamente agregada ao solo e subsolo, esta não apresenta a mesma característica.

A construção de imóveis, com o emprego das técnicas de engenharia, sem a qual não possível realizar qualquer edificação, bem como de elementos essenciais como o concreto e aço, fazem com que a agregação ao solo e subsolo seja vital.

O mesmo não ocorre com a instalação de divisórias, produzidos a base de composto de madeira, as quais reservam total semelhança aos móveis, visto que na instalação não ocorre a sua incorporação íntima e direta ao solo ou subsolo.

Pelo contrário, até na edificação estas não são consideradas incorporadas a mesma, uma vez que podem a qualquer momento ser removidas sem que percam as suas características. Estas se mantêm intactas, podendo ser reinstaladas em edificação diversa, sem com isso resultar na modificação estrutural (do que está agregado ao solo e subsolo) da própria edificação originária.

Por estas características elementares, da efetiva construção de imóveis e os serviços de instalação de divisórias, que não reservam qualquer semelhança, é que a Recorrente entende não estar inserida na situação impeditiva apontada pela autoridade fiscal de permanência no sistema Simples Federal.

Vale ressaltar que o serviço de instalação de divisórias e colocação de forro não se insere nas situações elencados pelo parágrafo 4º, do artigo 9º, da Lei n.º 9.317, de 1996, quais sejam "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."

É evidente que quando a norma se refere à expressão "outras benfeitorias", ela não está a se referir a qualquer benfeitoria realizada em edificação. O referido comando legal impõe que estas benfeitorias devam estar "agregadas ao solo ou subsolo".

Ou seja, deve esta benfeitoria compor um só corpo ou, ainda, incorporar-se a um corpo, intimamente ligado ao solo ou subsolo.

Como já dito, as divisórias em questão são objetos totalmente removíveis a qualquer tempo, sem qualquer prejuízo para a sua forma, bem como para a edificação em que estaria instalada.

Insta destacar que, além das divisórias não estarem agregadas ao solo ou subsolo, estas se enquadram perfeitamente no conceito de bem móvel descrito pelo artigo 82 do Código Civil vigente. Em nada se assemelham ou equiparam com o conceito de bem imóvel disposto pelo artigo 79 do citado Diploma Legal.

Deste modo, no caso em comento, é patente que a atividade de instalação de divisórias e colocação de forro não reserva, sequer, qualquer semelhança com "benfeitoria agregada ao solo ou subsolo".

Corroborando o entendimento até aqui manifestado pela Recorrente, colacionam-se decisões do 3º Conselho de Contribuintes, nas quais, situações análogas, restaram assim julgadas:

(...)

No caso em tela, pode-se observar que a autoridade fiscal ao equiparar a atividade de instalação de divisórias Aquela da construção civil de imóveis, acabou por realizar uma

interpretação extensiva da norma tributária, o que é vedado no Direito Tributário.

(...)

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

O recurso ao CARF é tempestivo. Dele conheço.

O contribuinte foi excluído do SIMPLES FEDERAL em razão de constatação de situação incluída nas hipóteses de vedação à opção pela sistemática tributária em questão, ou seja, de que a contribuinte exerceria atividade de serviços profissionais ligados à construção civil (instalação de divisórias que fabrica), a qual encontra vedação no inciso V, art. 9º e § 4º, da Lei nº 9.317/96. Assim dispõe o art. 9º da Lei nº 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.

O § 4º do mesmo artigo descreve que estão também vedadas (segundo o mesmo inciso V) as atividades de 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.

§ 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.

Ou seja, uma vez que a atividade de instalação de divisórias constitui-se de uma benfeitoria agregada às construções dos clientes, concluo que se trata de atividade vedada. No caso do contribuinte o exercício ficou demonstrado não só pela previsão no contrato social como nas notas fiscais juntadas aos autos (e-fls. 47/60), que comprovam a instalação não só de divisórias como de gesso. Assim detalhou a decisão de piso:

Processo teve início com uma Representação Administrativa encaminhada pela Gerência Executiva do INSS em Blumenau que constatou a previsão no contrato social de atividade vedada aos optantes pelo Simples.

Textualmente, no item "II - DA SITUAÇÃO DE VEDAÇÃO CONSTATADA", assim a situação é apresentada na representação:

Conforme estabelecido na 5ª alteração contratual, de novembro de 1998, a sociedade passa a ter como finalidade o comércio atacadista e varejista de material elétrico, hidráulico e ferragens em geral; a instalação de

divisórias e a fabricação de peças e painéis para divisórias...

Anexo à representação está a 5ª alteração do Contrato Social (folhas 4 e 5).

A representação foi analisada pela Seção de Controle e Acompanhamento Tributário - SACAT, da Delegacia da Receita federal do Brasil em Blumenau, que propôs a exclusão da empresa do Simples por entender presente a vedação do parágrafo 4º do artigo 9º da Lei 9.317/96.

O ADE foi expedido conforme proposto pela SACAT e contestado pela empresa com o argumento que não realiza o serviço de colocação de divisórias.

A SACAT verificou que a empresa declarou à Receita Federal, receita de prestação de serviços nos anos 2003, 2006 e 2007 (folhas 32 a 34) e intimou a empresa a apresentar os originais das notas fiscais de prestação de serviço correspondentes as receitas auferidas nos anos-calendário 2003, 2006 e 2007 e os contratos de prestação de serviço relacionados As notas fiscais.

Empresa respondeu que as notas fiscais do ano-calendário 2003 já haviam sido incineradas e apresentou notas fiscais dos anos 2006 e 2007 onde constam serviços de colocação de forro, divisórias e outros serviços compreendidos na atividade de construção civil (folhas 46 a 59).

Concluo que os documentos confirmam que a empresa desenvolveu atividade vedada e que é devida a exclusão do Simples.

Destaque-se que o exercício de qualquer atividade vedada, mesmo em caráter excepcional ou minoritário impossibilita a opção, uma vez que não é possível a separação de regimes para cada atividade exercida.

Já os efeitos da exclusão foram fixados a partir de 1º de janeiro de 2002 conforme o disposto no art. 15, II, da Lei 9.317/96:

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;

Mas conforme o inciso II acima e o constatado nas notas fiscais de prestação de serviços (e-fls. 07/33) as prestações deram-se a partir de junho de 2002, devendo a exclusão vigor a partir de 01/06/2002.

Ressalte-se que alegações de excesso inconstitucional do legislador ordinário deve ser levado a apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe a verificação da compatibilidade

da norma jurídica com os preceitos constitucionais. Estes argumentos são inoponíveis na esfera administrativa. Nesse sentido o art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972. São também inoponíveis a esta Turma as decisões em que não tenha sido parte o Recorrente ou que não tenha efeito vinculante. Em relação a decisões deste CARF destacamos o acórdão que decidiu por manter a exclusão em caso similar:

Acórdão no 9101-000.920 — 12 Turma, Sessão de 29 de março de 2011:

Ementa: SIMPLES - EXCLUSÃO - ATIVIDADE VEDADA - COLOCAÇÃO DE PISOS E FORROS - ART. 9º, INCISO V, § 4º DA LEI 9.317/96

A atividade de comércio com instalação de forros, pisos vinílicos, pisos emborrachados, pisos elevados, divisórias, carpetes e painéis wall, os quais se agregam ao solo e à obra de construção civil, encontra-se vedada para inclusão da pessoa jurídica no SIMPLES.

Recurso especial do Procurador provido.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa