



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16306.000110/2010-57
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.343 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente OHL BRAGA DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL LTDA-ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE VEDADA.
CANCELAMENTO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A Ausência de comprovação da efetiva prestação de serviços de consultoria ou de outros decorrentes de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, etc., deve ser cancelada a exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional.

A prestação de serviços de manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do seu programa, complementares à atividade principal de elaboração de programas de computador, não encontra óbice para a permanência no regime do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, cancelando o ADE de exclusão e mantendo a recorrente no regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Iágaro Jung Martins, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1402-005.343 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 16306.000110/2010-57

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I (SP).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão n.º **16-34.008 – 1ª Turma da DRJ/SP1**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

Trata o presente processo, formalizado em 27/05/2010 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, de representação fiscal para exclusão do Simples Federal, motivada pelo Ofício SF/SUREM n.º 077/09, enviado à RFB pela Secretaria de Finanças do município de São Paulo em 02/06/2009 (fl. 5, acompanhada de anexos às fls. 6 a 18).

2. *Relata o referido documento que em decorrência de trabalhos fiscais realizados junto à contribuinte constatou-se que seu objeto social consiste em prestação de serviços de consultoria e assessoria na área de recursos humanos, que, no seu entendimento, constitui óbice ao regime simplificado. Compulsando-se os anexos verifica-se relato de servidor do referido órgão com registro de que a empresa solicitou restituição de Imposto sobre Serviços (ISS), e no processo de análise verificou-se que a interessada presta serviços de elaboração e manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do software, serviços que encontram vedação na sistemática simplificada, com fulcro no art. 17, incisos XI e XIII, da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006. Concluiu o servidor que foi lavrado auto de infração para exigência do ISS relativo aos serviços prestados no período de 01/2003 a 12/2007 (fl. 6).*

3. *A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo emitiu o Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO n.º 03, em 01/06/2010, para excluir a contribuinte do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/07/2007, por atividade econômica vedada ao regime de "prestação de serviços de elaboração e manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do seu programa" (fl. 22 - a interessada optou pelo regime em 01/07/2007 - fls. 22 e 23).*

4. *A exclusão foi fundamentada nos artigos 17, incisos XI e XIII, 29, inciso I, e 32, da Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006; artigo 12, inciso XXIV, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 04, de 30/05/2007; artigos 4o, § 1o, 5o, incisos I e XI, e 6o, inciso VII, da Resolução CGSN n.º 15, de 23/07/2007, e anexo I da Resolução CGSN n.º 50, de 22/12/2008.*

5. *Cientificada do ato de exclusão em 21/06/2010 (Aviso de Recebimento à fl. 25-verso), a recorrente apresentou manifestação de inconformidade ao ato de exclusão em 15/07/2010 (razões às fls. 26 a 31 e anexos às fls. 32 a 85). Alega, em síntese, que:*

5.1. *A empresa apresenta sua defesa em relação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), que tratam os artigos 12 a 41 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e demais alterações.*

5.2. *Versa a intimação, em seu artigo 1o, que a contribuinte fica excluída do Regime do Simples Nacional por exercer atividade econômica vedada, de*

"prestação de serviços de elaboração e manutenção de programas de computador e de treinamentos dos usuários de seu programa", com efeitos a partir de 1º de julho de 2007.

5.3. **A atividade exercida pela defendente está amparada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008 (transcreve o dispositivo legal às fls. 27 a 29), não sendo cabível a sua exclusão, tendo em vista que a atividade é desenvolvida exclusivamente no estabelecimento do optante.**

5.4. O Conselho Municipal de Tributos da Prefeitura de São Paulo cancelou os autos de infração lavrados contra a contribuinte, sendo igualmente cabível o cancelamento do ADE.

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A **1ª Turma da DRJ/SP1**, por meio do Acórdão nº **16-34.008**, julgou a Manifestação de Inconformidade Improcedente e manteve a exclusão do regime do Simples, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO.

A prestação de serviços de manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do seu programa encontra óbice no regime do Simples Nacional.

Observa-se que a decisão do órgão julgador *a quo* teve como seguintes **fundamentos**:

1. A representação para exclusão do Simples Nacional foi amparada na atividade de prestação de serviços de elaboração e manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do software, descrição que consta no ato de exclusão que se discute.
2. No que se relaciona à atividade **de prestação de serviços de elaboração de programas de computador**, assiste razão à recorrente quando assevera que a Resolução CGSN nº 50, de 22/12/2008, permite sua opção e permanência no Simples Nacional.
3. A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, assevera em seu artigo 17, inciso XI:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

(...)

XIII - que realize atividade de consultoria; (...)

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

(...)

Art. 18. (...)

§ 5º-D. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo V desta Lei Complementar:

(...)

IV - **elaboração de programas de computadores**, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

V - licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

VI - planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados no estabelecimento do optante

(...) (grifos acrescidos)

4. Por outro lado, **a atividade de prestação de serviços de manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do software constitui óbice ao regime do Simples Nacional.**
5. Inicialmente, cabe assinalar que a Alteração Contratual da empresa, registrada no 4º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital em 19/01/2009, registra que seu objeto social consiste em licenciamento de softwares não customizáveis, consultoria em gestão empresarial e treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial (cópia autenticada às fls. 32 a 38).
6. Este julgador juntou aos autos cópias extraídas do processo 16306.000109/2010-22 (fls. 96 a 109), no qual se discute a exclusão da interessada do regime do Simples Federal (Lei nº 9.317, de 05/12/1996), e que foi considerada procedente pelo Acórdão nº 16-33.753, prolatado por esta mesma Turma de julgamento em 14/09/2011.
7. Nas referidas cópias encontra-se o Contrato de Manutenção do Software OBR-DRH (módulo OBR-CAT), celebrado entre a interessada e a empresa Rockwell do Brasil S/A (CNPJ 61.080.396/0004-61) em 04/04/1994, nos seguintes termos (fl. 96):

(...)

A Contratante está adquirindo um Treinamento de Utilização do Software OBR-DRH - módulo OBR-CAT (Controle de Atividades de Treinamento), recebendo com este a cópia No. 940020 deste Software, personalizado com o nome e C.G.C da Contratante, e respectivo Manual. Esta cópia do Software (Registro SEI no. 14.292-1) recebida pela Contratante será para uso exclusivo da mesma em uma unidade de trabalho, podendo ser instalada em rede. O sistema não pode ser alterado, decompilado ou desassemblado pela Contratante ou por terceiros. O descumprimento desta cláusula sujeita a Contratante às sanções legais cabíveis;

2. O Contrato de Manutenção refere-se exclusivamente a esta cópia do Software, dando direito a receber Novas Versões do Software e respectivos Manuais, sem custos adicionais, e a utilizar o Serviço de Atendimento ao Cliente, o qual inclui a resolução de dúvidas ou problemas relativos ao funcionamento do Sistema, nas seguintes etapas :

1) Contato telefônico com o usuário, envolvendo a área de sistemas da Contratante se necessário;

2) Visita ao usuário do programa;

(...) (grifos acrescidos)

8. Outros Contratos de Manutenção de Software foram juntados aos autos, tendo por objetivo Banco de Potencial Interno e Externo (de 15/02/1995 - fl. 97). Controle de Avaliação de Desempenho (de 05/03/1996 - fl. 98), Controle de Atividades de Treinamento (de 12/09/1996 - fl. 99), Controle Administrativo (de 01/05/2010 - fl. 100) e Treinamento, Capacitação e Seleção (de 01/07/2007 - fl. 101).
9. O conjunto de documentos fiscais compreende cópias autenticadas de Notas Fiscais emitidas no período de 2003 a 2006, com o campo discriminação indicando tratar-se de Treinamento e Manutenção do Sistema, constando, no canto superior esquerdo, o logotipo da empresa e sua razão social - OHL Braga Consultoria de Recursos Humanos S/C Ltda ME (fls. 102 a 109).
10. Efetuada consulta ao sítio da recorrente na internet (www.ohlbraga.com.br), verificou-se as seguintes informações acerca de suas atividades (fls. 110 a 127):

A Empresa

A Ohl Braga Desenvolvimento Empresarial, com sede em São Paulo, é especializada em gestão empresarial, desenvolvimento de pessoas e softwares para recursos humanos. Criada em 1987, tem um grupo de consultores altamente qualificados e experientes com passagem em empresas de diversos segmentos do mercado.

(...)

CONSULTORIA Avaliação de Desempenho

Processo que identifica a performance dos profissionais através da mensuração de seus objetivos e das suas competências comportamentais.

A Ohl Braga oferece a consultoria e produtos necessários para implantar este processo na sua organização ou empresa, para apoiar o seu Planejamento Estratégico de forma efetiva e eficaz.

Gestão por Competências

Processo para colocar a Empresa em condições de responder as expectativas crescentes de resultados com foco no planejamento estratégico da empresa, aliada às exigências da ISO 9000, avaliando a produtividade dos seus profissionais e aferindo os seus resultados estratégicos.

A finalidade deste processo é integrar sistemicamente todas as informações relativas aos profissionais que atuam na empresa, avaliando os Gap's existentes entre o desempenho ideal e o observado, tendo em vista as Competências Estratégicas da Organização.

Estruturação de cargos e salários

Estruturar e avaliar o quadro de funções da empresa, equalizando-as entre si de acordo com o seu grau de complexidade na organização.

Especificação, avaliação e sistematização dos cargos construindo uma estrutura organizacional, os parâmetros e uma política de remuneração integrada ao mercado que garanta a retenção e a permanência dos profissionais na empresa.

Pesquisa salarial

Mensurar a equidade e a competitividade dos salários da empresa, comparando-os com empresas similares e/ou concorrentes.

Construir uma política de remuneração integrada ao mercado que garanta a retenção e a permanência dos profissionais na empresa.

Processo de coaching

Processo para potencializar a performance dos profissionais através de ações que o ajudarão a alcançar suas metas de forma mais efetiva.

O objetivo do Coaching é ajudar o profissional a alavancar mudanças no desenvolvimento de suas competências mais importantes, realizando seus objetivos e criando foco nas suas possibilidades futuras, transformando-as em realidade.

Pesquisa de clima

Aferição dos níveis de envolvimento, motivação e comprometimento dos profissionais junto a sua empresa, estabelecendo ações de correção e manutenção do clima interno da organização.

Identificar a percepção que os profissionais da possuem sobre a empresa, identificando os pontos de satisfação e de descontentamento, apontando possíveis reações a esta percepção.

TREINAMENTOS

Capacitação de liderança e gestão

Processo contínuo de desenvolvimento gerencial continuado que potencializa as competências de gestão e humanas necessárias para o exercício do papel de liderança. Foi desenvolvido com metodologia própria que privilegia a formação das lideranças através de ferramentas de gestão, vivências e de exercícios práticos na condução de grupos.

Desenvolvimento e Capacitação de Gestores Continuado

Uma forma simples e inovadora de treinar e preparar os Gestores, criando um efetivo clima de mudança na organização

Uma pergunta que muitos profissionais de Recursos Humanos já fizeram é:

- Por que dificilmente os treinamentos de gestores realizados nas organizações dão os resultados esperados?
- Será que a forma como são desenvolvidos - com vários dias seguidos de duração é a mais adequada?

Na busca dessa resposta, e procurando garantir a eficácia dos treinamentos que realiza, a Ohl Braga desenvolveu uma forma simples e inovadora de realizar esses treinamentos. Conheça os detalhes.

Gestão Empoderada

É um programa de liderança avançada que inclui a totalidade do ser, despertando a missão pessoal no ambiente profissional.

Team building

O processo de team building ajuda os profissionais a aprenderem a trabalhar entre si, propiciando as ferramentas para que façam um auto-exame de sua atuação e avaliem as condições que dificultam o seu funcionamento efetivo.

Treinamento de Avaliação

Como dar e receber feedbacks durante a entrevista de avaliação de desempenho, também conhecida como entrevista devolutiva. Etapa essencial do programa de avaliação de desempenho, a entrevista devolutiva é responsável por 80% do sucesso deste programa.

Implantação da gestão por competências

Preparar os profissionais que administram os talentos das organizações para que consigam implementar a gestão por competências em suas organizações.

Venda consultiva

Rever a postura do profissional de vendas introduzindo o conceito de vendas consultiva e sensibilizar sobre as habilidades comportamentais necessárias nesta nova postura.

Projetos Especiais

Eventos e Convenções são programas especiais de educação corporativa dimensionados em cima de uma metodologia andragógica que privilegia o alcance dos resultados e a multisatisfação dos participantes, (grifos acrescidos)

11. Portanto, depreende-se pelo conjunto probatório acostado aos autos **que a atividade exercida pela contribuinte não se restringe à elaboração de um programa de computador (software), mas se estende à manutenção do mesmo, bem como ao treinamento dos usuários do software, atividades que encontram vedação no Simples Nacional.**
12. Acrescente-se que **a atividade da empresa encontra escopo mais amplo, não se restringindo à elaboração de software isoladamente considerado, mas englobando atividade de consultoria** e que permite, com certeza, enquadrá-la na vedação substanciada no art. 17, incisos XI e XIII, da Lei Complementar nº 123/2006.
13. Veja-se que a Solução de Consulta nº 95, prolatada pela Divisão de

Tributação da Superintendência Regional da Receita Federal na 8ª Região
Fiscal em 26/02/2010, elucida com clareza a questão examinada nos autos:

Simples Nacional

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. A possibilidade de opção pelo Simples Nacional de microempresa ou empresa de pequeno porte que tem por finalidade a prestação de serviços intelectuais, de natureza técnica, relacionados a programas de computação, restringem-se àqueles referidos nos incisos IV a VI do §5º-D do art. 18 da LC nº 123, de 2006, tributados pelo Anexo V desta Lei Complementar. **Os serviços de manutenção de sistemas e aplicações e o de suporte técnico**, por caracterizarem a prestação de serviços intelectuais, de natureza técnica, impedem a opção pelo Simples Nacional, nos termos do inciso XI do art. 17 da LC nº 123, de 2006. **A atividade de manutenção de aplicativo que consistir na elaboração de nova versão de programa de computador desenvolvido em estabelecimento do optante, por se enquadrar na atividade excepcionada pelo inciso IV do §5º-D do art. 18 da LC nº 123, de 2006, permite a opção pelo Simples Nacional**. Os serviços de instalação, reparação e manutenção de equipamentos de informática permitem a opção pelo Simples Nacional, uma vez que estão excepcionados da vedação à opção pelo inciso IX do §5º-B do art. 18 da LC nº 123, de 2006, cuja tributação se dá na forma do Anexo III da mencionada Lei Complementar. Entretanto, a partir de 1º de janeiro de 2009, se os referidos serviços forem prestados mediante cessão de mão-de-obra, impedirão a opção pelo Simples Nacional, em face da vedação estabelecida no inciso XII do art. 17 c/c o disposto no §5º-H do art. 18 da LC nº 123, de 2006. (grifos acrescidos)

14. Assim, o Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO nº 03/2010, emitido para excluir a contribuinte do Simples Federal por atividade econômica vedada ao regime de "prestação de serviços de elaboração e manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do seu programa", é plenamente cabível de acordo com os autos.
15. Desta forma, rejeita-se a alegação da contribuinte de que sua atividade não encontra vedação na legislação de regência do regime simplificado.

Do Recurso Voluntário

A Recorrente, inconformada com o Acórdão de 1ª Instância, apresenta recurso voluntário, no qual apresenta as seguintes razões para a reforma da decisão *a quo*:

- 1) De toda a argumentação apresentada pela Prefeitura do Município de São Paulo, autuando através de autos de infrações o Contribuinte, todos foram afastados, alguns pelo próprio agente atuador e os demais através do Conselho Municipal de Tributos que julgou IMPROCEDENTES as autuações por falta de embasamento legal diante dos serviços prestados pelo Contribuinte, cuja decisão junta-se a presente, através de cópias.
- 2) No que tange a presente decisão que pretende excluir o Contribuinte do Simples Nacional, temos a considerar que a atividade exercida pelo Contribuinte esta amparada pela Resolução CGSN nº. 50, de 22 de dezembro de 2008, nos termos que se apresente, senão vejamos:

Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008

DOU de 23.12.2008

Altera as Resoluções CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, nº 6, de 18 de junho de 2007, nº 11, de 23 de julho de 2007, nº 15, de 23 de julho de 2007, nº 30, de 7 de fevereiro de 2008 e nº 38, de 1o de setembro de 2008.

Alterada pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009.

O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) no uso das competências que lhe confere a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Decreto nº 6.038, de 7 de fevereiro de 2007, e o Regimento Interno aprovado pela Resolução CGSN nº 1, de 19 de março de 2007, resolve

Art. 10. O § 3o do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.12.....
.....

§ 3o As vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem **exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput:**

I - com efeitos até 31 de dezembro de 2008:

- a. creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental;
- b. agência terceirizada de correios;
- c. agência de viagem e turismo;
- d. centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;
- e. agência lotérica;
- f. serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus, outros veículos pesados, tratores, máquinas e equipamentos agrícolas;
- g. serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;
- h. serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas;
- i. serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;
- j. serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais, bem como manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos;
- k. serviços de instalação e manutenção de aparelhos e sistemas de ar condicionado, refrigeração, ventilação, aquecimento e tratamento de ar em ambientes controlados;
- l. veículos de comunicação, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, e mídia externa;
- m. transporte municipal de passageiros;

- n. construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada;
 - o. empresas montadoras de estandes para feiras;
 - p. escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais;
 - q. produção cultural e artística;
 - r. produção cinematográfica e de artes cênicas;
 - s. cumulativamente administração e locação de imóveis de terceiros;
 - t. academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;
 - u. academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;
 - v. **elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;**
 - w. licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;
 - x. planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;
 - y. escritórios de serviços contábeis;
 - z. serviço de vigilância, limpeza ou conservação.
- 3) Como pode ser verificado na Resolução a atividade desenvolvida pelo Contribuinte e permitida, ou seja, a atividade desenvolvida e realizada exclusivamente no estabelecimento do OPTANTE, conforme preceitua a referida Resolução.
- 4) Neste sentido, ficou provado para o Conselho Municipal de Tributos da Prefeitura do Município de São Paulo, que através dos CANCELAMENTOS dos autos retirando a penalidade imposta pelo Agente Municipal, que as Fls. 12, juntadas ao presente, grifa a atividade de consultor, como fato impeditivo ao Simples Nacional, e as Fls. 17, Diz que houve equívoco na lavratura do Auto de Infração, requerendo alterações.
- 5) Fica provado que o agente autuador não tinha razão em suas suposições, que entendendo a não possibilidade da opção do Contribuinte vem solicitar ao órgão competente que e a Secretaria da Fazenda a exclusão do Simples Nacional, cujo ato deve ser afastado e anulado, da mesma forma que a foram acatadas as IMPUGNAÇÕES AOS LANÇAMENTOS DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS, constantes no auto de infração e intimação, esclarecendo a este respeitável e Digníssimo Julgador, o Conselho Municipal, que após oferecer recurso ao Departamento de Renda Mobiliarias, este julgou IMPROCEDENTES, os autos bem como a alegação do Agente Fiscal Municipal, e vem pelos fatos e motivos expostos para CANCELAR o Ato Declaratório, por questão de justiça e direito.
- 6) A EMPRESA - Consoante sua constituição tem sua atividade devidamente inscrita nas repartições e órgão competentes, e na forma da legislação em

vigor, na condição de MICROEMPRESA, optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte- SIMPLES/Federal, ESTA OPÇÃO OCORRE DESDE 01/2003.

- 7) Desta forma, nos moldes da lei o Contribuinte vem exercendo seu direito, determinado em lei desde janeiro de 2003, que consiste, basicamente, em permitir que a empresas optantes recolham os tributos e contribuições devidas, calculadas sobre a receita bruta, mediante a aplicação de alíquota única, em um único documento de arrecadação chamado DARF-SIMPLES, e posteriormente, ou seja, a partir de 01/07/2007 através da DAS (Documento de Arrecadação do Simples).
- 8) De tudo quanto nesta impugnação foi apresentado, requer a ANULAÇÃO ou CANCELAMENTO, da decisão do Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO nº. 03/2010, considerando a opção do contribuinte. A vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhida o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se a exclusão do simples nacional bem como o debito fiscal reclamado, cujo procedimento estará cumprindo fielmente o mister da mais límpida Justiça.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

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

Do Mérito

Conforme relatório, trata o presente processo, formalizado em 27/05/2010 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, de representação fiscal para exclusão do Simples Nacional, motivada pelo Ofício SF/SUREM nº 077/09, enviado à RFB pela Secretaria de Finanças do município de São Paulo em 02/06/2009 (fl. 5, acompanhada de anexos às fls. 6 a 18).

A recorrente foi excluída do Regime do Simples Nacional por exercer atividade econômica vedada, de "prestação de serviços de elaboração e manutenção de programas de computador e de treinamentos dos usuários de seu programa", com efeitos a partir de 1º de julho de 2007.

O cerne da questão discutida no presente processo é averiguar a atividade desenvolvida pela recorrente que constitui óbice a opção e permanência no regime do Simples Nacional.

Uma análise dos documentos que ensejaram a representação revela que essa fundamentou-se no objeto social da recorrente, ou seja, **a prestação de serviços de consultoria e assessoria na área de recursos humanos**, conforme documento anexo à representação, reproduzido a seguir:


**PREFEITURA DA CIDADE DE
SÃO PAULO**
CONSELHO MUNICIPAL DE TRIBUTOS

Folha de Informação nº 239

Do processo nº 2008-0.224.255-0 em 10/12/2008. (a) ANEXO III

(3) Serviço sujeito a alíquota de 5,00%, conforme art. 15 da Lei nº 13.701/03. Item 08.02 [instrução, treinamento, orientação pedagógica e educacional, avaliação de conhecimentos de qualquer natureza] da lista de serviços, conforme artigo 1º da Lei nº 13.701/03.

DA IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO PELO SIMPLES

Conforme consta na fl.05 do processo nº 2007-0.298.326-4, o objeto social da Recorrente é a prestação de serviços de consultoria e assessoria na área de recursos humanos.

E essa condição é fator impeditivo à opção pelo Sistema SIMPLES, à luz do art.9º, XIII, da Lei nº 9.317, de 05.12.1996:

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;

De tais atividades impeditivas, posteriormente, a Lei nº 10.034, de 24.10.2000, em seu art.1º, alterado pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003, veio a excluir os serviços de (i) creches e pré-escolas; (ii) estabelecimentos de ensino fundamental; (iii) centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e carga; (iv) agências lotéricas; (v) agências terceirizadas de correios, o que não alterou a situação do Recorrente perante a legislação do SIMPLES.

Assim, é ponto pacífico que o contribuinte não poderia ter feito a opção pelo SIMPLES, por ser sua atividade fator impeditivo para tal.

No Ato Declaratório Executivo a motivação para exclusão do regime do simples nacional foi em virtude do entendimento que a recorrente exercia atividade econômica vedada: **prestação de serviços de elaboração e manutenção de programas de computador e de treinamento de usuários do seu programa**.

A fundamentação legal para a exclusão foi, dentre outros, o art. 17, incisos XI e XIII, da lei complementar nº 123/2006, transcritos a seguir:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

[...]

XIII - que realize atividade de consultoria;

Na impugnação a Recorrente defende que a atividade exercida está amparada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008 (transcreve o dispositivo legal às fls. 27 a 29), não sendo cabível a sua exclusão, tendo em vista que a atividade é desenvolvida exclusivamente no estabelecimento do optante.

No acórdão de 1ª Instância, deu-se razão à recorrente no que relaciona à atividade de prestação de **serviços de elaboração de programas de computador**, quando assevera que a Resolução CGSN nº 50, de 22/12/2008, permite sua opção e permanência no Simples Nacional. Contudo, entendeu-se que o exercício em conjunto das atividades de a atividade de prestação de serviços de manutenção de programas de computador e de treinamento dos usuários do software constitui óbice ao regime do Simples Nacional, in verbis:

7. No que se relaciona à atividade de prestação de serviços de elaboração de programas de computador, assiste razão à recorrente quando assevera que a Resolução CGSN nº 50, de 22/12/2008, permite sua opção e permanência no Simples Nacional.

8. A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, assevera em seu artigo 17, inciso XI:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

(...)

XIII - que realize atividade de consultoria;

(...)

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

Art. 18.

(...)

§ 5º-D. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo V desta Lei Complementar:

(...)

IV - elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

V - licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

VI - planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados no estabelecimento do optante

(...)(grifos acrescidos)

No acórdão recorrido, houve a análise dos documentos apresentados na manifestação, dentre eles, contrato social, contratos de prestação de serviços e notas fiscais, conforme transcrito a seguir:

Inicialmente, cabe assinalar que a Alteração Contratual da empresa, registrada no 4º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital em 19/01/2009, registra que seu objeto social consiste em licenciamento de softwares não customizáveis, consultoria em gestão empresarial e treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial (cópia autenticada às fls. 32 a 38).

Este julgador juntou aos autos cópias extraídas do processo 16306.000109/2010-22 (fls. 96 a 109), no qual se discute a exclusão da interessada do regime do Simples Federal (Lei nº 9.317, de 05/12/1996), e que foi considerada procedente pelo Acórdão nº 16-33.753, prolatado por esta mesma Turma de julgamento em 14/09/2011.

Nas referidas cópias encontra-se o Contrato de Manutenção do Software OBR-DRH (módulo OBR-CAT), celebrado entre a interessada e a empresa Rockwell do Brasil S/A (CNPJ 61.080.396/0004-61) em 04/04/1994, nos seguintes termos (fl. 96):

(...)

A Contratante está adquirindo um Treinamento de Utilização do Software OBR-DRH - módulo OBR-CAT (Controle de Atividades de Treinamento), recebendo com este a cópia No. 940020 deste Software, personalizado com o nome e C.G.C. da Contratante, e respectivo Manual.

Esta cópia do Software (Registro SEI no. 14.292-1) recebida pela Contratante será para uso exclusivo da mesma em uma unidade de trabalho, podendo ser instalada em rede. O sistema não pode ser alterado, descompilado ou desassemblado pela Contratante ou por terceiros. O descumprimento desta cláusula sujeita a Contratante às sanções legais cabíveis;

O Contrato de Manutenção refere-se exclusivamente a esta cópia do Software, dando direito a receber Novas Versões do Software e respectivos Manuais, sem custos adicionais, e a utilizar o Serviço de Atendimento ao Cliente, o qual inclui a resolução de dúvidas ou problemas relativos ao funcionamento do Sistema, nas seguintes etapas :

1) Contato telefônico com o usuário, envolvendo a área de sistemas da Contratante se necessário;

2) Visita ao usuário do programa;

(...) (grifos acrescidos)

Outros Contratos de Manutenção de Software foram juntados aos autos, tendo por objetivo Banco de Potencial Interno e Externo (de 15/02/1995 - fl. 97), Controle de Avaliação de Desempenho (de 05/03/1996 - fl. 93), Controle de Atividades de Treinamento (de 01/05/2010 - fl. 100), Controle Administrativo (de 01/05/2010 - fl.100) e Treinamento, Capacitação e Seleção (de 01/07/2007 - fl. 101).

*O conjunto de documentos fiscais compreende cópias autenticadas de Notas Fiscais emitidas no período de 2003 a 2007, com o campo discriminação indicando tratar-se de **Treinamento e Manutenção do Sistema**, constando, no canto superior esquerdo, o logotipo da empresa e sua razão social - OHL Braga Consultoria de Recursos Humanos S/C Ltda ME (fls. 102 a 109).*

Na decisão recorrido, efetuou-se consulta ao sítio da recorrente na internet, em que verificou-se as seguintes informações acerca de suas atividades:

A Empresa

A Ohl Braga Desenvolvimento Empresarial, com sede em São Paulo, é especializada em gestão empresarial, desenvolvimento de pessoas e softwares para recursos humanos. Criada em 1987, tem um grupo de consultores altamente qualificados e experientes com passagem em empresas de diversos segmentos do mercado.

(...)

CONSULTORIA

Avaliação de Desempenho

Processo que identifica a performance dos profissionais através da mensuração de seus objetivos e das suas competências comportamentais.

A Ohl Braga oferece a consultoria e produtos necessários para implantar este processo na sua organização ou empresa, para apoiar o seu Planejamento Estratégico de forma efetiva e eficaz.

Gestão por Competências

Processo para colocar a Empresa em condições de responder as expectativas crescentes de resultados com foco no planejamento estratégico da empresa, aliada às exigências da ISO 9000, avaliando a produtividade dos seus profissionais e aferindo os seus resultados estratégicos.

A finalidade deste processo é integrar sistemicamente todas as informações relativas aos profissionais que atuam na empresa, avaliando os Gap's existentes entre o desempenho ideal e o observado, tendo em vista as Competências Estratégicas da Organização.

Estruturação de cargos e salários

Estruturar e avaliar o quadro de funções da empresa, equalizando-as entre si de acordo com o seu grau de complexidade na organização.

Especificação, avaliação e sistematização dos cargos construindo uma estrutura organizacional, os parâmetros e uma política de remuneração integrada ao mercado que garanta a retenção e a permanência dos profissionais na empresa.

Pesquisa salarial

Mensurar a equidade e a competitividade dos salários da empresa, comparando-os com empresas similares e/ou concorrentes.

Construir uma política de remuneração integrada ao mercado que garanta a retenção e a permanência dos profissionais na empresa.

Processo de coaching

Processo para potencializar a performance dos profissionais através de ações que o ajudarão a alcançar suas metas de forma mais efetiva.

O objetivo do Coaching é ajudar o profissional a alavancar mudanças no desenvolvimento de suas competências mais importantes, realizando seus objetivos e criando foco nas suas possibilidades futuras, transformando-as em realidade.

Pesquisa de clima

Aferição dos níveis de envolvimento, motivação e comprometimento dos profissionais junto a sua empresa, estabelecendo ações de correção e manutenção do clima interno da organização.

Identificar a percepção que os profissionais da possuem sobre a empresa, identificando os pontos de satisfação e de descontentamento, apontando possíveis reações a esta percepção.

TREINAMENTOS

Capacitação de liderança e gestão

Processo contínuo de desenvolvimento gerencial continuado que potencializa as competências de gestão e humanas necessárias para o exercício do papel de liderança. Foi desenvolvido com metodologia própria que privilegia a formação das lideranças através de ferramentas de gestão, vivências e de exercícios práticos na condução de grupos.

Desenvolvimento e Capacitação de Gestores Continuado

Uma forma simples e inovadora de treinar e preparar os Gestores, criando um efetivo clima de mudança na organização

Uma pergunta que muitos profissionais de Recursos Humanos já fizeram é:

- Por que dificilmente os treinamentos de gestores realizados nas organizações dão os resultados esperados?

- Será que a forma como são desenvolvidos - com vários dias seguidos de duração
- é a mais adequada?

Na busca dessa resposta, e procurando garantir a eficácia dos treinamentos que realiza, a Ohl Braga desenvolveu uma forma simples e inovadora de realizar esses treinamentos. Conheça os detalhes.

Gestão Empoderada

É um programa de liderança avançada que inclui a totalidade do ser, despertando a missão pessoal no ambiente profissional.

Team building

O processo de team building ajuda os profissionais a aprenderem a trabalhar entre si, propiciando as ferramentas para que façam um auto-exame de sua atuação e avaliem as condições que dificultam o seu funcionamento efetivo.

Treinamento de Avaliação

Como dar e receber feedbacks durante a entrevista de avaliação de desempenho, também conhecida como entrevista devolutiva. Etapa essencial do programa de avaliação de desempenho, a entrevista devolutiva é responsável por 80% do sucesso deste programa.

Implantação da gestão por competências

Preparar os profissionais que administram os talentos das organizações para que consigam implementar a gestão por competências em suas organizações.

Venda Consultiva

Rever a postura do profissional de vendas introduzindo o conceito de vendas consultiva e sensibilizar sobre as habilidades comportamentais necessárias nesta nova postura.

Projetos Especiais

Eventos e Convenções são programas especiais de educação corporativa dimensionados em cima de uma metodologia andragógica que privilegia o alcance dos resultados e a multisatisfação dos participantes, (grifos acrescidos)

No decisão *a quo*, entendeu-se que, a partir dos elementos probatórios acostados aos autos, a atividade exercida pela contribuinte não se restringe à elaboração de um programa de computador (software), mas se estende à **manutenção do mesmo**, bem como ao **treinamento dos usuários do software**, atividades que encontram vedação no Simples Nacional. Acrescentou-se que a atividade da empresa encontra escopo mais amplo, não se restringindo à elaboração de software isoladamente considerado, mas englobando atividade de consultoria e que permite, com certeza, enquadrá-la na vedação consubstanciada no art. 17, incisos XI e XIII, da Lei Complementar nº 123/2006.

Em seu recurso, a recorrente afirma que os argumentos apresentados pela Prefeitura de São Paulo foram afastados pelo próprio agente atuador e os demais através do Conselho Municipal de Tributos que julgou IMPROCEDENTES as autuações por falta de embasamento legal diante dos serviços prestados pelo Contribuinte, cuja decisão junta-se a presente, através de cópias.

A recorrente reitera que a atividades exercida está amparada pela resolução CGSN Nº 50, de 22/12/2008, in verbis:

Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008

DOU de 23.12.2008

Altera as Resoluções CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, nº 6, de 18

3

de junho de 2007, nº 11, de 23 de julho de 2007, nº 15, de 23 de julho de 2007, nº 30, de 7 de fevereiro de 2008 e nº 38, de 1º de setembro de 2008.

Alterada pela Resolução CGSN nº 56, de 23 de março de 2009.

- O Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) no uso das competências que lhe confere a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Decreto nº 6.038, de 7 de fevereiro de 2007, e o Regimento Interno aprovado pela Resolução CGSN nº 1, de 19 de março de 2007, resolve

Art. 10. O § 3º do art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 12.

§ 3º As vedações relativas ao exercício de atividades previstas no caput não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem **exclusivamente às atividades seguintes ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput:**

I – com efeitos até 31 de dezembro de 2008:

[...]

v. **elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;**

w. **licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;**

Observa-se que trata-se de uma exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, cujo ato declaratório deu-se com base na representação fiscal da Prefeitura de São Paulo, cuja fundamento foi o objeto social da recorrente. Portanto não houve por parte da fiscalização a busca de outros elementos que comprovassem a execução da atividade da prestação de serviços de consultoria ou de outros serviços decorrentes de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, etc.

Data vênua o decidido no acórdão recorrido, entende-se que a partir dos documentos acostados aos autos (contratos de prestação de serviço e notas fiscais) que a atividade efetivamente desenvolvida pela recorrente é o treinamento e manutenção do sistema. O fato desse sistema de computação ser utilizado na área de recursos humanos não comprova a efetiva prestação de serviço de consultoria.

As atividades de treinamento e manutenção do sistema são complementares à elaboração e programas de computadores, pois o desenvolvimento de programas pressupõe a necessidade de treinamento e manutenção. Não haveria mercado consumidor para uma empresa que elaborasse programas de computadores e não fornecesse nem treinamento nem manutenção no sistema desenvolvido. Portanto, assiste razão à recorrente de que atividade exercida pelo Contribuinte está amparada pela Resolução CGCN nº. 50, de 22 de dezembro de 2008.

Entende-se que o órgão julgador a quo exorbitou de sua competência trazendo aos autos novas provas, no caso a consulta ao sítio da empresa na internet, caso entendesse necessário poderia ter solicitada uma diligência, com oportunidade para que o recorrente se manifestasse sobre esse elemento antes do julgamento em 1ª instância.

Mesmo considerando essa prova, o recorrente apresentou documentos e alegações verossímeis quanto ao conteúdo do sítio na internet, que foi incluído posteriormente a modificação contrato social realizada a partir de 01/01/2009.

Ante a ausência de comprovação da efetiva prestação de serviços de consultoria ou de outros decorrentes de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, etc., deve ser cancelada a exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, cancelando o ADE de exclusão e mantendo a recorrente no regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias