



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº 13982.000721/2002-25
Recurso nº Especial do Procurador
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 03-005.300
Sessão de 13 de fevereiro de 2007
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DESBRAVADOR AUTOMAÇÃO HOTELEIRA LTDA.

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

Ano-calendário: 2002

ÔNUS DA PROVA.

Cabe à Administração o ônus da prova dos fatos alegados como fundamentos para excluir o contribuinte do SIMPLES.

SIMPLES. EXCLUSÃO.

A atividade de comercializar programas de computador (*software*) não se confunde com a atividade profissional de programador ou analista de sistemas, ainda que implique obrigações de prestar suporte, manutenção, atualização ou reparo, dentro dos limites habituais a este tipo de comércio, que não incluem a adaptação do programa as características ou necessidades do adquirente ou usuário.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Antonio Carlos Atulim - Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Carlos Henrique KLASER Filho, Judith do Amaral Marcondes Armando, Luis Antonio

Flora, Anelise Daudt Prieto, Nilton Luiz Bartoli, Mário Junqueira Franco Júnior e Manoel Antônio Gadelha Dias (Presidente à época do julgamento).

Relatório

Nos termos do art. 17, III, do RICARF¹, incumbiu-me o Senhor Presidente do Colegiado de formalizar o Acórdão CSRF/03-05.300, tendo em vista que o relator originário, Conselheiro Carlos Henrique Klaser Filho e a redatora designada para a formalização, Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando, deixaram o colegiado antes da formalização e assinatura deste acórdão.

Por meio do Acórdão nº 303-31.509 a Terceira Câmara do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso voluntário para cancelar a exclusão de ofício do contribuinte do SIMPLES.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

"SIMPLES: EXCLUSÃO — A atividade de comercializar programas de computador (software) não configura semelhança com a atividade profissional de programador ou analista de sistemas, ainda que implique obrigações de prestar suporte, manutenção, atualização ou reparo, dentro dos limites habituais a este tipo de comércio, que não incluem a adaptação do programa as características ou necessidades do adquirente ou usuário.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO"

Regularmente notificada desse julgado em 18/10/2004, a Procuradoria da Fazenda nacional apresentou recurso especial de divergência em 22/10/2004, indicando como paradigmas o Acórdão nº 202-13.183. Alegou a Fazenda Nacional que o contrato social do contribuinte é claríssimo em definir que ele se dedica à prestação de serviços de manutenção de equipamentos de informática. No caso concreto, o contribuinte não demonstrou que não exercia as atividades de suporte e manutenção de software, o que justifica sua exclusão do SIMPLES, com base na vedação prevista no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96.

O recurso especial fazendário foi admitido por meio do despacho de fl. 162.

Regularmente notificado do Acórdão nº 303-31.509, do recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional e do despacho que lhe deu seguimento em 06/05/2005 (fl. 167), o contribuinte apresentou contrarrazões de fls. 168/ em 19/05/2005. Alegou, em preliminar, a ausência da divergência jurisprudencial pleiteando o não conhecimento do recurso especial. No mérito, reafirmou que apenas comercializa um software acabado,

¹ Art. 17. Aos presidentes de turmas julgadoras do CARF incumbe dirigir, supervisionar, coordenar e orientar as atividades do respectivo órgão e ainda:
(...)

III - designar redator ad hoc para formalizar decisões já proferidas, nas hipóteses em que o relator original esteja impossibilitado de fazê-lo ou não mais compo

produzido e adquirido da empresa Compacta Microfilmagem e Processamento de Dados Chapecó Ltda, que não se confunde com sistema ou programa desenvolvido de modo personalizado para os clientes. Sendo assim, as atividades de suporte, manutenção ou atualização são atividades complementares à comercialização, sendo insuficientes para configurar adaptação do programa às necessidades do usuário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, Redator *ad hoc*

Ao contrário que entende a Procuradoria da Fazenda Nacional, o fato de formalmente constar do objeto social da empresa que ela se dedica ao desenvolvimento de softwares, não implica o exercício dessa atividade *in concreto*.

Também não se pode concordar com a afirmação de que o contribuinte não comprovou que não exerceu efetivamente a atividade de desenvolvimento de software, pois se foi a Receita Federal quem afirmou que o contribuinte exerce tal atividade com o fim de puni-lo com a exclusão do SIMPLES, cabe à administração a prova do fato alegado e não ao contribuinte a prova do fato negativo.

No caso em questão, prevaleceu o voto do Conselheiro Sergio Castro Neves, relator do acórdão recorrido, cujos fundamentos adoto e reproduzo a seguir como fundamentos deste voto, *in verbis*:

"Programas de computador são criados e comercializados, em geral, de duas formas: Podem ser resultado de encomenda de um cliente determinado, e neste caso desenvolvidos especialmente de acordo com suas particularidades e necessidades, não servindo, assim, para o público em geral. Podem, por outro lado, —e esse é hoje, de longe, o caso mais comum— ser desenhados para atender a necessidades gerais do público, e vendidos em grandes tiragens nas lojas do ramo, para aquisição por usuários que os consideram convenientes para seus fins individuais. Estes últimos podem ser vistos como mercadorias, como um automóvel ou uma geladeira, dos quais existem vários modelos, cabendo ao consumidor eleger o que melhor atende aos seus anseios.

Claro está que mesmo os programas do segundo tipo requerem garantias não só contra defeitos como também de assistência técnica e manutenção, especialmente em um setor de rapidíssima obsolescência, como é este. Por exemplo, os programas antivírus precisam assegurar ao adquirente alguma forma dinâmica de atualização permanente, sob pena de se tornarem literalmente inúteis. Trata-se aqui de prática comercial obrigatória idêntica à que submete o fabricante de automóveis ou geladeiras a manter assistência técnica e peças à disposição do consumidor. Nem por isso deve, em qualquer caso, confundir-se qualquer dessas atividades acessórias com a essencial.

No caso em apreço, parece-me, a atividade essencial da recorrente é, claramente, comercialização de um determinado programa aplicativo de computador e, acessoriamente, a manutenção dos equipamentos. Comercialização apenas, já que, como enfatizado na decisão *a quo*, a ora recorrente adquiriu de terceiro os direitos autorais sobre o

Processo nº 13982.000721/2002-25
Acórdão n.º **03-005.300**

CSRF/T03
Fls. 187

programa, o que, para mim, é a demonstração exatamente de que não se dedica a criar e desenvolver programas. E certo que, detendo o direito autoral, a recorrente pode modificá-lo à sua vontade, mas inexistente qualquer evidencia de que realmente o faça ou tenha feito.

Por outro lado, exsurge tanto dos contratos quanto das notas fiscais de serviços entranhadas no processo que as intervenções da recorrente no programa que ela comercializa são extremamente restritas e principalmente não se confundem com qualquer "característica que permite adaptar o sistema sob medida a condições ou peculiaridades do cliente", como pretende a v. decisão recorrida. A alínea E da cláusula IV do contrato-padrão a empresa recorrente com seus clientes estipula sua obrigação de E) — Promover alterações no SISTEMA em decorrência de modificações nos dispositivos legais [Meu grifo.]

Vê-se, portanto, que a empresa toma contratualmente a cautela de só se comprometer a alterar o sistema por força de imposições de ordem legal, evitando o compromisso de intervir para adaptá-lo às necessidades do cliente.

Por tais razões, julgo que a atividade comercial da recorrente não guarda similitude com a atividade profissional de programadores ou analistas de sistemas, (...)"

Com esses fundamentos, com os quais concordo, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial fazendário.

Antonio Carlos Atulim