



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

Processo nº 10980.011049/2004-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.931 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de agosto de 2013
Matéria SIMPLES
Recorrente Master Net Com Servs de Informatica Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES

EXCLUSÃO. SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. COMPROVAÇÃO EFETIVA.

A simples menção no contrato social de atividade vedada por lei para opção ao SIMPLES não desencadeia necessariamente na exclusão. É necessário que se comprove que a empresa atua na área vedada e isto é ônus do Fisco.

SIMPLES. LEI Nº 11.051/04

As pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática foram excetuadas das vedações constantes da Lei nº 9.317/96 para opção pelo SIMPLES, pela Lei nº 11.051/04.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em DAR PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

NARA CRISTINA TAKEDA TAGA - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente), José Ricardo da Silva (vice-Presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Maria Elisa Brussi Boechat (substituta) e Nara Cristina Takeda Taga. Procedeu à sustentação oral o patrono da recorrente, Dr. Eduardo Loureiro Gregório Júnior (OAB/DF nº 36.531).

Relatório

Versam os presentes autos sobre Recurso Voluntário interposto em face de Acórdão exarado pela 2ª Tuma da DRJ em Curitiba que manteve a exclusão do contribuinte do SIMPLES.

Em 26/09/2007, a DRF de Curitiba proferiu despacho decisório (proc. fls. 14/17) que resultou no Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 335, que excluiu o contribuinte do regime do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2005, por incorrer na vedação prevista no art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96.

O contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade em 05/11/2007 (proc. fls. 23 a 37).

De início o Impugnante afirmou que, de conformidade com seu contrato social, o objeto social da empresa é o *“comércio de equipamentos de informática e telecomunicação; comércio de material elétrico e comércio de acessórios para computadores e para equipamentos de telecomunicações; serviços de reparação, manutenção, instalação e conservação de equipamentos de informática; e serviços em telecomunicações”*.

No entanto, desenvolve e desenvolvia apenas as atividades relacionadas com os serviços de reparação, manutenção, instalação e conservação de equipamentos de informática. Como prova, juntou aos autos cópia de ordens de serviço, colacionadas por amostragem.

O interessado contestou a atitude do auditor fiscal que não procurou certificar-se das atividades exercidas pela empresa, pois apenas procedeu a leitura do objeto social constante no contrato social.

O Impugnante ainda alegou a nulidade do ADE por ausência de fundamentação legal. Alertou que a Lei nº 11.051/2004 excluiu as atividades desenvolvidas pela empresa da vedação imposta pelo art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96, de tal sorte que o auditor fiscal não se atentou para a alteração legislativa, propondo a exclusão com base em legislação revogada, o que acarretou na nulidade da decisão por carência de fundamentação legal.

Desta forma, alegou que a utilização de lei que não é mais aplicável caracteriza ausência de fundamento legal. Destarte, o despacho decisório é nulo por inobservância do art. 10, IV do Decreto nº 70.235/72 e art. 50 da Lei nº 9.784/99.

Outro argumento levantado pelo contribuinte, refere-se à aplicação e interpretação do art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96. O interessado assinalou que a legislação é clara ao vedar pessoas jurídicas que prestem serviços profissionais de engenheiro, e que em nenhum momento a norma legal diz que a simples constatação no objeto social da pessoa jurídica, de uma atividade que, supostamente, poderia vir a ser prestada por engenheiro, acarretaria sua exclusão.

Ademais, argumentou que a empresa não foi constituída por engenheiros e não foi criada para exercer atividades de prestação de serviços profissionais de forma exclusiva, sendo evidente que não é sociedade civil de profissionais habilitados, e não desenvolve atividades profissionais de engenharia.

O contribuinte ainda contestou o entendimento de que qualquer assistência técnica é serviço de engenharia, já que não pode a Administração aplicar a analogia sem qualquer fundamento ou justificativa.

Por fim, aduziu a inconstitucionalidade da Lei nº 9.317/96, pois a Constituição Federal, em seus art. 170 a 179, não dá margem para restrição do aproveitamento do benefício segundo a atividade econômica do contribuinte.

Em 04/12/2008, a 2ª Turma da DRJ em Curitiba exarou Acórdão julgando improcedente a Manifestação de Inconformidade (proc. fls. 68 a 78).

De início o Colegiado afastou a alegação de preliminar de nulidade. Asseverou que as hipóteses de nulidade, no âmbito do processo administrativo fiscal, encontram-se arroladas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, e que no caso em tela não procede a alegação quanto à ausência de fundamentação legal, que consta expressamente tanto no ADE de fl. 18 quanto no despacho à fl. 16, como sendo o art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96.

No mérito, o órgão julgador *a quo* afirmou que a exclusão se deu em virtude da presença de atividade vedada, qual seja, a prestação de serviços de reparação, manutenção, instalação e conservação de equipamentos de informática e serviços de telecomunicações, e que tais atividades são privativas de engenheiro ou no mínimo de técnico de segundo grau.

Quanto ao conteúdo do art. 15 da Lei nº 10.964/04 que excepciona algumas das hipóteses de vedação de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a Turma afirmou que para tal dispositivo, por ter caráter excepcional, deve ser lido de forma restritiva e para efeito de exclusão do SIMPLES, basta a existência de uma atividade vedada, ainda que exercida paralelamente a outras permitidas ao ingresso no regime simplificado.

Ademais, o órgão julgador administrativo ressaltou que “a declaração constante no contrato social, de que o objeto social da empresa é composto por determinada atividade, no caso, serviço de telecomunicações, torna legítima a presunção de que o contribuinte exerce tal atividade”.

Portanto, o Colegiado afirmou que recai sobre o contribuinte o ônus da prova de que efetivamente não exerce atividade vedada, e que no caso em análise, a mera juntada de 7 notas fiscais não leva à conclusão ou comprovação de que não exerce atividade vedada de serviço de telecomunicação.

A DRJ acrescentou ainda, que a afirmação de que o contribuinte exerce somente atividades de reparação, manutenção, instalação e conservação de equipamentos de informática é desmentida pelas informações contidas no site da empresa e que foram colacionadas aos autos às fls. 65 a 67.

Segundo se constatou, a empresa atua no ramo de tecnologia da informação desenvolvendo atividades que extrapolam os limites do benefício. Em sua própria página na internet o contribuinte anuncia soluções tecnológicas completas em tecnologia da informação, incluindo o desenvolvimento e implementação de soluções de rede local, além de projeto, instalação e certificação de cabeamento lógico. Concluiu que tais atividades requerem a

presença de profissionais habilitados ou técnicos e que a circunstância de a empresa não contar com nenhum deles não permite concluir que ela não exerça atividades que dependam de habilitação profissional legalmente exigida, pois o critério legal não é a presença de profissional legalmente habilitado, mas tão somente a existência de atividade cujo exercício requeira aqueles profissionais.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.317/96, por suposta ofensa ao Princípio da Igualdade, a Turma relatou que a instância administrativa não dispõe de competência para apreciar a inconstitucionalidade de leis introduzidas no ordenamento jurídico.

Já no que diz respeito às decisões administrativas juntadas, a DRJ asseverou que tais pronunciamentos não vinculam tal instância administrativa.

Cientificado do teor da decisão em 05/01/2009, o contribuinte interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário em 03/02/2009 (proc. fls. 82 a 106).

O Recorrente mais uma vez alegou a nulidade do ADE nº 335/07 por ausência de fundamentação legal haja vista o teor do art. 15 da Lei nº 11.051/2004.

Quanto à manutenção do ADE, a despeito da Lei nº 11.051/04, sob o argumento de que o contribuinte também presta serviço de telecomunicações, e estes não foram alcançados pela exceção legal, o Postulante afirmou que tal afirmação não foi feita no ADE, sendo apenas mencionado norma que também tratava do serviço de telecomunicação, mas sem uma linha sequer evidenciando que a exclusão se deu pelo exercício dessa atividade.

Ou seja, o ADE impugnado apenas fundamentou a exclusão à luz da descrição das atividades do contrato social do Recorrente, sem especificar que a atividade que vedaria efetivamente a sua participação no SIMPLES seria a de telecomunicação, o que via de consequência, implicou em cerceamento do direito de defesa.

Ademais, o contribuinte asseverou que jamais prestou serviço de telecomunicações.

No mérito, o Recorrente alegou que os serviços de instalação, manutenção e reparação de equipamentos de informática, únicos serviços efetivamente desenvolvidos pela empresa, não são exclusivos de engenheiros. O agente público não pode fazer interpretação extensiva, sem qualquer justificativa plausível, para afirmar que qualquer assistência técnica é serviço de engenharia.

Referente à alegação de que não fez prova contundente da não realização de atividade vedada, o Postulante afirmou que juntou algumas notas fiscais das atividades desenvolvidas pela empresa, e que deixou de juntar a integralidade das notas por motivo de praticidade, pois “inviabilizaria o manuseio dos autos”.

No entanto, ressaltou que caso a autoridade administrativa entendesse que as notas apresentadas não eram suficientes, deveria, por respeito ao Princípio da Verdade Material, ter solicitado em diligência a averiguação das reais atividades desenvolvidas pelo contribuinte.

Já quanto às atividades desenvolvidas, o Recorrente asseverou que jamais exerceu atividade de telecomunicações, em verdade atua apenas na montagem, manutenção e instalação de softwares e hardwares já existentes no mercado, ou seja, não há criação. Concluiu que se a autoridade fiscalizadora entendesse de outra forma, deveria ter realizado efetiva fiscalização na sede da empresa. Destarte, diante da impossibilidade de formalização de prova negativa pelo contribuinte, apenas a Autoridade Administrativa possuía e possui meios de buscar a verdade material (caso entenda que não restou demonstrado), realizando a verificação *in loco*.

O interessado ressaltou mais uma vez que desenvolve atividades exclusivamente de reparação, manutenção, instalação e conservação de equipamentos de informática, as quais, além de não configurar atividade privativa de engenheiro, foram expressamente referendadas pelo art. 15, § 1º da Lei 11.051/04, como passíveis de opção pelo SIMPLES.

O Postulante ainda mencionou que, de conformidade com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), “*o serviço de telecomunicações é uma espécie de serviço específico, regulamentado e fiscalizado pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, cuja exploração, ainda que se dê na forma privada, depende de autorizações e especificações técnicas mínimas para sua execução*”. Além disso, relatou que atualmente sequer há menção dessa atividade no seu contrato social.

Por fim, o contribuinte questionou a constitucionalidade da Lei nº 9.317/96 sob o argumento de que a Constituição não concedeu à lei a competência para determinar quais são as microempresas e empresas de pequeno porte que podem gozar dos benefícios previstos no SIMPLES.

É o Relatório.

Voto

Nara Cristina Takeda Taga, Conselheira Relatora.

O Recurso interposto preenche os requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

Trata-se de recurso interposto contra Acórdão que manteve o Ato Declaratório Executivo nº 335/97 que excluiu o contribuinte do SIMPLES.

De início é necessário esclarecer que este Colegiado não é competente para se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de legislação em vigor. Este entendimento encontra-se sumulado. Vide:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Portanto, alegações de inconstitucionalidade da Lei nº 9.317/96 não serão aqui abordadas.

Ainda em sede de preliminar, é importante ressaltar que o processo administrativo fiscal é regido por lei própria, Decreto nº 70. 235/72, e a aplicação da Lei nº

9.784/99, prevê a sua aplicação de forma subsidiária. Desta forma, as hipóteses de nulidade estão dispostas no Decreto.

No mérito, é indispensável mencionar que o procedimento de exclusão do SIMPLES, no caso em análise, teve início em virtude de uma solicitação de alteração no CNPJ da empresa recorrente.

Salta aos olhos que em nenhum momento há qualquer notícia nos autos de que a autoridade fazendária procedeu qualquer tipo de diligência para averiguação da atividade exercida pela fiscalizada.

Vê-se que a atuação do agente fiscal se deu pela simples leitura do objeto social constante do contrato social, em verdadeira afronta ao Princípio da Verdade Material que norteia o processo administrativo fiscal.

Segundo consta da cláusula 4ª da 8ª Alteração do Contrato Social, o objeto social da sociedade, quando da sua edição do ADE, era a “*atividade de comércio de equipamentos de informática e telecomunicação; comércio de material elétrico e comércio de acessórios para computadores e para equipamentos de telecomunicações; serviços de reparação, manutenção, instalação e conservação de equipamentos de informática; e serviços em telecomunicações*”.

Ocorre que o próprio ordenamento jurídico vigente prevê hipóteses que afastam a vedação legal prevista no art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96, vejamos:

Lei nº 9.317/96

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

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;

Lei nº 11.051/04

Art. 15. O art. 4º da Lei nº 10.964, de 28 de outubro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º. Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades:

...

IV – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

§ 1º. Fica assegurada a permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, com efeitos retroativos à data de opção da empresa, das pessoas jurídicas de que trata o caput deste artigo que tenham feito a opção pelo sistema em data anterior à publicação desta Lei, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação.

Vê-se desta forma, que **parte** do objeto social constante do contrato social da Recorrente encontra-se albergado como exceção ao artigo que arrola as atividades vedadas para opção ao SIMPLES.

No entanto, o Fisco entendeu que por constar no objeto social a expressão “serviços de telecomunicações”, o contribuinte estaria excluído do SIMPLES. Não é este o meu entendimento.

De fato, os serviços de telecomunicações são vedados pra os optantes do SIMPLES. Entretanto, em nenhum momento restou comprovado nos autos de que o Recorrente exerce tal atividade.

Ademais, o contribuinte sempre se manifestou no sentido de que, a despeito do que consta no seu contrato social, nunca atuou na área de telecomunicações. Vale mencionar que o Recorrente acostou aos autos notas fiscais com o intuito de provar as atividades que realiza, bem como a atual alteração contratual em que não consta esta atividade como objeto social (11ª Alteração Contratual, proc. fls. 41 a 46).

Destarte, não poderia a autoridade fazendária proceder a exclusão do contribuinte do SIMPLES sem que comprovasse que o mesmo exerce atividade legalmente vedada.

Como é sabido, é entendimento consolidado deste Colegiado que não se pode exigir do contribuinte prova negativa. Neste sentido:

SIMPLES. EXCLUSÃO MÚLTIPLO OBJETO SOCIAL. ONUS PROBANTI.

Quando há mais de uma atividade econômica ou profissional inclusa no objeto social do contribuinte, cabe ao Fisco a prova de que este efetivamente praticou alguma atividade vedada à opção da sistemática de tributação do SIMPLES, sendo impossível exigir prova negativa do contribuinte. (Terceiro Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, acórdão nº 302-39.756, julgado em 14/08/2004)

Ou seja, cabe à autoridade fazendária fazer prova de que o contribuinte exerce atividade vedada, pois não há previsão legal de presunção em favor do Fisco.

No que concerne à alegação de que a atividade desempenhada pelo contribuinte é privativa de engenheiro ou técnico de segundo grau, e, portanto vedada a sua opção pelo SIMPLES, também não deve prosperar.

Há entendimento consolidado neste Colegiado de que o impedimento em questão está condicionado à exigência dos serviços de engenheiro ou técnico na prestação do serviço.

Ou seja, o objetivo da norma é impedir que sociedades empresárias, constituídas pelos profissionais liberais arrolados no art. 9º da Lei nº 9.317/96, se beneficiem da sistemática do SIMPLES. Neste sentido:

SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. OPÇÃO PELO SIMPLES.

A proibição para o SIMPLES de sociedades profissionais liberais ou assemelhados é relativa às sociedades cuja constituição, no que tange aos sócios, não prescindia da existência de um profissional habilitado. A pessoa jurídica prevista no artigo 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96 deve necessariamente ser integrada por sócios em condições legais de exercer a profissão regulamentada, ter por objeto a prestação de serviço especializado e legalmente descrito, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial. O prestador de serviços de telecomunicações que sequer utiliza mão de obra de profissão regulamentada não pode ser equiparado a uma sociedade civil de prestação de serviços relativos ao exercício da profissão legalmente regulamentada, porquanto realiza seus fins sociais sem qualquer característica pessoal do trabalho profissional. (Terceiro Conselho de Contribuintes, Terceira Câmara, acórdão nº 303-32.193, julgado em 06/07/2005)

Por fim, a expressão “ou assemelhados” constante do art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96 constitui verdadeira cláusula geral, ou seja, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso, e na situação em análise vê-se que não se aplica a vedação do dispositivo supra mencionado.

Ante o exposto, é de se DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para DECLARAR NULO o ADE nº 335/07.

Nara Cristina Takeda Taga - Relatora

CÓPIA