



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

Processo n° : 13894.000591/2003-09
Recurso n° : 133.951
Acórdão n° : 303-33.968
Sessão de : 07 de dezembro de 2006
Recorrente : OS & FILHOS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE
INFORMÁTICA LTDA. ME.
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

**SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. AFASTADAS AS PRELIMINARES
SUSCITADAS.**

Comprovado que a recorrente se dedica ao ramo de comércio varejista de suprimentos para informática, serviços de digitação e bureau de serviços, prestados por digitadores, técnicos de nível médio, e que este ramo não se confunde com a prestação de serviços privativos de engenheiros, programadores, consultores, publicitários, assemelhados e profissões legalmente regulamentadas, sendo essa atividade exercida pela recorrente perfeitamente permitida pela legislação vigente aplicável, é de se reconsiderar o Despacho Decisório que negou a sua inclusão retroativa ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - 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


SILVÍO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Formalizado em: 30 JAN 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Sergio de Castro Neves.

Processo nº : 13894.000591/2003-09
Acórdão nº : 303-33.968

RELATÓRIO

Trata o processo de pedido de reinclusão no Simples, em virtude de a contribuinte ter sempre recolhido seus tributos e entregue as declarações pelo Simples.

A Delegacia da Receita Federal em Guarulhos indeferiu a solicitação da contribuinte ora recorrente (fls. 58/61) fundamentando-se no fato de que a contribuinte explora o ramo de *comércio varejista de suprimentos de informática e serviços de digitação e bureau de serviços*. Segundo a DRF, como há houve especificação de quais serviços são prestados pela requerente, deve-se concluir que inclui-se na expressão *bureau de serviços* atividades diversas relacionadas à informática, tais como editoração eletrônica, desenvolvimento de home pages, consultoria técnica, manutenção de sistemas e criação de folhetos, as quais vedaria a opção pelo Simples, conforme previsto no art. 9º inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, por caracterizarem serviços de programador, consultor, engenheiro ou, ainda, de publicitário, no caso de criação de folhetos.

Cientificada da decisão que indeferiu sua solicitação em 09/03/2004 (fl. 63), a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 64/75, em 06/04/2004, alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

- por ter impedido o ingresso no Simples a um número infindável de pequenas empresas, o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não cumpriu a diretriz constitucional de dispensar à microempresa e à empresa de pequeno porte tratamento favorecido e simplificado das obrigações tributárias. Houve uma inconstitucionalidade parcial, pois nesse aspecto a Lei nº 9.317, de 1996, foi além do permitido constitucionalmente. Da mesma forma, é inconstitucional a recente Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, que excluiu algumas pessoas jurídicas das restrições do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, sem observar os princípios da igualdade e da razoabilidade;

- a decisão guerreada, baseando-se em meras suposições ou conclusões sem que tenha dado à recorrente o direito de se defender ou esclarecer suas atividades, não cumpriu os preceitos constitucionais que norteiam o processo administrativo fiscal;

- os serviços de digitação podem ser exercidos por qualquer pessoa que tenha conhecimento de datilografia, não sendo necessário ser um técnico da área de informática;

- o ato declaratório de exclusão não pode produzir efeitos retroativos, por violar o princípio da irretroatividade das normas tributárias, previsto

Processo nº : 13894.000591/2003-09
Acórdão nº : 303-33.968

na Carta Magna. Por isso, somente após o trânsito em julgado administrativo ou judicial da decisão definitiva de exclusão do Simples é que a recorrente deverá sofrer os efeitos da exclusão, isso caso não seja reintegrada ao sistema.

A DRF de Julgamento em Campinas – SP, através do Acórdão nº 9.037 de 28 de março de 2005, indeferiu a solicitação da ora recorrente, nos termos que a seguir se transcreve:

“A manifestação de inconformidade é tempestiva, pelo que dela se conhece.

De plano, cabe ressaltar que a decisão da DRF não se baseou em meras suposições. Pelo contrário, a decisão está devidamente fundamentada no fato de que a atividade da contribuinte não está especificada em seu contrato social. Com efeito, a expressão *bureau de serviços*, como observou a decisão guerreada, comporta todo tipo de serviços na área de informática, o que pode, pode, incluir aqueles que vedam a opção pelo Simples, nos termos do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Observe-se que, tratando-se de um pedido da contribuinte para reinclusão no Simples, cabe a ela demonstrar que não incorre em nenhum tipo de vedação à opção por esse sistema, o que, em razão da amplitude de seu objeto social, não restou demonstrado.

Outrossim, não tem pertinência a alegação de que os serviços de digitação poderiam ser prestados por qualquer pessoa que tenha conhecimento de datilografia, não sendo necessário ser um técnico da área de informática. Isso porque o fundamento do indeferimento do pedido da interessada não foi a atividade de digitação, mas, sim, como está claro na decisão da DRF, a expressão *bureau de serviços* na descrição de seu objeto social, a qual, como já dito, poderia comportar atividades que vedariam sua opção pelo Simples.

No tocante à alegação da contribuinte de que sua exclusão não poderia ser retroativa, novamente é de se registrar que o presente processo trata-se de inclusão no Simples e não de exclusão desse sistema. Por conseguinte, também aqui a alegação da contribuinte não tem pertinência com o caso em tela.

Por fim, é preciso dizer que não cabe a esta Turma de Julgamento analisar alegações de constitucionalidade. Com efeito, no âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe exclusivamente verificar se o ato praticado pelo agente do Fisco está, ou não, conforme a lei, sem emitir juízo da legalidade ou constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato.

Processo nº : 13894.000591/2003-09
Acórdão nº : 303-33.968

Nesse aspecto, a jurisprudência administrativa tem o entendimento de que o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal – art. 102, inciso I, alínea “a”, e inciso III, da Constituição Federal. Portanto, é defeso aos órgãos administrativos, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade da lei que fundamenta o procedimento fiscal, ainda que sob o pretexto de deixar de aplicá-la ao caso concreto. Isso porque, a decisão de não aplicá-la ao caso concreto, até por razão lógica, é precedida de um juízo e conseqüente declaração: o reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo aplicado.

Em face do exposto, voto no sentido de se conhecer da manifestação de inconformidade, por tempestiva, para, no mérito, indeferir a solicitação da contribuinte.”

O recorrente tomou ciência dessa decisão através da Comunicação recebida via AR e apresentou, tempestivamente, as razões de sua insatisfação recursal à este Terceiro Conselho de Contribuintes.

Em seu arrazoado, além de manter os argumentos explanados em preliminares na exordial, referentes a garantias constitucionais e inconstitucionalidades de leis, a recorrente rebateu os argumentos utilizados pela DRF de Julgamento, reafirmando que por meramente ser empresa empresarial prestando serviços no ramo de informática, não exigindo profissionais técnicos especializados e ser microempresa ou empresa de pequeno porte, já lhe garante o direito de opção pelo SIMPLES.

Outrossim, afirma que a sua exclusão se deu exclusivamente por mera suposição, uma vez que a sua atividade empresarial não se enquadra na previsão do artigo 9º, inciso XIII da Lei 9.317/96.

Por fim, requereu a sua reintegração e continuidade dentro do regime simplificado do SIMPLES, dando provimento ao seu recurso.

É o Relatório.



Processo nº : 13894.000591/2003-09
Acórdão nº : 303-33.968

VOTO

Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Relator

Tomo conhecimento do recurso, que é tempestivo, tendo em vista que a recorrente tomou ciência da decisão da DRF de Julgamento em Campinas – SP, através da Comunicação 422/2005 de fls. 94, via AR em data de 19 de abril de 2005 (fls. 95), tendo apresentado suas razões recursais com anexos, devidamente protocolados na repartição competente da SRF em 10 de maio de 2005 (fls. 110 a 134) estando revestido das formalidades legais, bem como, trata-se de matéria da competência deste Colegiado.

Em sede de preliminar, não assiste razão a recorrente quanto às alegações de garantia institucional para continuar enquadrada na sistemática do SIMPLES em função da simplificação das obrigações tributárias das pequenas empresas, e quanto a argüição de inconstitucionalidade das Leis N°s 9.317/96 e 10.034/2000.

Primeiramente por que, se a legislação vigente permite que o contribuinte faça a opção sem a prévia manifestação do Fisco, não impede a sua apreciação posterior, quanto a legalidade daquele ato, por parte da Receita Federal, com vistas a verificação da regularidade da opção. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime do SIMPLES, não somente pode, como é dever excluí-la de tal sistemática, isto no momento de sua apreciação, a partir da data do ato ilegal, quando comunicará o fato ao contribuinte da irregularidade cometida, que é exatamente o ato de exclusão. A legislação competente em vigor, concede autorização legislativa para que a exclusão se possa dar com efeitos retroativos à data da situação excludente.

Ainda em preliminar, meras alegações por pretenso descumprimento de diretrizes constitucionais, não deverão ser apreciadas, já que não estão compreendidas no juízo dos tribunais administrativos, pois o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do poder judiciário, e no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

No mérito, de plano, é dever se concluir que as atividades presentes no objeto social da empresa, ora recorrente, quais sejam, “o comércio varejista de suprimentos para informática e serviços de digitação e bureau de serviços”, não estão presentes no rol de atividades impeditivas disposto no inciso XIII, art. 9º, da Lei 9.317, *in verbis*:

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

Processo nº : 13894.000591/2003-09
Acórdão nº : 303-33.968

(...)

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 depende de habilitação profissional legalmente exigida;”

No mesmo sentido, não há impedimento quanto à atividade descrita que consta do Cadastro Nacional da Pessoa Física - CNPJ do contribuinte ora recorrente, qual seja, “processamento de dados” (código: 72.30-3-00)

Observa-se, ainda, que não há exigência ou pré-requisito legal algum para que sejam executados os serviços propostos e que vêm sendo exercidos pela recorrente, como sejam, “comércio varejista de suprimentos para informática, serviços de digitação e bureau de serviços”, prestados por digitadores, técnicos de nível médio, não havendo necessidade de profissões legalmente regulamentadas para exercer tal atividade.

Destarte, entendemos que este tipo de prestação de serviços da recorrente (comércio varejista de suprimentos para informática, serviços de digitação e bureau de serviços), prestados por técnicos de nível médio, não representa serviço profissional de engenharia (eletrônica), programador, consultor, publicitário ou assemelhado, nem há necessidade de exercício por profissão legalmente regulamentada, como afirma a DRF de julgamento em Campinas - SP. Como também, não existe nenhuma prova nos autos indicando que a recorrente exerça atividade impeditiva da opção pelo SIMPLES.

Observe-se ainda, que a recorrente se encontra devidamente amparada nos termos do art. 8º, inciso II, § 6º da Lei 9.317/1996 (parágrafo acrescido pela Lei 10.833/2003), combinado com o Art. 106, inciso II, alínea “b” do Código Tributário Nacional, não estando suas atividades abrangidas pelas vedações contidas nos dispositivos legais que regem a sistemática do SIMPLES, fazendo jus, portanto, aos benefícios desse regime especial de pagamento.

Em vista disso, concluímos que as atividades exercidas pela recorrente, estão entre aquelas permitidas pela legislação para inclusão no SIMPLES.

Por essas razões, é de se reconsiderar o DESPACHO DECISÓRIO que negou a inclusão com data retroativa da recorrente do Sistema Integrado de

Processo nº : 13894.000591/2003-09
Acórdão nº : 303-33.968

Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. Então,

VOTO para que seja dado provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 07 de dezembro de 2006.



SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator