



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

Processo n° 11080.724363/2010-98
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.137 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2018
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente PILE - CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 01/01/2006

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. REVISÃO DA OPÇÃO.

As atividades efetivamente prestadas pelo contribuinte são exclusivas de programador, analista de sistemas e outras profissões de nível superior de graduação, cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida. Sendo assim, a pessoa jurídica que se dedica a tais atividades não pode aderir ao Simples.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições, e passível de fiscalização posterior.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em lei.

Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, todos devem se submeter à lei e à jurisdição.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do SIMPLES e os lançamentos.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Ailton Neves da Silva (Suplente convocado), Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre (RS) assim ementado:

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

Data do fato gerador: 01/01/2006

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. REVISÃO DA OPÇÃO.

Os serviços de suporte técnico em informática impedem a opção pelo Simples, por caracterizar a prestação de serviços de analista de sistemas. Sendo assim, a pessoa jurídica que se dedica a tais atividades não pode aderir a este regime de tributação.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições, e passível de fiscalização posterior.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em lei.

Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, todos devem se submeter à lei e à jurisdição.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

O caso foi relatado pela instância *a quo* nos seguintes termos:

"A matéria sob litígio tem origem na fiscalização inaugurada com a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal nº. 10.1.01.00-2010-01494-9, que culminou com a

Representação Fiscal para exclusão do Simples a partir de 01/01/2006 e formalização de lançamento de ofício pertinente a fatos geradores ocorridos no período de 01/2006 a 06/2007, pela sistemática do Lucro Arbitrado.

O auditor fiscal relata que, em procedimento fiscal junto ao contribuinte acima qualificado, iniciado em 16/09/2010 com a ciência do sujeito passivo, constatou que tanto no contrato social da empresa inicial como em suas alterações, a empresa se propõe a prestar serviços de informática como “análise de sistemas, desenvolvimento e comercialização de sistemas de informática, administração de banco de dados...”, “prestação de serviços de processamento de dados...”, entre outros. Conforme cópias de quatro contratos de prestação de serviços com a Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - FAURGS, consta que o interessado prestaria serviços de “análise de sistema, programação e testes de software básico, produtos e aplicativos bancários – suporte técnico, consultoria técnica, ...” entre outros.

De acordo com o artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, a atividade exercida pela empresa é vedada à participação no Simples. Tal fato acarreta a exclusão de ofício do Simples, conforme art. 13, inciso II, “a” da referida Lei:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção.

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

O artigo 9º, assim dispõe:

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

XII - que realize operações relativas a:

(...)

*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; (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)*

Considerando a Representação Fiscal, foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº. 195 de 04 de novembro de 2010, do Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre, excluindo a empresa do Simples, em decorrência da prestação de atividades vedadas para a opção pelo Simples, conforme disposto no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996 (fls. 93). A ciência do referido Ato deu-se por via postal em 08/12/2010, fls.

185, uma vez que o procurador da empresa negou-se a receber tal documento em 01/12/2010, quando visitado pelo Fiscal em seu escritório.

Em 03/01/2011, o contribuinte apresenta sua manifestação de inconformidade de fls. 281/282, alegando que:

1- a base de cálculo e a alíquota dos tributos, bem como as exigências legais à inclusão da empresa no Simples deve se pautar pelos serviços efetivamente prestados pelo contribuinte;

2- o instrumento contratual de prestação de serviços mantido entre entidades privadas não pode servir como fundamento único para embasar a exclusão da empresa do Simples;

3- embora conste no instrumento contratual com a empresa FAURGS como objeto os mais variados serviços, o único efetivamente prestado pelo interessado foi o de suporte técnico, até porque, a prestação de serviços ocorria dentro das dependências do Banco Banrisul, e como tal não poderia prestar outro tipo de serviço senão suporte técnico, já que a análise de sistema e a programação, eram exclusivamente efetuadas por funcionários contratados diretamente ao Banrisul, ou seja, serviços que não podem ser terceirizados; e

4- a atividade efetivamente desenvolvida pela empresa possibilita sua inclusão no Simples.

Em 08/10/2010 a empresa é comunicada da continuação do procedimento fiscal, relativo aos tributos recolhidos pela sistemática do Simples, do período compreendido entre janeiro/2006 a junho/2007.

Intimado a apresentar livros fiscais e talonário de notas fiscais relativas ao período de janeiro/2006 a junho/2007, apresentou os Livros Diário e Balancetes, além de cópias de notas fiscais. Os valores declarados à Receita Federal eram os mesmos que constavam nos Balancetes e nas Notas Fiscais. Em função da exclusão do Simples, foi o contribuinte intimado, em 01/12/2010 (fls. 184) a optar pela forma de tributação, ou pelo Lucro Arbitrado ou pelo Lucro Real. Caso optasse pelo Lucro real, deveria apresentar o Livro Lalur e Livro Razão.

Não havendo resposta quanto à opção pela forma de tributação, e na falta de livros e documentos fiscais, a fiscalização adotou o lançamento do tributo através da modalidade do lucro arbitrado, utilizando-se dos valores declarados nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica – Simples. Os valores recolhidos no código 6106 – Simples foram distribuídos no IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, de acordo com o percentual de participação de cada um, conforme o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 10.034/2000 e IN/SRF/609/2006.

O lançamento de ofício relativo ao período de 01/2006 a 06/2007 está consubstanciado nos autos de infração: Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no valor de R\$ 48.503,04, Contribuição para o PIS/Pasep, no valor de R\$ 3.665,16, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no valor de R\$ 21.924,15, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, no valor de R\$ 15.501,53, apurando o crédito tributário total no valor de R\$ 89.593,88 (oitenta e nove mil, quinhentos e noventa e três reais e oitenta e oito centavos), aí incluído o principal, multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 30/11/2010.

O contribuinte foi cientificado do Auto de Infração em 16/12/2010 (fls. 236) e apresenta, em 13/01/2011, sua impugnação de fls. 238/243, acrescentando aos argumentos já trazidos quando de sua manifestação de inconformidade, o seguinte:

1- a Cláusula Segunda do contrato de prestação de serviços celebrado entre a empresa Pile e a FAURGS previa que a efetiva prestação de quaisquer dos serviços seria feita mediante encomenda e provocação exclusiva da FAURGS, o que implica que a demanda poderia se limitar, como de fato se limitou, a apenas uma parcela dos serviços prestados como objeto do contrato. Existe um contrato padrão firmado pela FAURGS com as inúmeras empresas que lhe prestam suporte nas mais diversas áreas de atuação;

2- o único serviço prestado nos anos de 2006 e 2007 foi de “SUPORTE TÉCNICO”, hipótese que permite a inclusão da empresa no Simples;

3- somente a partir de 2007 a empresa passou a prestar serviços de programação, não contemplados pelo Simples, tendo espontaneamente adotado a sistemática de tributação pelo Lucro Presumido;

4- no período em que aderiu ao Simples, até 2007, todas as declarações e informações prestadas à SRF permitiram à Receita Federal o exercício da atividade fiscal, inclusive, se fosse de seu entendimento, a revisão/retificação de ofício pelo fisco da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica para fins de excluí-la do Simples. Como nada foi feito pela Receita Federal, é de se presumir a total regularidade e adequação da empresa pela sistemática simplificada;

5- refere-se ao princípio da segurança jurídica e que cabe à Administração anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade; e

6- quanto à multa aplicada, diz que a mesma não deve ser aplicada, haja vista a inexistência de mora na conduta da empresa, e que ela somente tem lugar nas hipóteses em que devidamente cientificada a empresa acerca da irregularidade de sua situação fiscal, ela silencia.

Ao final, requer seja anulado o ADE/Porto Alegre nº 195/2010, bem como os Autos de Infração, uma vez que a empresa somente exerceu atividade compatível com o Simples."

Do Recurso Voluntário

Inconformado com a decisão o Recorrente interpôs recurso voluntário, no qual apresenta as seguintes razões, em síntese, para a reforma do Acórdão de 1ª Instância:

Dos serviços efetivamente prestados pela empresa recorrente

1. O agente fiscal tomou como fundamento para a edição do ato declaratório, ora recorrido, o único contrato de prestação de serviço vigente à época entre a empresa Pile e a Fundação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - FAURGS, bem como todas as ordens de serviço emitidas no período, onde se constata efetivamente que o tipo de

prestado pelo contribuinte foi o de "suporte técnico em informática". Fato devidamente comprovado e superado junto à fiscalização.

2. No entanto, para surpresa da Recorrente, a fiscalização, no afã de arrecadar, movida pela gratificação de produção, criada pelo Governo Federal, para medir a produtividade e melhor remunerar seus servidores da Receita Federal, MODIFICOU E INOVOU na interpretação de conceitos e atividades elencados na Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e Emprego, que aprova a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO.
3. Segundo entendimento exarado no respeitável, mas equivocado acórdão da 6ª Turma da DRJ/POA, a saber:

"A CBO/2002 inclui os "programadores de sistemas de informação" na família dos "técnicos de desenvolvimento de sistemas e aplicações" (código 3171) e fornece uma descrição sumária das atividades desenvolvidas por eles:

Desenvolvem e implantam sistemas informatizados dimensionando requisitos e funcionalidade do sistema, especificando sua arquitetura, escolhendo ferramentas de desenvolvimento, especificando programas, codificando aplicativos. Administram ambiente Informatizado, prestam suporte técnico ao cliente e o treinam, elaboram documentação técnica. Estabelecem padrões, coordenam projetos e oferecem soluções para ambientes informatizados e pesquisam tecnologias em informática".

O suporte técnico em informática é expressamente citado pela CBO/2002 como atividade de analista de sistemas, portanto, pela leitura das descrições acima, pode-se concluir que os serviços de programadores e analistas de sistemas configuram atividade intelectual, de natureza técnica, e, conseqüentemente, nos termos da Lei nº 9.317/1966, art. 9o, XIII, a empresa que desempenha tais atividades está impedida de optar pelo Simples." (vide acórdão)"

4. Primeiramente, importante esclarecer que SUPORTE na linguagem comercial, administrativa, na língua portuguesa, ou em qualquer outra, é entendido como sinônimo de APOIO, uma ajuda, um auxílio.
5. Segundo, suporte técnico em informática, nos remete a uma idéia de que alguém que tenha o conhecimento na área de informática, pode nos dar um apoio, nos fornecer uma ajuda ou até mesmo resolver um problema na área de informática.
6. Pois bem, para a fiscalização da RFB, conforme demonstrado no r. Acórdão, suporte técnico em informática é uma atividade de analista de sistemas, configurando uma atividade intelectual, de natureza técnica.

7. No entanto, não é preciso grande intelectualidade para saber que o Técnico de Suporte em Informática realiza manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de informática, identificando os principais componentes de um computador e suas funcionalidades; identifica as arquiteturas de rede e analisa meios físicos, dispositivos e padrões de comunicação; avalia a necessidade de substituição ou mesmo atualização tecnológica dos componentes de redes; instala, configura e desinstala programas básicos, utilitários e aplicativos; realiza procedimentos de backup (cópia de segurança) e recuperação de dados. O Técnico pode atuar em Instituições públicas, privadas e do terceiro setor que demandem suporte e manutenção de informática. Pode ser autônomo ou empregado, tendo como requisito o Ensino fundamental completo.
8. O interessado em seguir carreira como técnico de suporte em Informática deve ter, no mínimo, o Ensino Médio completo.
9. Tanto que, TUDO O QUE UM TÉCNICO FAZ, UM ANALISTA DE SISTEMAS PODE TAMBÉM FAZER, mas não significa que só um analista possa dar suporte em informática.
10. Portanto, o entendimento exarado no r. acórdão não encontra qualquer fundamentação. Isso porque, a informática se divide em três áreas: Análise de Sistemas, que trabalha com o sistema de informações de uma rede de computadores; Engenharia da Computação, responsável pela criação dos computadores e seus acessórios e; Ciência da Computação, o qual desenvolve softwares.
11. Com a informatização crescente, são muitas as possibilidades de mercado para os profissionais destas áreas, pois a função é estratégica no mundo globalizado, visando descobrir como aplicar as novas tecnologias da informação aos processos de negócios, criar novos produtos e serviços e conquistar um diferencial para sua empresa, além de imprimir eficiência à administração, função clássica do emprego da informática. Nesse contexto, sempre vai existir o profissional de suporte técnico, que não precisa de curso superior como pré-requisito, mas detém conhecimento técnico específico, capaz de auxiliar em todas as ramificações da informática, não sendo uma atividade privativa de analista de sistemas!
12. Portanto, os julgadores da 6ª turma, ao interpretar as atividades descritas na Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e Emprego, que aprova a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, concluíram equivocadamente que a atividade de suporte técnico, por constar e fazer parte da família de atividades de um analista de sistemas deve obrigatoriamente ser uma atividade privativa de um analista.
13. O ato da fiscalização da Receita Federal, ao interpretar as atividades da empresa, ora Recorrente como atividade de análise e programação, que implicam na exclusão do SIMPLES, convola-se em abuso de poder e conseqüente ilegalidade, passível de anulação pela própria administração, conforme dispõem os artigos 53 e 55 da Lei 9.784/99, que normatiza a

anulação e a revogação dos atos administrativos no procedimento administrativo em âmbito federal, aplicável às três esferas de poder:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Da homologação, pela SRF, da inclusão da empresa PILE no Simples nos anos de 2006 e 2007

14. No período em que a empresa Pile aderiu ao SIMPLES, até 2007, quando migrou para a sistemática do lucro presumido, todas as declarações e informações prestadas à SRF, bem como os pagamentos regulares na modalidade e códigos corretos da Receita Federal, permitiram à SRF o exercício da atividade fiscal, inclusive, se fosse de seu entendimento, a revisão/retificação de ofício pelo fisco da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica para fins de excluí-la do SIMPLES. No entanto, em momento algum foi realizada qualquer atividade fiscalizatória ou mesmo de retificação relativamente à opção da empresa Pile pelo SIMPLES, motivo pelo qual é de se presumir a total regularidade e adequação da empresa pela sistemática simplificada.
15. Nesse entender, carece de razoabilidade o Ato Declaratório que excluiu do SIMPLES a empresa Pile, quando ao tempo em que prestadas todas as declarações e informações da Empresa foram devidamente aceitas pela SRF.
16. Ademais, o ato da SRF fere visceralmente o Princípio da Segurança Jurídica no momento que tem por irregular determinada situação jurídica, tida anteriormente por regular e com homologação tácita dos atos praticados pelo próprio fisco.
17. Face ao Princípio da Cautela e no intuito de entender a razão da Edição do Ato Declaratório ora atacado, há de se esclarecer que o fato de a empresa Pile, no ano de 2007, ter adotado a sistemática de tributação pelo Lucro Presumido não pode ser tido como indício ou mesmo presunção de que a atividade desenvolvida no período anterior a esse exercício seja incompatível com o SIMPLES.
18. Por absoluta incongruência com a realidade das atividades efetivamente desenvolvidas pela Empresa Pile Consultoria em Informática nos exercícios 2006 e 2007, há de ser anulado o Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 195, que exclui a empresa Pile do SIMPLES, haja vista a evidente ilegalidade que o macula.

Da inexigibilidade da multa - inexistência de mora

19. Subsidiariamente, caso essa SRF entenda pela manutenção da decisão que excluiu a Empresa do SIMPLES, desde logo importa salientar a

inaplicabilidade da multa de ofício na hipótese posta em debate, haja vista a inexistência de mora na conduta da empresa contribuinte.

20. O cabimento e a incidência da multa somente tem lugar nas hipóteses em que devidamente cientificada a empresa acerca da irregularidade de sua situação fiscal e essa silencia. Na presente hipótese, encontramos situação diversa, haja vista que desde o ano-calendário 2003 a empresa contribuinte vinha efetuando suas declarações e recolhendo regularmente os tributos pelo sistema SIMPLES, com códigos e formulários corretos, sem que houvesse qualquer recusa ou notificação pela SRF.
21. Inequívoca, portanto, a presunção de legalidade no procedimento adotado pela empresa que, face ao princípio da segurança jurídica não pode ser surpreendida com onerosa cobrança de multa fiscal moratória.
22. Em face do exposto, REQUER seja o presente recurso recebido, para reformar a decisão proferida pela 6ª Turma da DRJ/POA, dando-lhe provimento para reconhecer a atividade exercida pela Recorrente nos anos de 2006 e 2007 como compatível com o SIMPLES, anulando o Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 195 de 04.11.2010, bem como o Auto de Infração Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. PIS/Pasep e COFINS.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Do Mérito

Dos serviços efetivamente prestados pela empresa recorrente

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº. 9.317, de 1996, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte – Simples, e alterações posteriores, determina:

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 assemelhado, e de qualquer outra profissão cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida; (grifei).*

Alega o recorrente que a atividade efetivamente exercida por ele foi a de “suporte técnico”.

Do texto legal acima, depreende-se que é vedada a opção pelo Simples à pessoa jurídica que preste serviços de programador, analista de sistema e de qualquer outra profissão cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida, cabendo então analisar a atividade “**prestação de serviços de suporte técnico**”.

A prestação de serviços de suporte técnico em informática pode-se caracterizar ou não de cunho intelectual, dependendo das atividades exercidas. No Simples federal quando a atividade se caracteriza como de cunho intelectual, cujo profissão dependia de habilitação profissional legalmente exigida, era vedado a sua opção e permanência nesse regime. Com a criação do Simples Nacional permitiu-se que essa atividade fosse possível optar pelo enquadramento desde que em anexo distinto, conforme quadro seguinte*.

CNAE - 6209-1/00 - Suporte Técnico, Manutenção e Outros Serviços em Tecnologia da Informação	
Anexo III (alíquota inicial 6%)	Anexo VI (alíquota inicial 16,93%)
<p>Atividades que NÃO se caracterizam de cunho intelectual, de natureza técnica e científica:</p> <ul style="list-style-type: none"> • apoio na configuração de equipamentos de informática; • apoio a clientes na configuração de equipamentos de informática; • instalação de programas de informática e de software; • segurança em informática, antivírus, criptografia, autenticação, detecção de hackers. 	<p>Atividades que se caracterizam de cunho intelectual, de natureza técnica e científica:</p> <ul style="list-style-type: none"> • help desk; • manutenção de programas e sistemas de informática; • manutenção em tecnologia da informação; • recuperação de panes informáticas; • recuperação de dados, arquivos; • recuperação de panes em programas de informática; • segurança em tecnologia da informação; • suporte técnico em tecnologia da informação.

*Quadro extraído do site <https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/enquadramento-anexo-iii-ou-anexo-vi-simples-nacional/>

Ressalta-se que, evidentemente, não se quer adotar a legislação do Simples Nacional para o presente caso. O objetivo é esclarecer que há atividades de suporte que não se caracterizam de cunho intelectual, por exemplo instalação de programas de informática e de software, e há atividades de suporte que se caracterizam de cunho intelectual, por exemplo manutenção de programa e sistemas de informática.

Faz-se necessário a análise dos documentos comprobatórios para verificarmos se a atividade do recorrente se caracteriza ou não de cunho intelectual.

O contrato social, em sua cláusula 5ª, especifica o objetivo social do recorrente:

CLÁUSULA QUINTA

O objetivo social será:

-NA ÁREA DE INFORMÁTICA: Análise de sistemas, desenvolvimento e comercialização de sistemas de informática, administração de banco de dados, assistência técnica na área de informática, suporte e redes para microcomputadores, treinamento no desenvolvimento de sistemas, processamento de dados, digitação e editoração gráfica.

-NA ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO: Consultoria em organização, consultoria e auditoria empresarial para controle de gestão e redução de perdas econômicas, consultoria na área financeira, sistemas e métodos.

Observa-se no contrato social que a recorrente se propõe a prestar serviços na área de informática: análise de sistemas, desenvolvimento e comercialização de sistemas de informática, administração de banco de dados, assistência técnica na área de informática, suporte e redes para microcomputadores, treinamento no desenvolvimento de sistemas, processamento de dados, digitação e editoração gráfica.

Constata-se que no objetivo social da recorrente, na área de informática, há atividades de cunho intelectual, por exemplo análise e desenvolvimento de sistemas, e atividade de cunho não intelectual, como digitação e editoração gráfica. A atividade de suporte não está especificada de forma a identificarmos se essa é ou não de cunho intelectual.

Os contratos de prestação de serviços a serem desenvolvidos pela recorrente em favor da Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (FAURGS), com datas de 01/06/2004, 12/07/2004, 15/07/2004 e 01/04/2005, têm como objeto a prestação de serviços de na área de informática, com a seguinte abrangência: análise de sistemas, programação e testes de software básico, produtos e aplicativos bancários - suporte técnico, consultoria técnica, treinamento, pesquisa e implementação tem todas as atividades tais como: ambientes e sistemas operacionais, redes de computadores, telecomunicação e teleprocessamento, banco de dados, segurança, integridade dos dados, automação, metodologias, ferramentas e arquitetura de sistemas voltados a orientação a objetos, cliente/servidor, internet, entre outros e linguagem de programação. Segue ilustração de um dos contratos.

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO:

1.1 – Constitui objeto do presente Contrato de Prestação de Serviços as ações laborais – atividades/tarefas – praticadas pela CONTRATADA na área de informática, em favor da FAURGS e de seus clientes, na sede de qualquer um deles ou em local a ser designado pelo Contratante, com as seguintes abrangências:

1.1.1 – ANÁLISE DE SISTEMA, PROGRAMAÇÃO E TESTES DE “SOFTWARE” BÁSICO, PRODUTOS E APLICATIVOS BANCÁRIOS – SUPORTE TÉCNICO, CONSULTORIA TÉCNICA, TREINAMENTO, PESQUISA E IMPLEMENTAÇÃO EM TODAS AS ATIVIDADES TAIS COMO: AMBIENTES E SISTEMAS OPERACIONAIS, REDES DE COMPUTADORES, TELECOMUNICAÇÃO E TELEPROCESSAMENTO, BANCO DE DADOS, SEGURANÇA, INTEGRIDADE DOS DADOS, AUTOMAÇÃO, METODOLOGIAS, FERRAMENTAS E ARQUITETURA DE DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS VOLTADAS A ORIENTAÇÃO A OBJETO, CLIENTE/SERVIDOR, INTERNET, ENTRE OUTROS, E LINGUAGENS DE PROGRAMAÇÃO;

CLÁUSULA SEGUNDA – DA EXECUÇÃO:

2.1 – A encomenda de atividades/tarefas a serem empreendidas pela CONTRATADA, ocorrerá por provocação exclusiva da FAURGS, por intermédio de ORDEM DE EXECUÇÃO DE PROJETOS, na qual conterá as definições das atividades/tarefas e quais as atividades administrativas consequentes; divididas e identificadas nos seguintes grupos: 1) Consultoria; 2) Programação; 3) Análise e 4) Suporte;

Percebe-se que as atividades envolvidas na prestação de serviços são, em sua maioria, de cunho intelectual. Sendo prestadas por analista de sistemas e outros profissionais de nível superior de graduação. Quanto ao suporte técnico parece-me restrito aos produtos e aplicativos bancários, conforme contrato ilustrado acima.

A Representação Fiscal para exclusão do Simples, teve como fundamento a atividade da empresa, expressa no contrato social e alterações posteriores e comprovada pelos contratos de prestação de serviços firmados. Conforme transcrito a seguir.

A atividade da empresa, expressa no contrato social e alterações posteriores, e comprovada pelos contratos de prestação de serviços firmados, veda a opção de tributação pelo sistema SIMPLES, conforme estabelece a Lei 9.317/96, no artigo que aqui é reproduzido:

“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, (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000) ’*

Em contraposição, o recorrente afirma que prestou somente serviços de suporte técnico, conforme ordem de serviços emitidas. Portanto faz-se necessário a análise das ordens de serviços constantes do processo (fls. 86 a 90).

As ordens de serviço trazem como descrição as seguintes atividades:

Nº da Ordem	Título	Definição
07/293	Integração Nova Interface Melhores Práticas com DLL já existentes de MP	- Preparação do Ambiente - Integração Nova Interface Melhores Prática com DLL já existentes de Melhores Práticas - Testes
07/00615	Implementação das melhores práticas para ambiente MM4/NET	- Definição de regras de Melhores Práticas (MP) para ambiente NER - Implementação das MP para ambiente NET.

		- Testes
07/00816	Implementação das melhores práticas para ambiente MM4/NET	- Definição de regras de Melhores Práticas (MP) para ambiente NER - Implementação das MP para ambiente NET. - Testes
08/01462	Ajustes em melhores práticas e ferramentas MM3/4	- Manutenção Ferramentas Meta Modelo (MM3 e MM4) - Implementar novos componentes MM4 (Calendário, Lista Auxiliar, etc) - Permitir Gerar TO's Personalizados
08/02208	Instalação de Ambiente BRB para Programador Novo	- Suporte para instalação do ambiente de desenvolvimento para programador no sistema BRF - Acompanhar e efetuar alterações no servidor.

Nota-se que as atividades especificadas nas ordens de serviço, primeiramente não são exclusivas de suporte a produtos e aplicativos bancários, e mostram-se de cunho intelectual, por exemplo: Integração Nova Interface Melhor Prática com DLL já existentes de Melhores Práticas; Implementação das MP para ambiente NET; Manutenção Ferramentas Meta Modelo (MM3 e MM4); Implementar novos componentes MM4 (Calendário, Lista Auxiliar, etc); Suporte para instalação do ambiente de desenvolvimento para programador no sistema BRF.

As notas fiscais de serviço (fls. 98 a 183) trazem discriminação genérica de prestação de serviços e não esclarecem o tipo da atividade do serviço prestados. Como exemplo, ilustramos a Nota Fiscal de Serviço nº. 100.

PILE CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA

Travessa Francisco Leonardo Truda 40 - Sala 168 - CEP 90010 904
Centro - Porto Alegre / RS

Inscrição Municipal 217429 2 8 Inscrição no CNPJ(MF) 04.183.493/0001-01

Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza 2.ª VIA Nº 100

NOTA FISCAL DE SERVIÇO

Porto Alegre, 04 de Setembro de 2006

Nome ou Firma: FABRES - Fundação de Apoio da UFAB

Endereço: Av. Bento Gonçalves s. 500 Prédio nº 43.609

Cidade: Porto Alegre Estado: Rio Grande do Sul

CNPJ: 7470400810001-35 Inscr. Estadual: 09625M1500

Quant.	Discriminação do Serviço	Unitário	Total
	Prestação de serviços competência agosto/2006		7815,12
	Isento de Retenções do imposto de Renda na Fonte de Acordo do Decreto 3.200/99 Art. 1º nº 653 Vig. ABral 99	}	}
TOTAL DA NOTA R\$			7.815,12

Gráfica Marques Ltda - Fone/Fax: (51) 3384-5483
Insc. Municipal Nº 138.754-2/6 - CNPJ 00.223.478/0001-80
03 TI - 3x50 - 001 à 150 - 10/2004 - AIDF 00962/04

Conforme a análise realizada da atividade de suporte técnico e dos documentos comprobatórios, Conclui-se que:

- A atividade de suporte técnico em informática pode ser caracterizada como sendo ou não de cunho intelectual.

- As atividades da recorrente previstas no contrato social e especificadas nos contratos de prestação e ordens de serviço não são exclusivas de suporte técnico, e se caracterizam com cunho intelectual.
- As atividades efetivamente prestadas pela recorrente são exclusivas de programador, analista de sistemas e outras profissões de nível superior de graduação, cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida.

Portanto devem ser rejeitados todos os argumentos da recorrente quanto à interpretação da matéria, e ao alegado abuso de poder e ilegalidade do ato da Autoridade Fiscal.

Da homologação, pela SRF, da inclusão da empresa PILE no Simples nos anos de 2006 e 2007

A recorrente alega no período em que a empresa Pile aderiu ao SIMPLES, até 2007, quando migrou para a sistemática do lucro presumido, todas as declarações e informações prestadas à SRF, bem como os pagamentos regulares na modalidade e códigos corretos da Receita Federal, permitiram à SRF o exercício da atividade fiscal, inclusive, se fosse de seu entendimento, a revisão/retificação de ofício pelo fisco da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica para fins de excluí-la do SIMPLES. No entanto, em momento algum foi realizada qualquer atividade fiscalizatória ou mesmo de retificação relativamente à opção da empresa Pile pelo SIMPLES, motivo pelo qual é de se presumir a total regularidade e adequação da empresa pela sistemática simplificada.

Mostram-se equivocadas as alegações da recorrente, pois a exclusão do Simples foi realizada mediante procedimento fiscal, cujo lançamento do crédito tributário decorrente pode ser realizado enquanto não atingido pelo instituto da decadência. A formalidade de apresentar declarações e pagamentos no regime do Simples não tem o condão de transformar a situação fática do exercício de atividade vedada pelo regime de tributação favorecido. Também não é aplicável o Princípio da Cautela pois a situação em nenhum momento foi regular e os atos não foram praticados pelo fisco e sim pelo contribuinte.

Portanto devem ser rejeitado o requerimento de anulação do Ato Declaratório de Exclusão do Simples, com base na alegação de incongruência com a realidade das atividades efetivamente desenvolvidas pela Empresa Pile Consultoria em Informática nos exercícios 2006 e 2007.

Da exigibilidade da multa de mora

A recorrente alega que a inaplicabilidade da multa de ofício, haja vista a inexistência de mora em sua conduta. Argumenta que o cabimento e a incidência da multa somente tem lugar nas hipóteses em que devidamente cientificada a empresa acerca da irregularidade de sua situação fiscal e essa silencia.

A multa lançada é a prevista no artigo 44, inciso I da Lei 9.430/96 aplicada aos casos de lançamento de ofício que, expressa e objetivamente, prevê:

Multas de Lançamento de Ofício

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Ao constatar a ocorrência de uma infração, como no caso, a Autoridade Fiscal deve, obrigatoriamente, lavrar o auto e aplicar a multa, porque a lei não lhe dá discricionariedade. Tal característica implica ser a lei o único referencial para delimitar a atuação fiscal.

É importante ressaltar, no caso presente, que a imposição de penalidades tributárias, independe de qualquer elemento subjetivo por parte do sujeito passivo, ou seja, não há que se indagar se o contribuinte teve ou não intenção de lesar o Fisco, acarretando-lhe prejuízo.

Portanto, devem-se ser rejeitadas as alegações da recorrente, e ser considerado correta a aplicação da multa de lançamento de ofício no percentual de 75%, definido em lei, sobre o valor dos tributos não recolhidos.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do SIMPLES e os lançamentos.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias