



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

Processo nº : 13894.000677/2003-23
Recurso nº : 133.946
Acórdão nº : 303-33.677
Sessão de : 19 de outubro de 2006
Recorrente : MONAIR ART'S IN COMPUTER COMÉRCIO E
SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA. ME.
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES. INCLUSÃO RETROATIVA. AFASTADAS AS PRELIMINARES SUSCITADAS. NO MÉRITO É DE SE DECIDIR QUE NÃO PODERÁ SER CONFUNDIDO COM ATIVIDADE DE INFORMÁTICA PRIVATIVA DE ENGENHEIROS, PROFESSORES, CONSULTORES, ANALISTAS OU ASSEMELHADOS, RAMO DE COMÉRCIO VAREJISTA DE SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA, SERVIÇOS DE DIGITAÇÃO E BUREAU DE SERVIÇOS. ATIVIDADE EXERCIDA NÃO SE ENCONTRA ENQUADRADA NAS ATIVIDADES INCLUÍDAS NOS DISPOSITIVOS DE VEDAÇÃO À OPÇÃO PELO REGIME ESPECIAL DO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

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, professores, consultores, analistas, 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 do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Recurso voluntário em que é dado provimento

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

Processo nº : 13894.000677/2003-23
Acórdão nº : 303-33.677


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Formalizado em: 24 NOV 2006

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

RELATÓRIO

Trata o processo de pedido de reinclusão da ora recorrente no Simples, em virtude da mesma ter sempre recolhido seus tributos e entregue as declarações pelo Simples.

A Delegacia da Receita Federal em Guarulhos indeferiu a solicitação da contribuinte 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 19/05/2004 (fl. 28), a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 31/43, em 16/06/2004, 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;

- a atividade da empresa não se enquadra naquelas previstas no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 1996. A empresa possui como atividade o comércio varejista de suprimentos para informática e serviços de assessoria, consultoria, planejamento, projetos, análise de sistemas, treinamento, desenvolvimento e demais serviços na área de informática, ou seja, prescinde de qualquer profissional com conhecimento técnico específico. Ademais, não existe

Processo nº : 13894.000677/2003-23
Acórdão nº : 303-33.677

norma jurídica que exija a habilitação profissional para o desenvolvimento da atividade comercial exercida pela recorrente;

- não se pode conforme com o modo como se deu sua exclusão. O § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, prescreve que a exclusão dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. Isso significa que, em não sendo atendida a norma jurídica acima citada, o princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna inegavelmente foi violado, e o reflexo dessa conduta não será outro senão a declaração de nulidade do ato de exclusão do regime do Simples;

- o ato declaratório de exclusão não pode produzir efeitos retroativos, por violar o princípio da irretroatividade das normas tributárias, previsto 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 9.042 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 o presente processo trata-se de pedido de reinclusão no Simples. Dessa forma, é incabível a alegação de que teria havido descumprimento do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, e conseqüentemente do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, já que não se trata aqui, ao contrário do que parece supor a contribuinte, de ato de exclusão do Simples.

Por outro lado, 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, na expressão bureau de serviços, como observou a decisão guerreada, comporta todo tipo de serviços na área da informática, o que pode, pois, incluir aqueles que vedam a opção pelo Simples.

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 ela não fez.

Por outro lado, na manifestação de inconformidade, a contribuinte afirma que *possui como atividade o comércio varejista de*

Processo nº : 13894.000677/2003-23
Acórdão nº : 303-33.677

suprimentos para informática e serviços de assessoria, consultoria, planejamento, projetos, análise de sistemas, treinamento, desenvolvimento e demais serviços na área de informática, ou seja, prescinde de qualquer profissional com conhecimento técnico específico. Logo, a contribuinte exerce atividades que impedem a opção pelo Simples, ou seja, as atividades de consultor, analista de sistemas e professor, todas elas expressamente discriminadas pelo inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, in verbis:

“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 depende de habilitação profissional legalmente exigida;”

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. 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.



Processo nº : 13894.000677/2003-23
Acórdão nº : 303-33.677

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 arrazoadado, 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 : 13894.000677/2003-23
Acórdão nº : 303-33.677

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 418/2005 (fls. 63) via AR em data de 19 de abril de 2005 (fls. 64), tendo apresentado suas razões recursais com anexos, devidamente protocolados na repartição competente da SRF em 10 de maio de 2005 (fls. 78 a 100) 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 arguição 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, e que vem sendo por exercidas, 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 : 13894.000677/2003-23
Acórdão nº : 303-33.677

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 constante no Cadastro Nacional da Pessoa Física - CNPJ do contribuinte, qual seja, “comércio varejista de equipamentos e materiais de escritórios de informática e comunicação” (código: 52.45-0)

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 profissão legalmente regulamentada 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), professor, consultor, analista ou assemelhado, nem há necessidade de exercício de qualquer profissão legalmente regulamentada, como vem afirmando os órgãos competentes da SRF de São Paulo. 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 retroativa da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de

Processo nº : 13894.000677/2003-23
Acórdão nº : 303-33.677

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

VOTO para que seja dado provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006.



SILVIO MARCOS BARCELOS FIUZA - Relator