



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13894.000622/2003-13  
Recurso nº : 133.945  
Acórdão nº : 303-33.676  
Sessão de : 19 de outubro de 2006  
Recorrente : OUT SOURCING SYSTEMS COMÉRCIO E  
CONSULTORIA DE INFORMÁTICA LTDA  
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE DE REINCLUSÃO. AFASTADAS AS PRELIMINARES SUSCITADAS. NO MÉRITO É DE SE DECIDIR QUE AS ATIVIDADES EXERCIDAS ESTÃO ENQUADRADAS 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.

Verificado que a recorrente tem como atividades a prestação de serviços de consultoria, assessoria, planejamento, projetos, análises de sistemas, treinamento e desenvolvimento na área de informática, profissões proibitivas de optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte pela legislação vigente aplicável, é de se manter a Decisão que indeferiu o pleito de reinclusão da recorrente com data retroativa na sistemática do SIMPLES.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
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.

Processo nº : 13894.000622/2003-13  
Acórdão nº : 303-33.676

## RELATÓRIO

Trata o presente processo do pedido dito como sendo de reinclusão no SIMPLES, em virtude da empresa ora recorrente ter sempre recolhido seus tributos e entregue as declarações pela sistemática do SIMPLES.

A Delegacia da Receita Federal em Guarulhos indeferiu a solicitação da contribuinte fundamentando-se no fato de que, embora esteja demonstrada a intenção da requerente em aderir ao Simples, nos termos do Ato Declaratório Interpretativo nº 16, de 2 de outubro de 2002, as atividades por ela exercidas impedem a opção por esta sistemática. A DRF detalha que, entre 31/07/1997 e 04/04/2002, o contrato social da contribuinte dispunha que o seu objetivo social era “*o comércio varejista de suprimentos para informática e serviços de digitação e bureau de serviços*”, para em 04/04/2002, retornar as atividades previstas desde sua fundação, como sejam: “*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*” . Ainda conforme a decisão da DRF, como não houve especificação de quais serviços são prestados pela requerente, deve-se concluir que se incluem 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 vedariam 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 25/03/2004 (fl. 66), a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 68/80, em 23/04/2004, 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

Processo nº : 13894.000622/2003-13  
Acórdão nº : 303-33.676

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

- não se pode conformar 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 9.039 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, a expressão *bureau de serviços*, como observou a decisão guerreada, comporta todo tipo

Processo nº : 13894.000622/2003-13  
Acórdão nº : 303-33.676

de serviços na área da informática, o que pode, pois, incluir aqueles que vedam a opção pelo Simples.

Não se olvide que, tratando-se de um pedido da contribuinte para reinclusão no Simples, cabe a ela comprovar 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.

Por outro lado, na manifestação de inconformidade, a contribuinte afirma que *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*. 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

Processo nº : 13894.000622/2003-13  
Acórdão nº : 303-33.676

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. 193ª Sessão da 5ª Turma de Julgamento. Em 28 de março de 2005. Pedro Luís de Godoy Machado – Relator”.

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.



## 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 420/2005 (fls. 105) via AR em data de 19 de abril de 2005 (fls. 106), tendo apresentado suas razões recursais com anexos, devidamente protocolados na repartição competente da SRF em 10 de maio de 2005 (fls. 117 a 139) 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 à 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 assim, no caso em escopo, não se trata de pedido de inclusão e sim de re inclusão.

Ainda em preliminar, meras alegações por pretensão 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, há de se registrar que além do Contrato Social da empresa, especificar muito bem, as suas atividades exercidas, ressalta o fato de que, em momento algum foi negado ou argüido pela ora recorrente a não execução desses serviços, como: *serviços de assessoria, consultoria, planejamento, projetos, análise de sistemas, treinamento, desenvolvimento e demais serviços na área de informática*”, portanto, a nosso ver para o exercício dessas atividades necessita de pessoal com profissão legalmente regulamentada, com conhecimentos técnicos específicos.

Processo nº : 13894.000622/2003-13  
Acórdão nº : 303-33.676

Logo, a recorrente exerce atividades que impedem a opção pelo SIMPLES, dentre uma atividade permitida, qual seja, o comércio varejista de suprimentos para informática. Assim, todas as demais, estão enquadradas entre aquelas 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 a afirmação da recorrente que “as pessoas jurídicas que tenham sido excluídas do Simples, exclusivamente com base no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96, poderão solicitar retorno ao sistema, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2004, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação previstas na legislação”, baseada no art. 4º da Lei 10.964/2004, não tem pertinência com o caso em tela, haja vista que tal prerrogativa se direciona única e exclusivamente às pessoas jurídicas cujas atividades sejam uma das expressas nos incisos do art. 4º supracitado, quais sejam:

*“Art. 4º. (...)*

*I – serviços de manutenção e reparação de automóveis, caminhões, ônibus e outros veículos pesados;*

*II – serviços de instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores;*

*III – serviços de manutenção e reparação de motocicletas, motonetas e bicicletas*

*IV – serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;”*

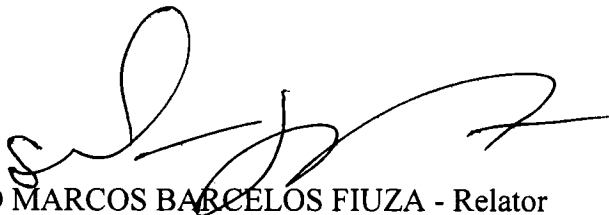
Em vista disso, concluímos que as atividades exercidas pela recorrente, estão entre aquelas impeditivas pela legislação para inclusão no SIMPLES.

Processo nº : 13894.000622/2003-13  
Acórdão nº : 303-33.676

Por essas razões, é de se considerar o DESPACHO DECISÓRIO que negou a inclusão retroativa da recorrente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. Então,

VOTO para que seja negado provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006.



SILVIO MARCOS BARCELOS FIUZA - Relator